Rodrigo Padilha

DIREITO CONSTITUCIONAL

4.ª edição

revista, atualizada e ampliada

- Em consonância com a jurisprudência atualizada do STF
- Gráficos e quadros esquemáticos
- Questões de Concursos Públicos

Abordagem completa de matérias que compõem os editais dos principais concursos

gen | EDITORA MÉTODO

DIREITO CONSTITUCIONAL

abdr
Respeite o direito autoral



O GEN | Grupo Editorial Nacional reúne as editoras Guanabara Koogan, Santos, Roca, AC Farmacêutica, Forense, Método, LTC, E.P.U. e Forense Universitária, que publicam nas áreas científica, técnica e profissional.

Essas empresas, respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras que têm sido decisivas na formação acadêmica e no aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e de estudantes de Administração, Direito, Enfermagem, Engenharia, Fisioterapia, Medicina, Odontologia, Educação Física e muitas outras ciências, tendo se tornado sinônimo de seriedade e respeito.

Nossa missão é prover o melhor conteúdo científico e distribuí-lo de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade, sem comprometer o crescimento contínuo e a rentabilidade do grupo.

Rodrigo Padilha

DIREITO CONSTITUCIONAL

4.ª edição
revista, atualizada e ampliada

gen | EDITORA MÉTODO

SÃO PAULO

■ A EDITORA MÉTODO se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

■ Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa
Copyright © 2014 *by*
EDITORA MÉTODO LTDA.
Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional
Rua Dona Brígida, 701, Vila Mariana – 04111-081 – São Paulo – SP
Tel.: (11) 5080-0770 / (21) 3543-0770 – Fax: (11) 5080-0714
metodo@grupogen.com.br | www.editorametodo.com.br

■ Produção Digital: Geethik
■ Capa: Marcelo S. Brandão

CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Padilha, Rodrigo, 1976-
Direito constitucional / Rodrigo Padilha. – 4. ed. - Rio de Janeiro : Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

Inclui bibliografia e índice
ISBN 978-85-309-5379-9

1. Direito constitucional I. Título.

12-8751. CDU 342(81)

Nanna, Belinha e Léo,

Seus sorrisos e abraços me acompanham a cada minuto de minha existência e isso é meu combustível para buscar, a cada dia, ser a melhor pessoa que consigo ser. Meus olhos marejam e meu coração dói só ao pensar em vocês.

Flavinha,

Sua beleza infinita me atraiu e suas atitudes me fizeram ficar completamente apaixonado. "Olha, você tem todas as coisas que um dia eu sonhei pra mim..."

Agradecimentos

Primeiro, gostaria de agradecer à Flavinha, minha mulher, melhor amiga, conselheira, incentivadora, enfim, presente de Deus por tudo de bom que tento semear nesta existência.

Também gostaria de fazer um agradecimento especial aos meus amores Giovanna, Isabela e Léo, meus filhos, pelo amor inenarrável e incondicional que vocês me fazem sentir.

Tudo que estou realizando deve-se também a Marlene Padilha, por isso, mãe, gostaria de agradecer-lhe pela oportunidade da vida, pelo exemplo de garra e por me ensinar, dentre tantas coisas, que ética, honestidade e humildade são os melhores e maiores valores que o ser humano pode ter. Você é espetacular.

Ao meu irmão Bruno, meu pai e meu filho, quero você melhor do que a mim.

Aos eternos Eduardo e Idea.

Aos queridos Valter, Fátima e Natália.

A Frederico, Tathiana, Gustavo, Eduardo e Rafael, pelos lindos sonhos de

infância que me fizeram o homem que sou hoje. Na feliz expressão do poeta Fred, “somos primos por consequência, irmãos por opção”.

A Oton, Isabel, Filipe e Juju, pelo carinho e atenção com que me receberam na família.

A todos os professores, amigos e cursos pela confiança e parceria.

Aos meus alunos. Suas perguntas e inquietações me fizeram chegar ao ponto deste livro. Esta obra é para vocês.

Nota do Autor

Há tempos venho escutando de meus alunos uma necessidade especial: uma obra objetiva, sem rodeios, com linguagem fácil sobre temas de maior incidência em concursos.

Nesse passo, este trabalho presta-se a atender aos meus queridos alunos, sem o compromisso de exaurir qualquer tema, até porque, a meu ver, o Direito Constitucional – como qualquer ramo do direito – é inesgotável e sempre desatualizado.

Desatualizado, sim, seja por força da sociedade, eternamente mutante, seja em razão das constantes mudanças de entendimento dos tribunais, seja em razão do "furor parlamentar" que reforma a Constituição rígida brasileira em fascículos. Ao contrário da Constituição brasileira de 1824, que durou 65 anos com apenas uma alteração, a pobre Constituição da República atual, uma jovem de pouco mais de 20 anos, já vem agregada a mais de 70 Emendas Constitucionais e 6 Emendas Constitucionais de Revisão. Somente a título de Direito Comparado, a Constituição norte-americana, que perdura por mais de 220 anos, possui quase uma emenda por década, três vezes menos que a nossa Carta Política.

No entanto, apesar dessa breve análise, quero tranquilizá-lo, nobre leitor, pois esta obra nada possui de visão crítica. Ela busca somente esclarecer, de forma didática, pontos importantes desse sensacional ramo do Direito Público – genitor de todas as leis.

Sejam bem-vindos!

Apresentação

Honrou-me, sobremaneira, o afetuoso convite do autor para apresentar ao mercado editorial este singular curso sobre o direito constitucional brasileiro. Como estudioso do direito civil, foi uma oportunidade salutar ler os originais desta obra e revisitar os conceitos essenciais do direito constitucional, que, como se sabe, é a viga mestra do sistema jurídico pátrio.

O autor formou-se primeiro em comunicação social para depois bacharelar-se em direito e em seguida viria o mestrado, o magistério superior e a advocacia. Formação perfeita para quem pretende desenvolver doutrina no direito constitucional, uma vez que Rodrigo Padilha aprendeu a se comunicar com a sociedade, conhece o ofício do direito, a indispensabilidade da pesquisa, atualiza-se e é atualizado por seus alunos e tem o fermento que a prática jurídica junto aos pretórios do país oferece naturalmente. Como dizia o grande educador e filósofo brasileiro Paulo Freire: “A teoria sem a prática é puro verbalismo inoperante, a prática sem a teoria é um atavismo cego”.

Realmente, há muito tempo que Rodrigo Padilha tem desenvolvido sério e destacado trabalho na advocacia e no magistério, espaço último que possibilitou ao festejado professor imaginar as soluções para uma gama infinita de problemas que uma constituição dirigente promulgada em uma democracia incipiente e em um país absolutamente plural poderia proporcionar. A obra, desta forma, legitima-se principalmente pelas ricas experiências hauridas em sala de aula, tanto no convívio com seus alunos bacharéis como com aqueles que ainda ensaiam as primeiras letras no vasto mundo do direito.

Por outro lado, traz o autor a experiência do advogado militante e com ela a preocupação em dar o encaminhamento pragmático das diversas provocações dialéticas da aplicação diuturna do direito constitucional.

Percebe-se no desenvolvimento dos capítulos e na leitura de seus parágrafos um encadeamento lógico das matérias, circunstância que facilita o entendimento ao tempo em que faculta ao estudioso consultar ao pé da página doutrina e jurisprudência contemporânea sobre o tema.

O autor, para gáudio de seus leitores e alunos, recusa-se a tratar o direito constitucional como uma iguaria refinada e rara, mas, ao contrário, é convincente na tarefa de demonstrar a essencialidade e vitalidade de um gênero de primeira necessidade e, por conseguinte, o inclui na cesta básica do cidadão e também daqueles que exercem o ofício do direito.

Prova da encimada assertiva, por exemplo, é o tratamento conferido ao controle de constitucionalidade, aos direitos fundamentais da personalidade e às normas constitucionais enquanto gênero, divididas entre regras e princípios. São temas em que tradicionalmente se observam intrincados problemas que são respondidos com novas dificuldades, em um círculo difícil de ser superado pelo aluno e pelo profissional do direito. É claro que tal modelo tem seu valor na epistemologia do direito, mas definitivamente não é o objetivo de Rodrigo Padilha, que escreve para esclarecer e não para confundir.

O livro passa, ainda, a esperança do autor no propósito do direito constitucional contemporâneo enquanto agente de transformação da realidade social, e esse lado humanista tem no laboratório familiar o seu esteio, pois é ao lado de Marlene Padilha, sua mãe advogada e professora de direito civil, de seu irmão Bruno Padilha, sua mulher Flávia e de suas filhas Giovanna e Isabela que o autor forja um microcosmo de amor e carinho que transborda e contagia seus amigos, alunos e agora leitores.

Que a comunidade jurídica receba este trabalho com a mesma franqueza, carinho e alegria de seu autor e que ele provoque o mesmo deleite intelectual que causou no apresentador, que teve a ventura de ler e reler os originais.

Rio de Janeiro, 9 de março de 2011

Marco Aurélio Bezerra de Melo
Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.
Professor de Direito Civil.

Prefácio

Foram muitos os degraus de relevância galgados pelo Direito Constitucional. Não se quer dizer que a disciplina era inexpressiva, mas nunca assumiu, como nos tempos atuais, a grandeza e a superioridade a que faz jus dentro do cenário jurídico.

Nova visão sobre muitos aspectos constitucionais tem sido consagrada pelos mais modernos estudiosos. Como registra PAULO BONAVIDES, é certo "que não haverá lugar para a liberdade e a segurança dos cidadãos no constitucionalismo social e suas instituições políticas se este não se reconverter num constitucionalismo jurídico, que tenha já absorvido e assimilado todas as transformações sociais, oriundas do angustiante processo de mudança e reacomodação do homem a uma sociedade tecnicamente revolucionada".[1]

De fato, o moderno Direito Constitucional enleva o Direito, realça as garantias e direitos dos cidadãos, desobstrui as trilhas que impedem o regime democrático e demonstra que a *ratio* é o sentido maior que se pode emprestar a uma Carta constitucional, sobretudo pelos princípios que regem e norteiam toda a sociedade. Afinal, lembremos os romanos: "*Ubi bene, ibi patria*" ("onde se está bem, aí está a pátria", em tradução livre).

A obra do conceituado Professor RODRIGO PADILHA amolda-se perfeitamente ao protagonismo constitucional e ao cenário contemporâneo em que devem alojar-se as relações político-jurídicas entre o Estado e a sociedade. O autor desenvolve, de modo didático e inteligível, toda a teoria da Constituição, acrescida de classificações, conceitos, objetivos e funções precípuas. Desenha, ainda, toda a matéria relativa aos direitos fundamentais e à organização do Estado. Trata, com minúcias, da hermenêutica constitucional e dos modernos métodos de interpretação. Alinhava, com cores marcantes, o controle da

constitucionalidade das leis, tema hoje fundamental ao estudo do Direito Constitucional.

Não se pode deixar de consignar que o autor, com farto exercício do magistério nas mais diversas entidades de ensino, apresenta a obra com a objetividade e a didática próprias do *magister* e exigidas dos leitores em geral, seja qual for o padrão em que se situarem, e isso porque a preciosidade do tempo das pessoas não mais guarda compatibilidade com teorizações excessivas e inócuas prolixidades. Portanto, pode-se dizer, sem temor de erronia, que a obra é de leitura agradável e eficaz – e de mais ingredientes não precisam os leitores.

Por fim, vislumbra-se no trabalho do Professor RODRIGO PADILHA – que me honrou com o convite para apresentar, em singelas palavras, o presente prefácio, tudo por conta de sua intensa generosidade – a lógica e a observação das grandes obras. Atende, assim, ao reclamo de KARL KRAUS[2]: "Quem emite opiniões não pode se deixar apanhar em contradição. Quem tem pensamentos também pensa entre as contradições".

Que todos nós possamos nos deliciar com os ensinamentos do autor. *Ad perpetuam rei memoriam*.

José dos Santos Carvalho Filho
Mestre em Direito – UFRJ.
Professor de Direito Administrativo e Constitucional.
Membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA.
Procurador de Justiça do Rio de Janeiro (aposentado).
Consultor Jurídico do Ministério Público – RJ.

Nota da Editora: o Acordo Ortográfico foi aplicado integralmente nesta obra.

[1] *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 26.
[2] *Aforismos*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2010. p. 69.

Sumário

ABREVIATURAS

1. DIREITO CONSTITUCIONAL

1.1 Constitucionalismo

1.2 Origem

1.3 Conceito

1.4 Objeto do Direito Constitucional

1.5 Fontes do Direito Constitucional

1.6 Neoconstitucionalismo

1.7. Constitucionalização do direito

1.8 Transconstitucionalismo

1.9 Sistematização do capítulo

1.10 Exercícios de fixação

2. CONSTITUIÇÃO

2.1 Origem

2.2 Síntese histórica das Constituições brasileiras

2.2.1 Constituição de 1824

2.2.2 Constituição de 1891

2.2.3 Constituição de 1934
2.2.4 Constituição de 1937
2.2.5 Constituição de 1946
2.2.6 Constituição de 1967/1969
2.2.7 Constituição de 1988
2.2.8 Constituições provisórias
2.2.9 Momentos históricos que precederam a elaboração das Constituições
2.2.10 Quadro sistematizado das Constituições brasileiras
2.3 Conceito de constituição
2.4 Natureza jurídica
2.5 Concepções das Constituições
2.5.1 Concepção sociológica de Constituição
2.5.2 Concepção política de Constituição
2.5.3 Concepção jurídica de Constituição
2.5.4 Concepção estrutural de Constituição
2.5.5 Diversas outras concepções de Constituição
2.6 Classificação das Constituições
2.6.1 Quanto ao conteúdo
2.6.2 Quanto à forma
2.6.3 Quanto ao modo de elaboração
2.6.4 Quanto ao objeto ou ideologia
2.6.5 Quanto à estabilidade
2.6.6 Quanto à origem
2.6.7 Quanto ao sistema
2.6.8 Quanto ao modelo ou finalidade
2.6.9 Quanto ao tamanho ou extensão

2.6.10 Quanto à dogmática
2.6.11 Quanto à correspondência com a realidade política
2.6.12 Quanto à sistemática (critério sistemático)
2.6.13 Quanto à origem da decretação
2.6.14 Outras classificações de Constituição
2.6.15 Classificação da Constituição brasileira
2.6.16 Esquema – classificação das Constituições
2.7 Estrutura da Constituição
2.7.1 Preâmbulo
2.7.2 Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
2.8 Exercícios de fixação

3. PODER CONSTITUINTE

3.1 Conceito
3.2 Legitimidade do poder constituinte
3.3 Origem
3.4 Titularidade e exercício
3.5 Natureza jurídica
3.6 Espécies de poder constituinte
3.6.1 Poder constituinte supranacional
3.6.2 Poder constituinte originário
3.6.2.1 Conceito
3.6.2.2 Formas de expressão
3.6.2.3 Características do poder constituinte originário
3.6.2.3.1 Inicialidade
3.6.2.3.2 Ilimitabilidade ou ilimitação
3.6.2.3.3 Incondicionamento

3.6.3 Poder constituinte derivado

3.6.3.1 Poder constituinte derivado de reforma (reformador)

3.6.3.1.1 Conceito

3.6.3.1.2 Forma de expressão

3.6.3.1.3 Características do poder constituinte derivado de reforma

3.6.3.1.3.1 Derivação

3.6.3.1.3.2 Limitação

3.6.3.1.3.3 Condicionamento

3.6.3.2 Poder constituinte derivado difuso

3.6.3.3 Poder constituinte derivado decorrente institucionalizador

3.6.3.3.1 Derivação

3.6.3.3.2 Limitação

3.6.3.3.3 Condicionamento

3.6.3.4 Poder constituinte derivado decorrente de reforma estadual

3.6.3.4.1 Derivação

3.6.3.4.2 Limitação

3.6.3.4.3 Condicionamento

3.7 Exercícios de fixação

4. NORMA CONSTITUCIONAL

4.1 Conceito

4.2 Classificação

4.2.1 Quanto ao conteúdo

4.2.2 Quanto à vinculação do legislador

4.2.3 Quanto à eficácia e aplicabilidade

4.2.3.1 Classificação bipartida das normas constitucionais

4.2.3.2 Classificação tripartida das normas constitucionais

4.2.3.3 Classificação quadripartida das normas constitucionais

4.2.3.4 Norma constitucional de eficácia esvaída ou de aplicabilidade esgotada

4.2.3.5 Desenvolvimento e efetivação das normas constitucionais

4.2.4 Quanto à finalidade

4.2.5 Quanto à estrutura (finalidade do comando normativo)

4.2.5.1 Princípios constitucionais

4.2.5.1.1 Princípios constitucionais fundamentais

4.2.5.1.2 Princípios constitucionais gerais

4.2.5.1.3 Princípios constitucionais setoriais

4.2.5.2 Superabilidade, derrotabilidade ou *defeasibility*

4.3 Exercício de fixação

5. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

5.1 Conceito

5.2 Princípios de interpretação constitucional

5.2.1 Princípio da unidade

5.2.2 Princípio do efeito integrador (eficácia integradora)

5.2.3 Princípio da harmonização (ou concordância prática)

5.2.4 Princípio da força normativa

5.2.5 Princípio da máxima efetividade (eficiência ou interpretação efetiva)

5.2.6 Princípio da correção funcional (conformidade funcional

ou justeza)
5.2.7 Princípio da razoabilidade (proporcionalidade)
5.2.8 Princípio da interpretação conforme a Constituição
5.3 Teoria dos poderes implícitos (*implied powers*)
5.4 Métodos de interpretação constitucional
5.4.1 Método jurídico (hermenêutico clássico)
5.4.2 Método tópico-problemático
5.4.3 Método hermenêutico-concretizador
5.4.4 Método normativo-estruturante
5.4.5 Método científico-espiritual
5.4.6 Método de comparação constitucional (interpretação comparativa)
5.5 Exercícios de fixação

6. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

6.1 Conceito
6.2 Origem
6.3 Pressupostos
6.4 Bloco de constitucionalidade
6.5 Tipos de inconstitucionalidade
6.5.1 Inconstitucionalidade formal, nomodinâmica ou extrínseca
6.5.2 Inconstitucionalidade material, nomoestática, de conteúdo, doutrinária, substancial ou intrínseca
6.5.3 Inconstitucionalidade por vício de decoro parlamentar ou finalística
6.5.4 Inconstitucionalidade por ação
6.5.5 Inconstitucionalidade por omissão
6.5.6 Inconstitucionalidade total

6.5.7 Inconstitucionalidade parcial

6.5.8 Inconstitucionalidade consequente, consequencial, por arrastamento, secundária, por reverberação normativa ou por atração

6.5.9 Inconstitucionalidade reflexa, por via oblíqua ou por ato interposto

6.5.10 Inconstitucionalidade originária

6.5.11 Inconstitucionalidade superveniente

6.5.12 Inconstitucionalidade implícita

6.5.13 Inconstitucionalidade progressiva ou lei “ainda” constitucional ou declaração de constitucionalidade de norma em trânsito para inconstitucionalidade

6.5.14 Inconstitucionalidade causal

6.5.15 Inconstitucionalidade circunstancial

6.5.16 Inconstitucionalidade chapada, desvairada ou enlouquecida

6.6 Decisões proferidas em controle de constitucionalidade

6.6.1 Natureza

6.6.2 Técnicas de decisão em sede de controle de constitucionalidade

6.6.3 Atenuações do caráter retroativo do pronunciamento de inconstitucionalidade

6.7 Classificação do controle de constitucionalidade

6.7.1 Forma

6.7.1.1 Quanto ao objetivo

6.7.1.2 Fusão das formas de controle de constitucionalidade

6.7.1.2.1 Concretização do controle abstrato de

constitucionalidade

6.7.1.2.2 Abstrativização do controle concreto de constitucionalidade

6.7.2 Espécies

6.7.2.1 Quanto à natureza do órgão de controle

6.7.2.2 Quanto ao momento de controle

6.7.3 Modalidades

6.7.3.1 Quanto ao número de órgãos

6.7.3.2 Quanto ao modo de exercício

6.8. Ações de controle concreto

6.8.1 Arguição de inconstitucionalidade

6.8.1.1 Conceito

6.8.1.2 Parâmetro e objeto de controle difuso

6.8.1.3 Cabimento

6.8.1.4 Iniciativa

6.8.1.5 Controle incidental de inconstitucionalidade nos tribunais

6.8.1.5.1 Participação no incidente de inconstitucionalidade

6.8.1.5.2 Controle de constitucionalidade por elevação de causa

6.8.1.6 Efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade

6.8.1.6.1 Teoria da transcendência dos motivos determinantes ou transcendência da *ratio decidendi* ou transcendência da *holding*

6.8.2 Ação Direta Interventiva (ADI)

6.9 Ações de controle abstrato

6.9.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)

6.9.1.1 Base legal

6.9.1.2 Conceito

6.9.1.3 Cabimento

6.9.1.4 Pressupostos para o cabimento de ADI

6.9.1.5 Legitimidade

6.9.1.5.1 Pertinência temática

6.9.1.5.2 Capacidade postulatória

6.9.1.6 Intervenção de terceiros e *amicus curiae*

6.9.1.7 Procedimento

6.9.1.7.1 Inicial

6.9.1.7.1.1 Causa de pedir e pedido

6.9.1.7.2 Liminar

6.9.1.7.3 Procedimento sumário

6.9.1.7.4 Informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado

6.9.1.7.5 Advogado-Geral da União (AGU)

6.9.1.7.6 Procurador-Geral da República (PGR)

6.9.1.7.7 Dilação probatória e audiência pública

6.9.1.7.8 Decisão

6.9.1.7.9 Coisa julgada inconstitucional

6.9.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC)

6.9.2.1 Introdução

6.9.2.2 Conceito

6.9.2.3 Natureza jurídica

6.9.2.4 Finalidade

6.9.2.5 Objeto

6.9.2.6 Legitimidade

6.9.2.7 Procedimento

6.9.2.7.1 Inicial

6.9.2.7.2 Indeferimento liminar

6.9.2.7.3 Medida cautelar

6.9.2.7.4 Informações

6.9.2.7.5 Advogado-Geral da União (AGU) e Procurador-Geral da República (PGR)

6.9.2.7.6 Decisão final

6.9.2.7.7 Modulação dos efeitos

6.9.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO)

6.9.3.1 Introdução

6.9.3.2 Conceito

6.9.3.3 Natureza jurídica

6.9.3.4 Finalidade

6.9.3.5 Objeto

6.9.3.6 Fungibilidade entre ação direta de inconstitucionalidade por ação e por omissão

6.9.3.7 Legitimidade ativa

6.9.3.8 Procedimento

6.9.3.8.1 Inicial

6.9.3.8.2 Indeferimento liminar

6.9.3.8.3 Medida cautelar

6.9.3.8.4 Informações

6.9.3.8.5 Advogado-Geral da União (AGU) e Procurador-Geral da República (PGR)

6.9.3.8.6 Decisão final

6.9.3.9 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão *x* Mandado de Injunção

6.9.4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)

6.9.4.1 Introdução

6.9.4.2 Conceito

6.9.4.3 Natureza jurídica

6.9.4.4 Preceito fundamental

6.9.4.5 Objetivo e objeto

6.9.4.6 Conversão de arguição de descumprimento de preceito fundamental em ação direta de inconstitucionalidade

6.9.4.7 Tipologia e modalidades

6.9.4.8 Arguição de descumprimento de preceito fundamental nos Estados

6.9.4.9 Legitimidade ativa

6.9.4.10 Procedimento

6.9.4.10.1 Inicial e indeferimento liminar

6.9.4.10.2 Liminar

6.9.4.10.3 Procedimento principal

6.9.4.10.4 Decisão final

6.9.5 Quadro comparativo entre as ações de controle de constitucionalidade abstrato federal

6.9.6 Representação de Inconstitucionalidade (RI)

6.9.6.1 Introdução

6.9.6.2 Conceito

6.9.6.3 Legitimidade ativa

6.9.6.4 Procedimento e peculiaridades
6.9.7 Representação de inconstitucionalidade e ação direta de inconstitucionalidade concomitantes
6.9.8 Recorribilidade
6.9.9 Outras ações de controle no âmbito estadual
6.10 Fluxogramas
6.11 Exercícios de fixação

7. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS
7.1 Conceito
7.1.1 Posicionamento
7.1.2 Distinção entre direitos e garantias fundamentais
7.1.3 Natureza dos direitos e garantias fundamentais
7.2 Características
7.3 Eficácia e aplicabilidade
7.3.1 Eficácia vertical e eficácia horizontal dos direitos fundamentais
7.3.2 Eficácia irradiante dos direitos e garantias fundamentais
7.3.3 Teoria dos quatro *status* de George Jellinek
7.4 Geração, gestação, gênese ou dimensão de direitos fundamentais
7.5 Rol não taxativo
7.6 Colidência e relatividade dos direitos e garantias individuais e coletivos
7.7 Abrangência dos direitos fundamentais
7.8 Direitos fundamentais básicos
7.8.1 Vida
7.8.1.1 Aborto

7.8.1.2 Pesquisa com células-tronco embrionárias

7.8.1.3 Eutanásia, distanásia e ortotanásia

7.8.2 Liberdade

7.8.3 Igualdade

7.8.4 Segurança

7.8.4.1 Segurança das relações jurídicas (art. 5.º, XXXV, XXXVI, LXXVIII)

7.8.4.2 Segurança de domicílio (art. 5.º, XI)

7.8.4.3 Segurança das comunicações pessoais (art. 5.º, XII, *initio*)

7.8.4.4 Segurança em matéria penal (art. 5.º, XXXVII a LXVII)

7.8.5 Propriedade

7.9 Exercícios de fixação

8. REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

8.1 Conceito

8.2 Tipos de remédios constitucionais

8.2.1 *Habeas corpus* (art. 5.º, LXVIII)

8.2.1.1 Histórico

8.2.1.2 Conceito

8.2.1.3 Fundamento

8.2.1.4 Cabimento

8.2.1.5 Espécies

8.2.1.6 Formalidades

8.2.1.7 Procedimento

8.2.1.8 Legitimidade

8.2.1.8.1 Legitimidade ativa

8.2.1.8.2 Legitimidade passiva
8.2.1.9 Competência
8.2.1.10 Exceção constitucional ao cabimento do *habeas corpus*
8.2.2 Mandado de segurança individual (art. 5.º, LXIX)
8.2.2.1 Histórico
8.2.2.2 Conceito
8.2.2.3 Espécies
8.2.2.4 Requisitos
8.2.2.4.1 Direito líquido e certo
8.2.2.4.2 Ato atacável
8.2.2.4.3 Cabimento residual
8.2.2.5 Legitimidade
8.2.2.5.1 Legitimidade ativa
8.2.2.5.2 Legitimidade passiva
8.2.2.6 Desistência
8.2.2.7 Competência
8.2.2.8 Procedimento
8.2.2.9 Liminar
8.2.2.10 Decisão e recurso
8.2.2.11 Prazo
8.2.3 Mandado de segurança coletivo
8.2.3.1 Conceito
8.2.3.2 Objeto
8.2.3.3 Legitimidade
8.2.3.4 Liminar

8.2.3.5 *Right opt out* e *right opt in*

8.2.4 Mandado de injunção (art. 5.º, LXXI)

8.2.4.1 Conceito

8.2.4.2 Origem

8.2.4.3 Objeto

8.2.4.4 Pressupostos de cabimento

8.2.4.5 Mandado de injunção coletivo

8.2.4.6 Partes

8.2.4.6.1 Legitimidade ativa

8.2.4.6.2 Legitimidade passiva

8.2.4.7 Competência

8.2.4.8 Procedimento

8.2.4.9 Decisão

8.2.5 *Habeas data* (art. 5.º, LXXII)

8.2.5.1 Conceito

8.2.5.2 Origem

8.2.5.3 Natureza

8.2.5.4 Objeto

8.2.5.5 Cabimento – tentativa extrajudicial frustrada

8.2.5.6 Partes

8.2.5.6.1 Legitimidade ativa

8.2.5.6.2 Legitimidade passiva

8.2.5.7 Competência

8.2.5.8 Procedimento

8.2.5.9 Natureza da decisão

8.2.6 Ação popular (art. 5.º, LXXIII)

8.2.6.1 Conceito

8.2.6.2 Origem

8.2.6.3 Natureza jurídica

8.2.6.4 Finalidade

8.2.6.5 Objeto

8.2.6.6 Partes

8.2.6.6.1 Legitimidade ativa

8.2.6.6.2 Legitimidade passiva

8.2.6.7 Atuação do Ministério Público na ação popular

8.2.6.8 Competência

8.2.6.9 Particularidades procedimentais

8.2.6.10 Natureza da decisão

8.2.6.11 Sentença

8.2.6.12 Coisa julgada

8.2.6.13 Custas e ônus da sucumbência

8.2.7 Ação civil pública

8.2.7.1 Introdução

8.2.7.2 Diferenciando mandado de segurança coletivo, ação popular e ação civil pública

8.2.7.3 Ação civil pública e políticas públicas

8.2.7.4 Legitimidade

8.2.7.5 Procedimento

8.2.7.5.1 Inquérito civil

8.2.7.5.2 Processo

8.2.7.6 Decisão

8.2.7.7 Coisa julgada

8.2.7.7.1 Repercussão da coisa julgada na ação

civil pública de tutela de interesse individual homogêneo

8.3 Tabela dos remédios constitucionais

8.4 Exercícios de fixação

9. NACIONALIDADE

9.1 Conceito

9.2 Nacionalidade originária e secundária

9.3 Critérios de aquisição da nacionalidade

9.4 Polipátridas e apátridas

9.5 Brasileiro nato (art. 12, I)

9.6 Brasileiro naturalizado (art. 12, II)

9.6.1 Espécies de naturalização

9.6.1.1 Naturalização tácita ou grande naturalização

9.6.1.2 Naturalização expressa

9.6.1.2.1 Naturalização ordinária

9.6.1.2.2 Da expressão “na forma da lei”, contida no art. 12, II, *a*

9.6.1.2.3 Naturalização extraordinária (quinzenária)

9.7 Situação constitucional dos portugueses (quase nacionalidade)

9.8 Tratamento jurídico do brasileiro nato e do naturalizado

9.8.1 Extradição (art. 5.º, LI)

9.8.2 Cargos privativos de brasileiro nato (art. 12, § 3.º)

9.8.3 Composição do Conselho da República como cidadão (art. 89, VII)

9.8.4 Propriedade de empresa jornalística (art. 222)

9.9 Perda da nacionalidade

9.10 Reaquisição da nacionalidade brasileira
9.11 Exercícios de fixação

10. DIREITOS POLÍTICOS

10.1 Conceito
10.1.1 Plebiscito
10.1.2 Referendo
10.1.3 Iniciativa popular
10.1.4 Outros mecanismos de participação direta
10.2 Sufrágio, voto e escrutínio
10.3 Espécies de direitos políticos
10.4 Aquisição da cidadania
10.4.1 Capacidade eleitoral ativa
10.4.2 Capacidade eleitoral passiva
10.5 Direitos políticos negativos
10.5.1 Inelegibilidades
10.5.1.1 Inelegibilidade absoluta
10.5.1.2 Inelegibilidade relativa
10.6 Cassação, suspensão e perda dos direitos políticos
10.6.1 Perda dos direitos políticos
10.6.2 Suspensão dos direitos políticos
10.7 Partidos políticos
10.8 Fidelidade partidária e fidelidade da coligação eleitoral
10.9 Exercícios de fixação

11. DA ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

11.1 Formas de Estado

11.1.1 Estado unitário

11.1.2 Estados regionais

11.1.3 Estado autonômico

11.1.4 Estado composto

11.1.4.1 Confederação

11.1.4.2 Federação

11.2 Espécies de federalismo

11.2.1 Federalismo dualista, ou cooperativo, ou de integração

11.2.2 Federalismo simétrico e assimétrico

11.2.3 Federalismo de equilíbrio

11.2.4 Federalismo orgânico

11.3 Características da federação

11.4 Classificação do federalismo

11.4.1 Quanto à formação

11.4.1.1 Federalismo por movimento centrípeto (agregação)

11.4.1.2 Federalismo por movimento centrífugo (segregação ou desagregação)

11.4.2 Quanto ao tipo

11.4.2.1 Federalismo clássico (em dois níveis)

11.4.2.2 Federalismo *sui generis* (em quatro níveis, multifacetado ou de 3.º grau)

11.5 Vedações constitucionais aos entes autônomos

11.6 República Federativa do Brasil

11.7 União

11.7.1 Bens da União

11.7.2 Participação em recursos minerais (*royalties*)

11.7.3 Faixa de fronteira
11.7.4 Regiões administrativas ou em desenvolvimento
11.8 Estados-membros
11.8.1 Bens do estado-membro
11.8.2 Regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões
11.9 Distrito federal
11.10 Município
11.10.1 Formação dos Municípios
11.11 Território federal
11.13 Repartição de competência dos entes federados
11.13.1 Classificação de competências
11.14 Intervenção
11.14.1 Intervenção federal
11.14.1.1 Pressupostos materiais para intervenção federal
11.14.1.2 Pressupostos formais para intervenção
11.14.1.3 Espécies e procedimento
11.14.1.4 Procedimento da ação direta interventiva (representação interventiva)
11.14.1.4.1 Petição inicial
11.14.1.4.2 Da medida liminar
11.14.1.4.3 Informações
11.14.1.4.4 Advogado-Geral da União e Procurador-Geral da República
11.14.1.4.5 Decisão
11.14.2 Intervenção estadual

11.15 Exercícios de fixação

12. ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

12.1 Introdução

12.2 Sistema de freios e contrapesos

12.3 Funções típicas e funções atípicas dos poderes

13. PODER LEGISLATIVO

13.1 Estrutura e organização do Poder Legislativo

13.1.1 Congresso Nacional

13.1.1.1 Atribuições do Congresso Nacional

13.1.2 Câmara dos Deputados

13.1.2.1 Atribuições da Câmara dos Deputados

13.1.3 Senado Federal

13.1.3.1 Atribuições do Senado Federal

13.2 Contagem do tempo no Poder Legislativo

13.3 Organização interna das Casas do Congresso

13.3.1 Mesas diretoras (art. 57, §§ 4.º e 5.º)

13.3.2 Comissões Parlamentares (art. 58)

13.3.2.1 Comissões temáticas ou ordinárias

13.3.2.2 Comissões representativas ou especiais (art. 58, § 4.º)

13.3.2.3 Comissão de ética (Conselho de Ética)

13.3.2.4 Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI)

13.3.2.4.1 Introdução

13.3.2.4.2 Requisitos

13.3.2.4.3 Atribuições da CPI

13.3.2.4.4 CPI Estadual e Distrital

13.3.2.4.5 CPI Municipal
13.4 Imunidade parlamentar
13.4.1 Imunidade material (absoluta, substantiva, real ou inviolabilidade)
13.4.2 Imunidade formal ou processual
13.5 Perda do mandato
13.6 Exercícios de fixação

14. PROCESSO LEGISLATIVO

14.1 Introdução
14.2 Espécies de processo (procedimento) legislativo
14.3 Processo legislativo ordinário
14.3.1 Iniciativa
14.3.1.1 Iniciativa concorrente, comum ou geral
14.3.1.2 Iniciativa privativa, reservada ou exclusiva
14.3.1.2.1 Iniciativa privativa do Presidente da República
14.3.1.2.2 Iniciativa privativa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal
14.3.1.2.3 Iniciativa privativa do Judiciário
14.3.1.3 Iniciativa popular
14.3.1.4 Iniciativa conjunta
14.3.2 Deliberação e votação
14.3.2.1 Fase das Comissões
14.3.2.2 Fase do Plenário
14.3.2.2.1 Casa iniciadora
14.3.2.2.2 Casa revisora

14.3.2.2.3 Formas de votação
14.3.2.3 Emendas ao Projeto de Lei
14.3.2.4 Assinatura ou proclamação
14.3.2.5 Fase executiva
14.3.2.5.1 Sanção
14.3.2.5.2 Veto
14.3.2.5.2.1 Características do veto
14.3.2.6 Promulgação (garante a executoriedade)
14.3.2.7 Publicação
14.4 Processo legislativo sumário
14.5 Processos legislativos especiais
14.5.1 Lei complementar
14.5.2 Emendas constitucionais
14.5.2.1 Iniciativa
14.5.2.2 Fase das Comissões
14.5.2.3 Fase do Plenário
14.5.2.4 Fase revisional
14.5.2.5 Fase complementar
14.5.2.6 Limitações impostas à Emenda Constitucional
14.6 Lei delegada
14.6.1 Vedações materiais (art. 68, § 1.º)
14.7 Medidas provisórias
14.7.1 Procedimento de conversão da medida provisória em lei
14.7.2 Vedações materiais (art. 62, § 1.º)
14.7.3 Conflitos entre medidas provisórias ou entre estas e leis

14.7.4 Medida provisória em matéria tributária
14.7.5 Medidas provisórias em âmbito estadual e municipal
14.8 Decretos legislativos
14.9 Resolução
14.10 Projeto de Código
14.11 Leis orçamentárias
14.12 Fluxogramas
14.13 Exercícios de fixação

15. DA FISCALIZAÇÃO CONTÁBIL, FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA

15.1 Introdução
15.2 Controle externo e interno das contas públicas
15.3 Tribunal de Contas
15.3.1 Atribuições
15.3.2 Comissão mista permanente e Tribunal de Contas
15.3.3 Composição
15.3.4 Ministério Público do Tribunal de Contas
15.3.5 Tribunais de Contas estaduais, distrital e municipais
15.4 Exercícios de fixação

16. PODER EXECUTIVO

16.1 Introdução
16.2 Forma de governo
16.2.1 Monarquia
16.2.2 República
16.3 Sistema de governo
16.3.1 Presidencialismo

16.3.2 Parlamentarismo

16.3.3 Diretorial ou convencional

16.4 Tipos de Poder Executivo

16.5 Governo e Administração Pública

16.6 Poder Executivo brasileiro

16.7 Ministros de Estado

16.8 Presidente da República

16.8.1 Mandato presidencial

16.8.2 Eleições presidenciais

16.8.3 Atribuições

16.8.4 Subsídios

16.8.5 Sucessores

16.8.6 Vacância dos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República

16.8.7 Perda do cargo

16.8.8 Prerrogativas processuais penais do Presidente da República

16.8.9 Processos contra o Presidente da República (crime comum e de responsabilidade)

16.8.9.1 Introdução

16.8.9.2 *Impeachment*

16.8.9.3 Procedimento

16.9 Processos contra o Governador de Estado e Prefeito

16.10 Vice-Presidente da República

16.11 Conselhos

16.11.1 Conselho da República

16.11.2 Conselho de Defesa Nacional

16.11.3 Conselho de Comunicação Social
16.12 Exercícios de fixação

17. PODER JUDICIÁRIO

17.1 Introdução
17.2 Mudança de filosofia na atuação jurisdicional: substancialismo
17.3 Estruturação topológica do Poder Judiciário
17.4 Organização da função jurisdicional
17.5 Estatuto da Magistratura
17.6 Garantias constitucionais do Poder Judiciário e de seus integrantes
17.6.1 Garantias da Magistratura (garantias orgânicas)
17.6.1.1 Independência e autonomia
17.6.2 Garantias do magistrado
17.7 Precatórios
17.7.1 Regime especial para pagamento de precatórios
17.8 Juizados especiais e justiça de paz
17.9 Supremo Tribunal Federal (STF)
17.9.1 Composição
17.9.2 Competência
17.9.3 Repercussão geral
17.9.4 Súmula vinculante
17.9.4.1 Histórico
17.9.4.2 Diversas espécies de súmulas existentes no direito brasileiro
17.9.4.3 Natureza jurídica

17.9.4.4 Efeitos da súmula vinculante

17.9.4.5 Requisitos para edição de súmula vinculante

17.9.4.6 Procedimento para edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante

17.9.4.7 Métodos de confrontação e superação de súmula vinculante – do *distinguish*, *overruling* e *overriding*

17.9.4.8 Do descumprimento da súmula vinculante

17.9.5 Reclamação constitucional

17.9.5.1 Conceito

17.9.5.2 Natureza jurídica

17.9.5.3 Cabimento

17.9.5.4 Legitimidade ativa

17.9.5.5 Prazo

17.9.5.6 Procedimento

17.9.5.7 Reclamação nos Estados-membros

17.10 Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

17.10.1 Estrutura

17.10.2 Competência

17.11 Superior Tribunal de Justiça (STJ)

17.11.1 Estrutura

17.11.2 Competência

17.12 Justiça Federal

17.12.1 Estrutura

17.12.2 Competência

17.13 Justiça do Trabalho

17.13.1 Estrutura

17.13.2 Competência
17.14 Justiça Eleitoral
17.14.1 Estrutura
17.14.2 Competência
17.15 Justiça Militar
17.15.1 Estrutura
17.15.2 Competência
17.16 Justiça Estadual
17.17 Fluxograma – Estrutura do Poder Judiciário
17.18 Quadro esquematizado sobre o foro por prerrogativa de função
17.19 Exercícios de fixação

18. FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

18.1 Introdução
18.2 Ministério Público
18.2.1 Introdução
18.2.2 Estrutura do Ministério Público
18.2.3 Garantias constitucionais do Ministério Público e de seus membros
18.2.3.1 Garantias orgânicas
18.2.3.1.1 Autonomia funcional e administrativa
18.2.3.1.2 Autonomia financeira
18.2.3.1.3 Princípios institucionais
18.2.3.2 Garantias dos membros do Ministério Público
18.2.4 Funções constitucionais do Ministério Público

18.3 Conselho Nacional do Ministério Público
18.3.1 Estrutura
18.3.2 Competência
18.4 Advocacia pública
18.5 Advocacia e Defensoria Pública
18.6 Exercícios de fixação

19. DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

19.1 Sistema constitucional das crises
19.1.1 Estado de defesa
19.1.1.1 Pressupostos materiais
19.1.1.2 Procedimento
19.1.1.3 Decreto
19.1.2 Estado de sítio
19.1.2.1 Pressupostos materiais
19.1.2.2 Procedimento
19.1.2.3 Decreto
19.2 Forças Armadas
19.3 Segurança Pública
19.3.1 Órgãos da Segurança Pública
19.4 Tabela
19.5 Exercícios de fixação

20. DIREITOS SOCIAIS

20.1 Seguridade social
20.1.1 Saúde
20.1.2 Previdência social

20.1.2.1 Previdência complementar
20.1.3 Assistência social
20.2 Educação
20.2.1 Princípios constitucionais orientadores do ensino
20.2.2 Autonomia das universidades
20.2.3 Deveres do Estado em relação à educação
20.2.4 Participação da iniciativa privada
20.2.5 Conteúdo do ensino
20.2.6 Organização do sistema de ensino
20.2.7 Financiamento da educação
20.2.7.1 Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB)
20.2.8 Plano nacional de educação
20.3 Cultura
20.4 Desporto
20.5 Ciência e tecnologia
20.6 Comunicação social
20.6.1 Controle público sobre a comunicação social
20.6.2 Lei de imprensa *x* ADPF 130
20.7 Meio ambiente
20.8 Família, criança, adolescente, jovem e idoso
20.8.1 Família
20.8.2 União homoafetiva
20.8.3 Criança, adolescente e jovem
20.8.4 Idoso
20.9 Índios

20.10 Exercícios de fixação

BIBLIOGRAFIA

GABARITO

Abreviaturas

AC	–	Ação Cautelar
ADC	–	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT	–	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	–	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	–	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Ag/AI	–	Agravo de Instrumento
AgR	–	Agravo Regimental
AGU	–	Advogado-Geral da União
art./arts.	–	artigo/artigos
CC	–	Código Civil
CCJ	–	Comissão de Constituição e Justiça
CD	–	Câmara dos Deputados
CDC	–	Código de Defesa do Consumidor
CE	–	Constituição Estadual

CF	–	Constituição Federal
CLT	–	Consolidação das Leis Trabalhistas
CN	–	Congresso Nacional
CNJ	–	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	–	Conselho Nacional do Ministério Público
Const.	–	Constituição
CP	–	Código Penal
CPC	–	Código de Processo Civil
CPP	–	Código de Processo Penal
CR	–	Constituição da República
CRFB	–	Constituição da República Federativa do Brasil
CTN	–	Código Tributário Nacional
Des.	–	Desembargador
DF	–	Distrito Federal
DJ	–	Diário de Justiça
DJU	–	Diário de Justiça da União
DL	–	Decreto-Lei
DO	–	Diário Oficial
e.g.	–	*exempli gratia* (por exemplo)
EC	–	Emenda Constitucional

Inq	–	Inquérito
LACP	–	Lei de Ação Civil Pública
LICC	–	Lei de Introdução ao Código Civil
LINDB	–	Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (novo nome atribuído à Lei de Introdução ao Código Civil pela Lei 12.367/2010)
MP	–	Medida Provisória ou Ministério Público (depende do contexto)
MPDFT	–	Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
MPE	–	Ministério Público Estadual
MPF	–	Ministério Público Federal
MPM	–	Ministério Público Militar
MPT	–	Ministério Público do Trabalho
MPU	–	Ministério Público da União
OAB	–	Ordem dos Advogados do Brasil
op. cit.	–	*opus citatum* (obra citada)
Pet.	–	Petição
PGJ	–	Procurador-Geral de Justiça
PGR	–	Procurador-Geral da República
PR	–	Presidente da República
p.ú.	–	parágrafo único
QO	–	Questão de Ordem
RC	–	Regimento Comum (Regimento do Congresso Nacional)

Rcl.	–	Reclamação
RE	–	Recurso Extraordinário
Res.	–	Resolução
REsp	–	Recurso Especial
RHC	–	Recurso em *Habeas Corpus*
RI	–	Regimento Interno
RICD	–	Regimento Interno da Câmara dos Deputados
RICN	–	Regimento Interno do Congresso Nacional
RISF	–	Regimento Interno do Senado Federal
RISTF	–	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RTJ	–	Revista Trimestral de Jurisprudência
SF	–	Senado Federal
STF	–	Supremo Tribunal Federal
STJ	–	Superior Tribunal de Justiça
T.	–	Turma
TC	–	Tribunal de Contas
TCE	–	Tribunal de Contas do Estado
TCM	–	Tribunal de Contas Municipal
TCU	–	Tribunal de Contas da União
TJ	–	Tribunal de Justiça

TPI	–	Tributal Penal Internacional
TRE	–	Tribunal Regional Eleitoral
TRF	–	Tribunal Regional Federal
TRT	–	Tribunal Regional do Trabalho
TSE	–	Tribunal Superior Eleitoral
TST	–	Tribunal Superior do Trabalho
v.g.	–	*verbi gratia* (por exemplo)

1

DIREITO CONSTITUCIONAL

Sumário: 1.1 Constitucionalismo – 1.2 Origem – 1.3 Conceito – 1.4 Objeto do direito constitucional – 1.5 Fontes do direito constitucional – 1.6 Neoconstitucionalismo – 1.7. Constitucionalização do direito – 1.8 Transconstitucionalismo – 1.9 Sistematização do capítulo – 1.10 Exercícios de fixação.

1.1 CONSTITUCIONALISMO

Embora as primeiras civilizações tenham surgido no Egito, Babilônia e Pérsia, somente em Atenas constatam-se as primeiras limitações do poder político e da participação do cidadão nos assuntos públicos[1] em razão do amadurecimento do Estado e da consciência popular.

O **constitucionalismo** significa, em essência, **limitação do poder e supremacia da lei**.[2] Apesar de o termo aludir à existência da Constituição – tanto que nasceu com os movimentos revolucionários norte-americano e francês, que deram origem às devidas Constituições –, o constitucionalismo não significa necessariamente existência de Constituição. A prova disso é que no Reino Unido[3] e em Israel existe constitucionalismo, mas não existe Constituição formal, escrita.

Mais que uma codificação, o **constitucionalismo é um movimento** nascido da vontade do homem de comandar seu destino político e de participar da vida do Estado.

O constitucionalismo é a eterna luta do ser humano por direitos, buscando impor ao Estado prestações negativas, como no caso de direitos individuais e coletivos, das prestações positivas e dos direitos sociais.

Os direitos do indivíduo partem, antes de tudo, da ideia de que, para criação de um Estado, é necessário soberania, povo, território e finalidade.[4] Desta forma, povo é o elemento humano do Estado, sem o qual afeta a existência do ente. Nesse passo, o povo é senhor do Estado, tendo que ser ouvido e respeitado.

Nessa linha, um conjunto de direitos deve ser respeitado não só pelos governos, mas também pelos concidadãos. Essas pretensões deveriam vir agasalhadas em Constituições (no caso de Constituição escrita), feitas a partir da vontade popular.

1.2 ORIGEM

Na verdade, a criação dos primeiros grupos sociais já poderia ser considerada a origem do Direito Constitucional, vez que já se discutia e estabelecia regras de condutas, imposição de direitos e organização da sociedade.

Entretanto, para efeito de estudo, o Direito Constitucional como teoria surgiu muito depois, sendo posterior à **primeira Constituição**, datada de **1787** (**norte-americana**).

O marco ocorreu durante a **revolução francesa, em 1789**, quando a França, comandada pelo então jovem Napoleão Bonaparte, comunicara a Itália dos princípios da revolução. Princípios pautados em uma sociedade política justa, de um Estado que respeitava a liberdade individual do ser humano. Criou-se, assim, ao norte da península, a expressão ***diritto costituzionale***, oriunda do ideal francês.

Já o **ensino do Direito Constitucional** como disciplina pertencente a um capítulo do Direito Público nasceu na **Itália**, na Universidade de Bolonha, inspirado no art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1776.[5] Entretanto, o termo se popularizou a partir de 1834, quando François Guizot, Ministro da Instrução Pública, determinou que fosse instalada na **Faculdade de Direito de Paris, Sorbonne, a primeira cadeira de Direito Constitucional**, concentrando a matéria em torno da Constituição, e incumbiu o professor italiano **Pelegrino Luiggi Edoardo Rossi**, de Bolonha, de lecionar.

Com isso se constata que a disciplina “Direito Constitucional” é historicamente nova, com cerca de 200 anos; talvez por isso seja uma matéria tão mutante, evoluindo diariamente, rumo ao amadurecimento.

No **Brasil**, em **1827**, houve a criação dos primeiros cursos de Direito, sendo,

de imediato, introduzida na grade a disciplina Direito Público Brasileiro. Com a proclamação da República, em 1890, a disciplina passou a se chamar Direito Público e Constitucional, tornando-se Direito Constitucional apenas em 1947.[6]

Apesar de a posição exposta ser majoritária, é bom grifar que, sobre o tema, há quem faça referências a outros marcos de nascimento do Direito Constitucional, como as *Fundamental orders of Connecticut*, de 1639.[7]

Importante não confundir os termos **constitucionalismo** – movimento político-social em prol da limitação do poder estatal –, **direito constitucional** – matéria do ramo do direito público interno que estuda a norma maior do Estado – e **Constituição** – norma suprema do País e, no caso das Constituições estaduais, instrumento de auto-organização dos estados-membros.

Não se pode olvidar que, à época em que o Direito Constitucional começou a ser lecionado, e pelas décadas que se seguiram, as normas constitucionais eram encaradas como **normas de orientação**, mais um papel programático, de convocação à atuação dos poderes públicos. Não era, assim, norma impositiva.

Esse cenário mudou, segundo o **direito constitucional moderno, as normas constitucionais são impositivas, cogentes**. A Jurisprudência constitucional está em franca mutação; somos parte da história, que se desenvolve diante de nossos olhos.

1.3 CONCEITO

Direito Constitucional é o ramo do ***Direito Público interno*** que estabelece os fundamentos estruturais do Estado. Explica-se.

O Direito Constitucional tem por objeto principal de estudo a Constituição do país. **Este diploma é responsável pela estruturação do Ente**, estabelecendo, *e.g.*, a forma de Estado e como este será dividido, forma e sistema de governo e quais poderes exercerão as funções para o Estado, como exercerão essas funções, quais limitações serão impostas a estes poderes, quais direitos (fundamentais) estes poderes e os demais cidadãos têm que respeitar, dentre outras normas básicas para a existência equilibrada de um Estado.

Dada a importância deste diploma, objeto de estudo do Direito Constitucional, é certo falar que a **Constituição está hierarquicamente acima de todas as normas do ordenamento jurídico interno**. Toda norma *lato sensu* (emenda constitucional, lei ordinária, lei complementar, resolução, portaria etc.),

para ser válida, tem que estar de acordo com a Constituição, pois é ela que irá lhe conceder fundamento de validade, seja direta, seja indiretamente.

Até mesmo as leis anteriores terão que ser relidas pela ótica da nova Constituição, ao que se dá o nome de "filtragem constitucional".

Dada sua importância ímpar, é comum ouvir que Direito Constitucional não é *um* ramo do Direito, e sim o **tronco** de onde derivam os ramos do Direito.

1.4 OBJETO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

Como visto, o objeto do Direito Constitucional é a Constituição, principal lei do Estado, genitora de todas as leis. Contudo, todo Estado tem a sua Carta Política, seja escrita ou não. Assim, alguns autores[8] dividem o estudo do Direito Constitucional em três disciplinas:

I – Direito Constitucional particular, positivo ou especial: tem por objeto de pesquisa as normas constitucionais em vigor no Estado de estudo; *v.g.*, analisar Direito Constitucional brasileiro no Brasil.

II – Direito Constitucional comparado: é o estudo comparativo de diversas Constituições e sistemas jurídicos.[9]

III – Direito Constitucional geral: compreende a análise dos princípios, conceitos e institutos de diversos ordenamentos constitucionais, dos mais variados Estados, com o fim de encontrar pontos em comum para extrair uma teoria geral do Direito Constitucional.

1.5 FONTES DO DIREITO CONSTITUCIONAL

O vocábulo fonte deve ser entendido como modos de elaboração e revelação da norma constitucional. Esta pode ser:

I – Fontes diretas ou imediatas que se bifurcam em:

I.I – **fonte direta originária**: não poderia ser outra além da Constituição;

I.II – **fonte direta delegada**: apesar de diretas, seu exercício é atribuído pelo constituinte a outros órgãos, como as leis, os decretos e regulamentos de conteúdo constitucional.

II – **Fontes indireta, mediata ou derivadas**: seriam a jurisprudência, a doutrina, os princípios gerais de Direito, as convicções sociais vigentes, ideia de justiça e outras manifestações.

Quanto à jurisprudência, é bom esclarecer que seria considerada fonte indireta na medida em que o legislador constituinte lhe delegou algumas funções, dentre as quais não está incluído produzir Direito Constitucional; porém, modernamente, tem se admitido o chamado "ativismo judicial", no qual as decisões do órgão judicante têm força para implementar políticas públicas. Assim, não se pode negar que os tribunais praticam Direito Constitucional.[10]

1.6 NEOCONSTITUCIONALISMO

Atualmente, os pesquisadores e aplicadores do direito se deparam com uma série de institutos que receberam prefixos "neo" e "pós", como pós-positivismo, pós-modernidade e neoliberalismo. Dentre estes institutos "agraciados" com prefixos que induzem ao novo está o neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo, como fenômeno do Direito Constitucional contemporâneo, é instituto muito discutido nas últimas décadas sem, no entanto, chegar-se a um acordo quanto às balizas do instituto.

Na busca de definição, imbricam-se jusfilósofos, positivistas, naturalistas, céticos, procedimentalistas, substancialistas, dentre outros, todos contra todos, cada um com sua visão particular de neoconstitucionalismo, talvez porque não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a um entendimento teórico coeso, mas diversos pontos de vista sobre este importante instituto jurídico moderno.[11]

Contudo, se formos ao berço da questão, entenderemos melhor o neoconstitucionalismo. Isso porque, até a Segunda Guerra Mundial, prevalecia no velho continente a cultura de que a lei editada pelo legislativo era fonte principal, quase exclusiva, de Direito.[12] O **Juiz era a "boca" da lei**, como se referia Montesquieu. As **Constituições** eram vistas como **programa político** que serviam para inspirar a atuação legiferante, mas **não podiam ser invocadas perante o Poder Judiciário para defesa de direitos**.[13]

As atrocidades cometidas por Adolf Hitler só foram possíveis graças a este entendimento; *e.g.*, por meio de Decreto expedido em 07.04.1933, os judeus foram afastados do funcionalismo público, do exército e das universidades;

mediante a Lei publicada em 14.07.1933, foram retirados os direitos de cidadão dos judeus imigrantes no Leste Europeu; a chamada “Lei da Cidadania” tirou dos judeus alemães a cidadania alemã; a “Lei da Proteção da Honra e Sangue Alemão” proibia os casamentos dos judeus com não judeus, proibia o emprego de judeus na Alemanha e proibia-os de exibirem a bandeira alemã, entre outras medidas. Por fim, com o Decreto assinado pelo então presidente Paul Von Hindenburg, foram suspensas sete seções da Constituição de 1919 da República de Weimar, que garantiam liberdades individuais e civis ao povo.

Por mais estarrecedor que seja, Hitler não praticou muitas ilegalidades ou inconstitucionalidades; quase todas as atrocidades eram legitimadas por normas jurídicas.[14]

A percepção de que as **maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie** levou as novas Constituições a **criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional**, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador.[15]

Dessa forma, o mero **constitucionalismo**, que buscava **limitação do poder político**, já não é mais suficiente; mais do que limitação, é **necessário** garantir a **eficácia do texto magno**. Assim, “o caráter ideológico do constitucionalismo moderno era apenas o de limitar o poder, o caráter ideológico do neoconstitucionalismo é o de concretizar os direitos fundamentais”.[16]

Neste cenário, começa a ser desenhado o neoconstitucionalismo, possuindo como traços mais marcantes:

a) o reconhecimento da força normativa dos **princípios jurídicos** e a valorização da sua importância no processo de aplicação do direito,[17] sendo este principialismo o lócus da junção entre direito e moral no neoconstitucionalismo;[18]
b) atenção maior à **ponderação** do que à simples subsunção;
c) a participação, cada vez mais frequente, da **filosofia** nos debates jurídicos;
d) judicialismo **ético-jurídico**, exigindo dos operadores do direito a comunhão de técnicas subsuntivo-jurídicas e ética;
e) estatalismo garantista, fazendo com que a **democracia se dê no direito** e a partir do direito;[19]
f) a onipresença da Constituição, ou seja, a irradiação das normas e

valores constitucionais para todos os ramos do direito (**constitucionalização do direito**);

g) o **pós-positivismo**;[20]
h) a **judicialização**.

A última característica merece um pequeno esclarecimento. A judicialização "significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo".[21] Nesse sentido, a judicialização concede transferência de grande carga de poder para juízes e tribunais.

Três **causas** são apontadas como determinantes para a **judicialização**:[22]

a) a ***redemocratização*** do país, que, por meio da Carta de 1988, fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira;
b) a ***constitucionalização abrangente***, que possibilitou a inclusão, na Constituição prolixa, de inúmeras matérias que antes eram deixadas para o legislador;
c) o ***sistema brasileiro de controle de constitucionalidade***, um dos mais abrangentes do mundo,[23] que combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF.

Somente como enriquecimento de tema, bom trazer lições de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco,[24] que resumem o novo constitucionalismo com cinco frases curtas:

a) mais Constituição do que lei;
b) mais juízes que legisladores (judicialização);
c) mais princípios do que regras;
d) mais ponderação do que subsunção; e
e) mais concretização do que interpretação.

Por todo o exposto, o neoconstitucionalismo já é a **nova realidade constitucional**, fazendo que a Constituição passe a ocupar o **centro do sistema jurídico**, não havendo mais espaço para o simples constitucionalismo, assim como o pós-positivismo está alcançando o lugar outrora ocupado pelo positivismo. Podemos inclusive afirmar que estas questões estão gerando os mais instigantes debates jurídicos da atualidade.

1.7. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Certo é que a Constituição de 1988 já imprimiu nova identidade ao Direito Constitucional; contudo, nos últimos 5 ou 10 anos se iniciou o processo de amadurecimento constitucional.

A Constituição surgiu com força nunca vista antes no cenário jurídico, seja no Judiciário ou perante os operadores do direito em geral.

Originariamente, o sistema jurídico gravitava em torno do direito civil, a prova disso é que a própria **teoria geral do direito** era estudada dentro da disciplina "Direito Civil" e só recentemente adquiriu autonomia didática.

Ocorre que, com o envelhecimento do CC/1916 e com a demora na aprovação do novo Código (que tramitou por mais de 20 anos no Congresso Nacional), o Código Civil acabou sendo esvaziado por leis esparsas. A necessidade de atualização frequente do Código fez com que fossem publicadas leis específicas para várias matérias, como direito do consumidor, divórcio, alimentos, locação, direito da criança e do adolescente, e assim por diante. Esse movimento ficou conhecido como **descodificação do direito civil.**

Paralelamente, a Constituição, que era um diploma tido como meramente orientador dos poderes políticos, passou a ser entendida como cogente não só aos poderes públicos, mas para todas as relações, sejam públicas ou privadas, movimento conhecido como **constitucionalização do Direito**.

Absolutamente todas as relações jurídicas, independentemente da natureza, passaram a ser interpretadas à luz da Constituição, por meio da filtragem constitucional.

Nesses termos, qualquer aplicação do Direito passou a ser feita de acordo com a lei maior, seja:

a) Diretamente – quando uma pretensão se fundar no próprio texto e

princípios constitucionais, p. ex., arts. 12, I; 37, III e VI;

b) Indiretamente – quando a pretensão se fundar em norma infraconstitucional, mas nesse caso:

b.I) Antes de aplicar a norma, deve ser analisado se ela está de acordo com a Constituição;

b.II) Ao aplicar a norma, o intérprete deve se orientar pelo sentido e o alcance consentâneos à realização dos fins constitucionais.

1.8 TRANSCONSTITUCIONALISMO

O fim da Segunda Guerra Mundial aproximou países em relações supranacionais. A partir de então, cada vez mais constatamos o **entrelaçamento de ordens jurídicas diversas**, diálogo derivado de diversos países, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional, fato que é denominado **transconstitucionalismo**. Em outros termos, limitação de poder (marcante no constitucionalismo) e problemas de direitos humanos (que concedeu força ao neoconstitucionalismo) por vezes são discutidos ao mesmo tempo por tribunais de ordens diversas.

Marcelo Neves esclarece: “O transconstitucionalismo significa que ordens constitucionais se deparam com problemas de ordens que não aderem aos critérios do constitucionalismo. Mas não é possível uma imposição unilateral. Tem que haver um **diálogo constitucional**. Essa é a ideia. Como é que nós, diferentes, com ordens diversas, pontos de partida diversos, podemos dialogar sobre questões constitucionais comuns que afetam ao mesmo tempo ambas as ordens?”.[25] E continua: “Por exemplo, o caso de Caroline de Mônaco contra a Alemanha. O Tribunal Constitucional Alemão afirmou que figuras proeminentes, diante da imprensa, não têm a mesma garantia de intimidade que o cidadão comum. A corte constitucional alemã decidiu que as fotos tiradas de Caroline de Mônaco por paparazzi, mesmo na esfera privada, não poderiam ser proibidas. Vetou apenas aquelas que atingiam os filhos dela, porque eram menores. O caso chegou ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, e o tribunal decidiu o contrário: não há liberdade de imprensa que atinja a intimidade da princesa, mesmo sendo ela uma figura pública. Neste caso, não há uma hierarquia entre os dois tribunais, mas o mesmo caso é tratado de maneira diversa”.

Outro exemplo seria a discussão em torno do comércio de pneus usados, que envolve questões ambientais e de liberdade econômica. Essas questões são

discutidas ao mesmo tempo pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, Organização Mundial do Comércio e pelo Mercosul.

O caso Cesare Battisti pode ser considerado um exemplo recente, pois, além de ser decidido no STF pátrio, o impasse constitucional está sendo analisado na Corte de Haia.

1.9 SISTEMATIZAÇÃO DO CAPÍTULO

DIREITO CONSTITUCIONAL	
Constitucionalismo	Movimento nascido da vontade do homem de comandar seu destino político e de participar da vida do Estado. Em essência, este termo significa a limitação do poder político do Estado e supremacia da lei.
Origem	A expressão *diritto costituzionale* surgiu do ideal francês, mais especificamente da revolução francesa (1789), quando a França comunicara a Itália dos princípios da revolução, pautados em uma sociedade política justa, de um Estado que respeitava a liberdade individual do ser humano.
Conceito	Ramo do *Direito Público interno* que estabelece os fundamentos estruturais do Estado.
Objeto	Constituição. Seu estudo pode ser dividido em: a) Direito Constitucional particular (positivo ou especial) – busca pesquisar as normas constitucionais em vigor no Estado; b) Direito Constitucional comparado – tem por fim estudar diversas Constituições e sistemas jurídicos com o intuito de compará-las; c) Direito Constitucional geral – é a análise de institutos de diversos ordenamentos constitucionais, para encontrar pontos em comum e extrair uma teoria geral do Direito Constitucional.
Fontes	Podem ser divididas em: a) Fontes diretas ou imediatas: a.I) Fonte direta originária – Constituição;

	a.II) Fonte indireta delegada – demais normas de conteúdo constitucional. b) Fontes indireta, mediata ou derivadas – seriam a jurisprudência, a doutrina, os princípios gerais de Direito, as convicções sociais vigentes, ideia de justiça e outras manifestações.
Neoconstitucionalismo	Enquanto o constitucionalismo buscava a **limitação** do poder político, o neoconstitucionalismo busca a **eficácia** deste diploma. Tem como características mais marcantes: a) A força normativa dos princípios jurídicos; b) Atenção maior à ponderação do que à simples subsunção; c) A participação, cada vez mais frequente, da filosofia nos debates jurídicos; d) A busca de unir moral, ética e direito; e) A irradiação das normas e valores constitucionais para todos os ramos do direito (constitucionalização do direito); f) O pós-positivismo; g) A judicialização.
Constitucionalização do Direito	Aplicação do Direito deve ser feita de acordo com Constituição, seja: a) Diretamente – quando uma pretensão se fundar no próprio texto e princípios constitucionais; b) Indiretamente – quando a pretensão se fundar em norma infraconstitucional, mas nesse caso: b.I) Antes de aplicar a norma, deve ser analisado se ela está de acordo com a Constituição; b.II) Ao aplicar a norma, o intérprete deve se orientar pelo sentido e o alcance consentâneos à realização dos fins constitucionais.
Transconstitucionalismo	Quando ocorrem casos em que os problemas não aderem aos critérios do constitucionalismo puro e simples, não sendo possível uma imposição unilateral, devendo haver um **diálogo constitucional** entre diversas ordens constitucionais. De regra, realizada por um tribunal internacional, como Haia.

1.10 EXERCÍCIOS DE FIXAÇÃO

1. **(DPE/ES – CESPE/2012) Em relação ao conceito de supremacia constitucional e de constitucionalismo, julgue o item seguinte.**

   Na perspectiva moderna, o conceito de constitucionalismo abrange, em sua essência, a limitação do poder político e a proteção dos direitos fundamentais.

2. **(DPE/PR – FCC/2012) O constitucionalismo fez surgir as Constituições modernas que se caracterizam pela adoção de:**

   A) rol de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais e regime presidencialista de governo.

   B) pactos de poder entre soberanos e súditos que garantem àqueles privilégios, poderes e prerrogativas sem a contrapartida de deveres e responsabilidades exigíveis por estes.

   C) princípio do governo limitado pelas leis, separação de poderes e proteção de direitos e garantias fundamentais.

   D) controle de constitucionalidade difuso das normas realizado por qualquer membro do Poder Judiciário.

   E) cartas constitucionais escritas, formais, dogmáticas, dirigentes, analítica e outorgadas.

3. **(PGE/GO – 2009) Expressa uma das características do neoconstitucionalismo:**

   A) A limitação da argumentação jurídica ao raciocínio de subsunção norma-fato. B) O expurgo de contribuições metajurídicas, como as advindas da ética e da moral, do processo interpretativo.

   C) O prestígio da lei em detrimento da Constituição.

   D) O declínio da importância do Poder Judiciário, quando comparado com as funções assumidas pelos demais Poderes.

   E) O reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais.

4. **(PGE/PE – CESPE/2009) Chega de ação. Queremos promessas.**

Assim protestava o grafite, ainda em tinta fresca, inscrito no muro de uma cidade, no coração do mundo ocidental. A espirituosa inversão da lógica natural dá conta de uma das marcas dessa geração: a velocidade da transformação, a profusão de ideias, a multiplicação das novidades. Vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. Os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo rápido. Para jingles, e não para sinfonias. O direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a injustiça passeia pelas ruas com passos firmes e a insegurança é a característica da nossa era.

Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos pós e neo: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus.

***L. R. Barroso. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: Internet: < jus2.uol.com.br> (com adaptações)*.**

Tendo o texto acima como motivação, assinale a opção correta a respeito do constitucionalismo e do neoconstitucionalismo:

A) O neoconstitucionalismo tem como marco filosófico o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais, no entanto, não permite uma aproximação entre direito e ética.

B) A democracia, como vontade da maioria, é essencial na moderna teoria constitucional, de forma que as decisões judiciais devem ter o respaldo da maioria da população, sem o qual não possuem legitimidade.

C) No neoconstitucionalismo, a Constituição é vista como um

documento essencialmente político, um convite à atuação dos poderes públicos, ressaltando que a concretização de suas propostas fica condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador.

D) O constitucionalismo pode ser definido como uma teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Nesse sentido, o constitucionalismo moderno representa uma técnica de limitação do poder com fins garantísticos.

E) O neoconstitucionalismo não autoriza a participação ativa do magistrado na condução das políticas públicas, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

[1]Em Atenas, Basileus (rei) comandava a religião, justiça e guerra, porém este poder era controlado/limitado pelo areópago (conselho formado por membros da aristocracia). Aliado a isso, Dracón (conhecido como primeiro legislador grego), em 621 a.C., positivou os costumes elaborando as primeiras leis escritas de Atenas. Contudo, somente em 594 a.C., com leis instituídas por Sólon, operou-se uma verdadeira "revolução legislativa", acabando com escravidão por dívidas e criando o Bulé (uma espécie de conselho, formado por quatrocentos cidadãos, para exercer funções administrativas e elaborar leis).

[2]BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 6.

[3]A título de exemplo, o movimento constitucionalista no Reino Unido começou em 1215 com a famosa *Magna Carta Libertatum*, quando os barões impuseram uma série de limitações aos monarcas, sendo o principal o Rei João Sem Terra, o qual assinou a Carta para se manter no poder.

[4]Posição de DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 72. Em sentido contrário, Santi Romano, para quem elementos essenciais são soberania e território (*L'ordinamento giuridico*. Florença: Sansoni, 1962. p. 62), dentre outros.

[5]Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1776: "Art. 16. A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição".

[6]NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Contribuindo para uma doutrina constitucional adequada: dialogando com a teoria da constituição dirigente. *Jus Poiesis*, ano 8, n. 8, p. 424, jul. 2005.

[7]MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000. t. I, p. 138.

[8]GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional comparado*. 3. ed. Madrid: Alianza. p. 20-22.

[9]TEIXEIRA, José Horácio Meireles. *Curso de direito constitucional*. Organização e atualização Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 8.

[10]CANOTILHO. J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 26.

[11]CARBONELL, Miguel. *Teoria del neoconstitucionalismo*: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

[12]SARMENTO, Daniel. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional*: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT; Coimbra: Ed. Coimbra, 2009. p. 13.

[13]ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1985. p. 41.

[14]Gustav Radbruch, jurista alemão afastado da cátedra pelo nazismo, escreveu uma circular para os alunos da Universidade de Heidelberg, ao final do segundo pós-guerra: “Ordens são ordens, é a lei do soldado. A Lei é a lei, diz o jurista. No entanto, ao passo que para o soldado a obrigação e o dever de obediência cessam quando ele souber que a ordem recebida visa a prática dum crime, o jurista, desde que há cerca de cem anos desapareceram os últimos jusnaturalistas, não concebe exceções deste gênero à validade das leis nem ao preceito de obediência que os cidadãos lhes devem. (...) Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos de positivismo”. Mais tarde, esta circular foi integrada ao livro do próprio Radbruch, intitulado *Filosofia do direito* (Coimbra: Armênio Amado Editor, 1974. p. 415).

[15]SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 14.

[16]AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 31.

[17]SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 9.

[18]STRECK, Lênio Luiz. Pósfácio. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010. p. 204.

[19]Idem, p. 218.

[20]“Acrescento que, mais do que isso, o pós-positivismo se constitui na principal característica do neoconstitucionalismo. Ou seja, o

neoconstitucionalismo somente tem sentido, enquanto ‘paradigma do direito’, *se for compreendido como superador do positivismo ou dos diversos positivismos*. Pós-positivismo não é uma continuidade do positivismo, assim como o neoconstitucionalismo não pode ser uma continuidade do constitucionalismo liberal. Há uma efetiva descontinuidade de cunho paradigmático nessa fenomenologia no interior da qual os elementos caracterizadores do positivismo são ultrapassados por uma nova concepção de direito (*omissis*). Nessa medida, é preciso ressaltar que só pode ser chamada de pós-positivista uma teoria do direito que tenha, efetivamente, superado o positivismo. *A superação do positivismo implica enfrentamento do problema da discricionariedade judicial* ou, também poderíamos falar, no enfrentamento do solipsismo da razão prática. Implica, também, assumir uma tese de descontinuidade com relação ao conceito de princípio. Ou seja, no pós-positivismo os princípios não podem mais ser tratados no sentido dos velhos princípios gerais do direito nem como cláusulas de abertura” (STRECK, Lênio Luiz. Op. cit., p. 212).

[21]BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidade Jurídica – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, Distrito Federal: OAB Editora, n. 4, 2009.

[22]BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 2-4.

[23]MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 146.

[24]MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 120.

[25]NEVES, Marcelo. Entrevista concedida à Conjur. Disponível em: <http://justicasuprema.blogspot.com/2009/07/o-que-e-transconstitucionalismo.html>.

2

CONSTITUIÇÃO

Sumário: 2.1 Origem – 2.2 Síntese histórica das Constituições brasileiras: 2.2.1 Constituição de 1824; 2.2.2 Constituição de 1891; 2.2.3 Constituição de 1934; 2.2.4 Constituição de 1937; 2.2.5 Constituição de 1946; 2.2.6 Constituição de 1967/1969; 2.2.7 Constituição de 1988; 2.2.8 Constituições provisórias; 2.2.9 Momentos históricos que precederam a elaboração das Constituições; 2.2.10 Quadro sistematizado das Constituições brasileiras – 2.3 Conceito de Constituição – 2.4 Natureza jurídica – 2.5 Concepções das Constituições: 2.5.1 Concepção sociológica de Constituição; 2.5.2 Concepção política de Constituição; 2.5.3 Concepção jurídica de Constituição; 2.5.4 Concepção estrutural de Constituição; 2.5.5 Diversas outras concepções de Constituição – 2.6 Classificação das Constituições: 2.6.1 Quanto ao conteúdo; 2.6.2 Quanto à forma; 2.6.3 Quanto ao modo de elaboração; 2.6.4 Quanto ao objeto ou ideologia; 2.6.5 Quanto à estabilidade; 2.6.6 Quanto à origem; 2.6.7 Quanto ao sistema; 2.6.8 Quanto ao modelo ou finalidade; 2.6.9 Quanto ao tamanho ou extensão; 2.6.10 Quanto à dogmática; 2.6.11 Quanto à correspondência com a realidade política; 2.6.12 Quanto à sistemática (critério sistemático); 2.6.13. Quanto à origem da decretação; 2.6.14 Outras classificações de constituição; 2.6.15 Classificação da Constituição brasileira; 2.6.16 Esquema – classificação das Constituições – 2.7 Estrutura da Constituição: 2.7.1 Preâmbulo; 2.7.2 Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – 2.8 Exercícios de fixação.

2.1 ORIGEM

Os primeiros antecedentes de limitação de poderes do Estado surgiram na Inglaterra com a celebração de pactos que limitavam o poder dos monarcas, como a famosa ***Magna Carta Libertatum***, firmada em 15 de junho de **1215** entre o Rei João Sem Terra e os barões. Por meio desse documento, além de reconhecer que o poder do rei se submetia à lei e que um comitê formado por 25 barões poderia reformar as decisões reais, reconheceram-se diversos direitos aos

súditos. Muitos reconhecem a Magna Carta como o primeiro passo rumo ao constitucionalismo.

Porém, a origem formal da Constituição está ligada às primeiras Constituições escritas e rígidas que surgiram em decorrência das grandes revoluções democrático-burguesas.

Após a vitória sobre a França e seus aliados na guerra dos sete anos, a Coroa britânica instituiu imposto sobre o selo (*Stamp Act*), sob o fundamento de que as colônias deveriam contribuir para sua defesa. O ato teve forte reação popular e, por consequência, foi revogado. Pouco tempo depois, foram criadas tarifas sobre as importações das colônias (*Townshend Act*), o que gerou revolta popular e violenta reprimenda do exército britânico, atos que ficaram conhecidos, posteriormente, como "massacre de Boston". A insatisfação e a posição anticolonialista estavam ganhando corpo quando a Coroa britânica instituiu o ***Tea Act*** em 1773, permitindo que a Companhia das Índias Ocidentais distribuísse seus estoques de chá no mercado americano e causando imenso prejuízo para os comerciantes locais.[1] Esses, dentre outros fatores, levaram à criação de um "exército paralelo" comandado por **George Washington**, que foi determinante na independência de treze colônias britânicas: Carolina do Norte, Carolina do Sul, Connecticut, Delaware, Geórgia, Maryland, Massachusetts, New Hampshire, Nova Jersey, Nova Iorque, Pensilvânia, Rhode Island e Virgínia.

A **declaração da independência dos Estados Unidos da América**, que teve como principal redator o democrata **Thomas Jefferson**, foi assinada em **04 de julho de 1776**. Dois anos depois, foi criada uma Confederação entre as antigas colônias. Após nove anos de Confederação, ficou evidente a dificuldade política da manutenção desta forma de Estado. Assim, em **17 de setembro de 1787**, a **Convenção da Filadélfia** aprovou a primeira Constituição escrita do mundo moderno,[2] sendo posteriormente, em 1791, acrescida de declaração de direitos pelo ***Bill of rights***.[3]

Muito embora a Constituição norte-americana tenha sido a primeira Constituição formal do mundo moderno, a mais emblemática foi a Constituição francesa, que surgiu em 1791 e pôs fim ao *Ancien Régime*, e à qual dedicaremos algumas linhas no capítulo destinado ao poder constituinte.

2.2 SÍNTESE HISTÓRICA DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A República Federativa do Brasil possui em sua história sete Constituições. Destas, quatro foram elaboradas de forma democrática (1891, 1934, 1946 e 1988) e três foram impostas de maneira autoritária, outorgadas (1824, 1937, 1967/1969). Ademais, dois decretos, publicados em 1889 e 1930, foram fundamentais na história da estrutura do País; por isso, há quem os denomine de Constituição provisória.

2.2.1 Constituição de 1824

Apesar de muitos movimentos populares tentarem conceder independência ao Brasil, como a **inconfidência mineira**, que, dentre outras metas, buscava estabelecer a independência do Brasil e fazer sede de governo em São João Del Rei, a efetiva história da primeira Constituição começou a ser desenhada em **1808**, com a **instalação da Corte portuguesa no Brasil**, elevando a colônia à situação de Reino e denominando-o **Reino Unido de Portugal e Algarve.**

Os movimentos revolucionários continuaram no País até 1820, com a revolução do Porto, quando a burguesia portuguesa tentou rebaixar o Brasil à situação de colônia novamente.

Em 1821, o parlamento português editou normas contrárias aos interesses brasileiros, como o retorno de importantes órgãos administrativos para Lisboa e a volta de Dom João VI para Portugal, o que foi cumprido, deixando seu filho, Dom Pedro, no Brasil como regente.

Após pressão da Corte Constituinte, Dom João VI manda seu filho deixar o Brasil e voltar ao país de origem, o que gerou um grande movimento popular contrário. Em 29 de dezembro de 1821, Dom Pedro recebeu um abaixo-assinado pedindo que não deixasse o Brasil. Assim, em **09 de janeiro de 1822**, em uma atitude que entrou para a história como "o **dia do fico**", Dom Pedro proclamou: "Se é para o bem de todos e felicidade geral da nação, diga ao povo que fico", descumprindo determinação de Portugal.

Dom Pedro aceitou a ideia de independência do Brasil desde que a monarquia fosse mantida como forma de governo, porque, segundo ele, seria o único regime capaz de impedir a ingerência do país colonizador.

Em 03 de junho de **1822**, Dom Pedro convoca a primeira **Assembleia Nacional Constituinte**, **dissolvida** logo depois pelo governo português, com ameaça de envio de tropas portuguesas ao Brasil e a determinação de retorno de

Dom Pedro a Portugal.

Então, após declarar a **independência do Brasil**, em **07 de setembro de 1822**, foi eleita nova **Assembleia Nacional Constituinte** para elaborar a primeira Constituição independente, que tinha como ideal o anticolonialismo, o liberalismo e o classismo. Por óbvio, a proposta, que limitava os poderes do Imperador, não agradou Dom Pedro I, que a **dissolveu** e constituiu um **Conselho de Estado**, composto por dez juristas, para elaborar uma Constituição de acordo com seus interesses. Sendo assim, foi **outorgada, em 25 de março de 1824**, a Constituição mais longa da história (65 anos), com aprovação de uma única emenda constitucional, o ato adicional de 12 de agosto de 1834.[4]

Importante ressaltar que, em razão de ser uma Constituição fundacional, sua completa aplicação demorou a ocorrer. Sua efetivação passou pela instalação do Parlamento em 1826 e a criação do Supremo Tribunal de Justiça em 1828, concluindo a formação dos quatro poderes nela dispostos[5] (Executivo, Moderador, Legislativo e Judiciário).

A **"Constituição Política do Império do Brazil", de 1824**, era estruturada da seguinte forma: a) Constituição semirrígida; b) Estado unitário, dividido em vinte províncias governadas pelo Presidente escolhido pelo Imperador; c) Monarquia Constitucional como forma de governo; d) Separação dos Poderes Executivo (chefiado pelo Imperador, com auxílio dos chefes de Estado), Legislativo com a assembleia-geral (sistema bicameral composto de Câmara dos Deputados, com representantes eleitos temporariamente pelo povo, e Câmara de Senadores, com membros vitalícios nomeados pelo Imperador), Judiciário (considerado independente, mas o poder moderador poderia suspender o magistrado de suas funções) e Moderador (exercido pelo Imperador, como chefe supremo da Nação, com amplos poderes); e) A inexistência de controle de constitucionalidade, sendo o legislativo o responsável pela guarda da Constituição; f) Sufrágio censitário, exigindo renda para exercer direitos políticos; g) Religião oficial católica, sendo admitido, porém, culto doméstico de outras crenças; h) Declaração de direitos assegurando a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos, mas a escravidão foi mantida.

Quanto à referida declaração de direitos, é bom que se faça justiça. Alguns doutrinadores apontam a Constituição da Bélgica de 1831 como pioneira na inclusão da declaração de direitos em Constituição; porém, cinco anos antes, a Constituição brasileira já havia feito esta previsão no artigo 179.

Com o Ato Adicional n. 16, de 1834, a cidade do **Rio de Janeiro**, que já era a

capital do império, foi transformada em **município neutro ou município da Corte**. Com isso, a cidade não era subordinada à província do Rio de Janeiro e possuía relacionamento direto com o poder central.

A Constituição imperial poderia ser chamada de nominativa, porque não conseguiu fazer com que as previsões constitucionais se traduzissem nas práticas constitucionais adotadas na realidade.[6]

2.2.2 Constituição de 1891

Durante a Guerra do Paraguai (1864 a 1870), a monarquia começou a enfraquecer, em razão de atos contestados por militares, como a redução do efetivo militar e o corte no orçamento dos valores destinados às forças armadas. Com o fim da guerra, o Exército, mobilizado, passou a ser uma grande força política, não mais acatando cegamente as ordens emanadas pelo Imperador.

A monarquia, já combalida, entrou em choque com a Igreja Católica, a partir de 1874, e com grandes fazendeiros, em razão da abolição da escravatura, em 1888, pela ausência de indenização aos proprietários de escravos, abalando de vez o regime monárquico. Até que, no Rio de Janeiro, em **15 de novembro de 1889, Marechal Deodoro da Fonseca**, comandando um grupo de militares, efetua um **golpe de estado**, sem violência, e assina, no mesmo dia, o **Decreto 1, proclamando a República** como forma de governo e o **federalismo como forma de Estado** e afastando do poder Dom Pedro II.

Como afirmado, a República foi fruto de golpe militar e não teve muito apoio popular à época. Como bem salientou o Ministro Aristides Lobo,[7] a proclamação ocorreu às vistas de um povo que assistiu a tudo de forma bestializada, sem conhecer o que significava.

Com a família real portuguesa banida do território nacional, a nova federação passou a se chamar **Estados Unidos do Brasil**. Na mesma noite de 15 de novembro, foi constituído um governo provisório comandado pelo próprio Marechal Deodoro da Fonseca.

No ano seguinte, em 1890, foram eleitos os representantes do povo (205 deputados e 63 senadores), que, reunidos ininterruptamente em Constituinte desde 15 de novembro de 1890, no Palácio Imperial (hoje conhecido como Quinta da Boa Vista, no Rio de Janeiro), e tendo como Relator o Senador Rui Barbosa, elaboraram a **primeira Constituição republicana**, promulgada em **24 de fevereiro de 1891**, sofrendo uma emenda em 1926 e permanecendo vigente

por 39 anos.

A Carta Republicana teve como principal fonte de inspiração a Constituição norte-americana de 1787 e possuía como características principais: a) Constituição rígida; b) Federação como forma de Estado, dividindo o País em estados autônomos, e não mais províncias; c) o Rio de Janeiro, antigo município neutro, passou a se chamar Distrito Federal; d) República como forma de governo; e) Adoção da ideia original de Montesquieu com a tripartição do poder político: Executivo, Legislativo bicameral com Câmara dos Deputados e Senado Federal (todos eleitos, Deputados para mandato de três anos e Senador para mandato de nove anos) e Judiciário (sendo instituído o Supremo Tribunal Federal); f) Instituição do sistema judicial difuso de controle de constitucionalidade; g) Ampliação dos direitos individuais, incluindo, dentre eles, o primeiro remédio constitucional: o *habeas corpus*; h) Ampla liberdade de cultos.

Curiosamente, alguns Estados, como São Paulo e Pernambuco, adotaram o **bicameralismo estadual**, possuindo **Câmara dos Deputados Estaduais e Senado Estadual**.[8]

Algumas críticas foram dirigidas à Constituição de 1891, como a tentativa de transplantar o texto da Constituição norte-americana para uma realidade diferente, o que gerou oligarquias estaduais, que, aliadas ao governo federal, dominavam o cenário político, e a injusta divisão de receitas tributárias, fazendo com que os estados-membros, aparente e legalmente autônomos, precisassem se curvar às diretrizes do governo federal para sobreviver, gerando a política do "pires na mão".[9]

Apesar de todas as críticas serem pertinentes, são compreensíveis alguns erros, dada a inexperiência federativa dos que confeccionaram o texto constitucional.

2.2.3 Constituição de 1934

A crise econômica mundial de 1929 gerou a desestruturação do setor cafeeiro, que dava sustentação política ao governo. Para se ter uma ideia, em outubro de 1929, o jornal inglês *Herald Tribune* informava que 2/3 do café consumido no mundo era produzido em São Paulo e que o café representava 3/4 das exportações brasileiras. E, por conta da crise mundial, o país estava em precária situação financeira.[10]

A crise se refletiu em disputas políticas, e a fraqueza econômica de São Paulo foi o ponto de partida para a escalada política de Getulio Vargas, que já havia sido Ministro de Estado e Governador do Rio Grande do Sul.

Getulio Vargas conquistou aliados para oporem-se a Washington Luís e à política do "café com leite" (em que São Paulo e Minas Gerais se alternavam no poder). Depois de inflamada batalha política, Washington Luís foi deposto, em 24 de outubro de 1930, acabando com a República Velha e pondo fim a uma longa tradição de poder paulista e mineiro na política brasileira.

Em 1930, foi expedido o Decreto 19.398/1930, que instituiu o "**governo provisório dos Estados Unidos do Brasil**".

Em resposta, eclodiu, em 1932, no estado de São Paulo, a Revolução Constitucionalista, que tinha como intuito derrubar o governo de Getulio Vargas. Com a derrota dos paulistas, começou a se discutir sobre o regime político, forçando a convocação de uma **Assembleia Nacional Constituinte**, reunida em 15 de novembro de 1933 no palácio Tiradentes, Rio de Janeiro, o que culminou, em 16 de julho de 1934, na promulgação da terceira Constituição da história do Brasil e na segunda Constituição republicana, com forte **inspiração da Constituição de Weimar, de 1919**, inaugurando a **segunda dimensão dos direitos fundamentais** e marcando a transição das características individualistas para as sociais.

O cunho social da Constituição deve-se à presença de socialistas na Constituinte, uns na qualidade de representantes classistas e outros eleitos pelo partido socialista de São Paulo, o que representava uma novidade, na época. Apesar de só ter sido eficaz por um ano, uma vez que foi suspensa pela lei de segurança nacional e revogada logo depois, pela Constituição de 1937, a Constituição ora em análise foi importante em muitos aspectos, tais como: a) manteve a Federação e República como forma de Estado e Governo, respectivamente; b) acabou com a rígida repartição de competência, adotou um sistema cooperativo de federação; c) manteve a tripartição do Poder: Executivo (com extinção do cargo de Vice-Presidente), Legislativo (formado somente pela Câmara dos Deputados, cabendo ao Senado Federal apenas a colaboração no processo legislativo) e Judiciário; d) dedicou um título à ordem econômica e social; e) incorporou os direitos sociais; f) estendeu o direito de voto às mulheres, quando exercessem função pública remunerada; g) incluiu nos direitos e garantias o mandado de segurança e a ação popular; h) no controle de constitucionalidade, incluiu cláusula da reserva de plenário, a comunicação ao

Senado no controle difuso e a representação interventiva.

2.2.4 Constituição de 1937

O dia **10 de novembro de 1937** foi importante para a história do País. Nesse dia, **Getulio Vargas** implantou a **ditadura do Estado Novo** e **outorgou a nova Constituição**, com conteúdos, segundo alegava, democráticos.

Na realidade, tratava-se de uma Constituição autoritária; o Presidente da República legislava por decretos-leis e aplicava-os como poder Executivo.

Esta Constituição era conhecida como **"A Polaca"**, dada a influência que recebeu da Constituição autoritária da Polônia de 1935.

Nesta Carta, foram previstas regras como: a) forma de Estado Federal, mas todo poder foi transferido para o governo central, especialmente para o Presidente da República (federalismo nominal); b) manteve a tripartição dos poderes só esteticamente, pois o Executivo ampliou muito suas funções, e o Legislativo e o Judiciário tiveram suas funções extremamente reduzidas; c) os direitos e garantias foram restringidos, não havia sequer princípio da legalidade, mandado de segurança e ação popular, que foram retirados do texto constitucional; d) previa pena de morte para crimes políticos; e) autorizava a censura prévia da imprensa e demais formas de comunicação; f) a lei declarada inconstitucional pelo Judiciário poderia ser revista pelo Legislativo.

Na esteira da "estética" democrática, a Constituição, flagrantemente fascista, previa no artigo 187 a necessidade de ser submetida a um plebiscito,[11] o que nunca aconteceu. Isso fez com que alguns autores[12] afirmassem que a Constituição de 1937 jamais ganhou vigência.

Esta Constituição ficou oito anos em vigor e sofreu 21 emendas.

2.2.5 Constituição de 1946

Com o término da Segunda Grande Guerra, durante a qual o Brasil lutou contra o fascismo e o nazismo, mandando tropas para a Itália, não havia como manter o regime do Estado Novo, que possuía a mesma essência dos regimes combatidos pelo País fora de seu território.

Assim, com os movimentos de redemocratização do Brasil e o enfraquecimento político de Getulio Vargas, a pouco mais de um mês do fim da Segunda Guerra Mundial, os generais Gaspar Dutra e Góis Monteiro determinaram que as Forças Armadas cercassem o Palácio Guanabara,

posicionando-se contra **Getulio Vargas**. Logo após esse fato, o então Presidente **renunciou ao cargo**, **acabando com o regime totalitário do Estado Novo**.

Trinta e cinco dias depois da renúncia de Getulio Vargas, foram realizadas eleições, e o eleito por maioria absoluta de votos foi o General Eurico Gaspar Dutra.

A **Assembleia Nacional Constituinte** foi instalada em 1.º de fevereiro de 1946, novamente no Palácio Tiradentes, Rio de Janeiro. Curiosamente, de modo diferente das Constituições democráticas de 1891 e 1934, esta Constituição não se baseou em nenhum anteprojeto.

Na realidade, a Constituição de 1946 teve mais a função de reconquistar os direitos suprimidos pela Constituição anterior do que criar direitos novos. O Deputado constituinte Hermes Lima salientou à época que a obra seria mais de restauração do regime destruído pelo golpe de 1937.[13] Nessa linha, José Afonso da Silva[14] afirma que "o maior erro daquela Carta Magna, que nasceu de costas para o futuro, fitando saudosamente os regimes anteriores (...). Mas, assim mesmo, não deixou de cumprir sua tarefa de redemocratização, propiciando condições para o desenvolvimento do país durante os vinte anos em que o regeu".

Podem ser apontadas como as principais características: a) Recuperação da autonomia das entidades federadas, concedendo grande autonomia aos municípios; b) Restauração do sistema de separação dos poderes (suprimindo os representantes classistas da Câmara dos Deputados e atribuindo ao Vice-Presidente da República a presidência do Senado Federal); c) Restabelecimento do cargo de Presidente e Vice-Presidente; d) Retomada do regime democrático; e) Reintrodução do mandado de segurança e ação popular; f) Manutenção do Estado laico.

É bom lembrar que nesta Constituição ficou determinado no **artigo 4.º do ADCT** que a **Capital da União** seria transferida para o **planalto central** do País, tendo o Presidente da República que nomear uma comissão de técnicos para proceder aos estudos de localização da nova Capital. Feito isso, Juscelino Kubitschek iniciou a construção da nova capital do Brasil, que foi inaugurada em 21 de abril de 1960. Após a transferência, o que era nomeado Distrito Federal passou a se chamar Estado da Guanabara.

Outro momento de relevo foi a **instituição, pela segunda vez, do parlamentarismo no Brasil** (o primeiro acontecera na época imperial). Quando Jânio Quadros renunciou à presidência do Brasil, em 1961, o Vice-Presidente

João Goulart estava na China. Temendo sua relação com o comunismo, as Forças Armadas tentaram impedir seu retorno ao País.

Ainda sob o temor do comunismo e com o intuito de esvaziar a função presidencial, o Congresso Nacional elaborou, em 1961, Emenda Constitucional estabelecendo o parlamentarismo como sistema de governo, dividindo assim os poderes administrativos do País entre o Presidente da República e o Primeiro-Ministro. Dois anos depois, em 1963, um plebiscito rejeitou o parlamentarismo, fazendo voltar ao sistema presidencialista, o que, para muitos, precipitou o golpe militar de 1964.

2.2.6 Constituição de 1967/1969

Ainda sob o temor do comunismo e assistindo ao retorno do presidencialismo, o que, por óbvio, concedia mais poderes a João Goulart, os militares realizaram um **golpe de estado**, derrubando o então Presidente.

Em teoria, o País continuou sendo regido pela Constituição de 1946; na prática, o Brasil passou a ser regido por atos institucionais e complementares, de 1964 até 1967, quando os militares sentiram necessidade de institucionalizar os ideais e princípios do golpe e **outorgaram** a Constituição de 1967.

A Constituição outorgada possuía as seguintes características: a) Tinha na segurança nacional grande fonte de preocupação; b) Apesar de manter o federalismo, ela o enfraqueceu, centralizando os poderes políticos na União, especialmente nas mãos do Presidente da República, com iniciativa de lei em qualquer área; c) Manteve a tripartição dos poderes, porém houve fortalecimento do Executivo e esvaziamento do Legislativo; d) Redução dos direitos individuais.

Em 1969, o então Presidente Costa e Silva ficou impedido de governar em razão de sérios problemas de saúde, temendo que o Vice-Presidente Pedro Aleixo, um civil, assumisse. Foi instituído o AI 12/1969, no qual foi previsto o governo por uma "**junta militar**" composta pelo Ministro da Marinha de Guerra, Ministro do Exército e Ministro da Aeronáutica Militar. Pouco mais de dois meses depois, foi outorgada a **Emenda Constitucional 1 à Constituição de 1967, sem assinatura do Presidente da República ou do Vice-Presidente**.

A Emenda Constitucional, redigida e publicada por militares, não passou também pelo Poder Legislativo (em exercício de função constituinte), uma vez que o Congresso Nacional estava fechado em razão do AI 5/1968 e do Ato

Complementar 38/1968.

A referida Emenda alterou substancialmente a Constituição de 1967, levando alguns autores a afirmar que a EC 1/1969 é fruto do poder constituinte originário, tratando-se de nova Constituição.[15] Entretanto, respeitando a orientação da Constituição de 1988, que se refere à Constituição citada como Constituição de 1967, fazendo somente referência à redação concedida pela Emenda 1/1969 (*e.g.*, art. 34 do ADCT/1988), nesta obra por vezes citaremos Constituição de 1967 ou Constituição de 1967/1969.

Novamente, esta Emenda Constitucional centralizou o poder no Presidente da República e a arrecadação tributária na União, previu hipótese de suspensão a direitos fundamentais e outras medidas altamente questionáveis.

2.2.7 Constituição de 1988

O Regime Político instaurado em 1964 já havia se exaurido, então se iniciou a chamada "**Redemocratização**", movimento que teve início em meados de 1978, mas que ganhou força após a eleição **indireta** realizada pelo Congresso Nacional para escolha do Presidente da República (Tancredo Neves) e para Vice-Presidente (José Sarney).

Tancredo Neves não pôde exercer o governo em razão de problemas de saúde. Assim, desde o início do mandato, o exercício da Presidência do País coube a José Sarney, primeiro Presidente da chamada "**Nova República**".

Ciente da necessidade de uma nova Constituição, o então Presidente indicou a composição de Assembleia Nacional Constituinte (ANC), encaminhando proposta de Emenda à Constituição ao Congresso Nacional, obtendo aprovação e resultando na **Emenda Constitucional 26 à Constituição de 1967**.

Em 1986, foram eleitos Senadores e Deputados Federais, com a missão de elaborar o novo texto magno, e a Assembleia Constituinte se reuniu a partir de 01 de fevereiro de 1987, resultando na promulgação da "Constituição cidadã", em 05 de outubro de 1988.

Com exceção do **sistema tributário nacional**, que sofreu ***vacatio constitucionis*** de cinco meses (art. 34 do ADCT), a Constituição entrou em vigor na data de sua publicação.

A atual Constituição é, acima de tudo, uma carta de esperança por dias melhores. Abarca direitos nunca antes tratados em textos constitucionais anteriores, **é a carta mais completa da história** no tocante aos direitos

individuais, coletivos e sociais, é a Constituição que mais trouxe ações para tutelar esses direitos e também ampliou o âmbito de controle de constitucionalidade das leis, com o objetivo de garantir maior segurança ao sistema normativo.

Não se pode negar que se trata de uma **Constituição dirigente**, possuindo dispositivos extremamente abertos que dependem da atuação do legislador infraconstitucional para implementação dos direitos. As promessas de modernidade previstas em seu texto não passarão de promessas se não houver órgãos constituídos ágeis e atuantes.

O dirigismo constitucional em países periféricos de democracia tardia, como o Brasil, representa ao mesmo tempo uma solução – porque pode acelerar o crescimento social – e um risco, pois a Constituição pouco materializa, dependendo da atuação dos órgãos públicos.

Os avanços e retrocessos trazidos pela Constituição da República de 1988 serão analisados no decorrer desta obra.

2.2.8 Constituições provisórias

Há divergência sobre a existência de Constituições provisórias, pois não receberam o nome de Constituição em seu texto formal, porém pode-se afirmar que o Brasil, em dois momentos históricos, foi regido por normas formalmente designadas Decretos, mas materialmente consideradas Constituições.

O primeiro, como visto, o **Decreto 1, de 15 de novembro de 1890**, instituiu a República e o federalismo. Este diploma instituiu ainda um governo provisório até a promulgação da Constituição de 1891.

O segundo foi o **Decreto 19.398, de 11 de novembro de 1930**, e instituiu o governo provisório que permaneceu vigente até a Constituição de 1934.

2.2.9 Momentos históricos que precederam a elaboração das Constituições

Como se pode perceber, toda Carta Política foi redigida em razão de um grande momento histórico. É verdade que, em alguns casos, não houve um fator, e sim uma conjuntura que impunha um novo texto constitucional, mas, mesmo nessas situações, a conjuntura foi precedida de um fato emblemático.

Desta forma, para proporcionar uma visão geral do histórico das Constituições, vale a pena resumi-lo: Independência do Brasil em 1822 (Constituição de 1824); Proclamação da República e instituição do federalismo

em 1889 (Constituição de 1891); Golpe de Estado e ascensão de Getulio Vargas em 1930 (Constituição de 1934); instituição do Estado Novo em 1937 (Constituição de 1937); derrocada de Getulio Vargas em 1946 (Constituição de 1946); Golpe Militar em 1964 (Constituição de 1967/1969); redemocratização em 1985 (Constituição de 1988).

2.2.10 Quadro sistematizado das Constituições brasileiras

Data da Constituição	Principais disposições
25.03.1824 (Vigente por 65 anos)	a) Outorgada; b) Constituição semirrígida; c) Estado unitário, dividido em vinte províncias governadas pelo Presidente escolhido pelo Imperador; d) A forma de governo escolhida foi a Monarquia Constitucional; e) Separação dos Poderes Executivo (chefiado pelo Imperador, com auxílio dos chefes de Estado), Legislativo com a assembleia-geral (sistema bicameral composto de Câmara dos Deputados, com representantes eleitos temporariamente pelo povo, e Câmara de Senadores, com membros vitalícios nomeados pelo Imperador), Judiciário (considerado independente, mas o poder moderador poderia suspender o magistrado de suas funções) e Moderador (exercido pelo Imperador, como chefe supremo da Nação, com amplos poderes); f) A inexistência de controle de constitucionalidade, sendo o legislativo o responsável pela guarda da Constituição; g) Direitos políticos – Sufrágio censitário, exigindo renda para exercer direitos políticos; h) Religião oficial católica, sendo admitido, porém, culto doméstico de outras crenças; i) Declaração de direitos assegurando a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos; j) Não aboliu a escravidão.
	a) Promulgada; b) Constituição rígida;

24.02.1891 (Vigente por 39 anos)	c) Federação como forma de Estado, dividindo o País em estados autônomos, e não mais províncias; d) O Rio de Janeiro, antigo município neutro, passou a se chamar Distrito Federal; e) República como forma de governo; f) Adoção da ideia original de Montesquieu com a tripartição do poder político: Executivo, Legislativo bicameral com Câmara dos Deputados e Senado Federal (todos eleitos, Deputados para mandato de 3 anos e Senador para mandato de 9 anos) e Judiciário (sendo instituído o Supremo Tribunal Federal); g) Instituição do sistema judicial difuso de controle de constitucionalidade; h) Ampliação dos direitos individuais, incluindo, dentre eles, o *habeas corpus*; i) Ampla liberdade de cultos; j) Já não existia escravidão desde a famosa "Lei Áurea" decretada pela Princesa Isabel em 1888.
16.07.1934 (Vigente por 3 anos)	a) Promulgada; b) Manteve a Federação e República como forma de Estado e Governo, respectivamente; c) Acabou com a rígida repartição de competência, adotou um sistema cooperativo de federação; d) Manteve a tripartição do Poder: Executivo (com extinção do cargo de Vice-Presidente); Legislativo (formado somente pela Câmara dos Deputados, cabendo ao Senado Federal apenas a colaboração no processo legislativo) e Judiciário; e) Dedicou um título à ordem econômica e social; f) Incorporou os direitos sociais (esta Constituição possuía fortes influências sociais); g) Estendeu o direito de voto às mulheres, quando exercessem função pública remunerada; h) Incluiu nos direitos e garantias o mandado de segurança e a ação popular; i) No controle de constitucionalidade, incluiu cláusula da reserva de plenário, a comunicação ao Senado no controle difuso e a representação interventiva.
	a) Outorgada b) Forma de Estado Federal, mas todo poder foi transferido para o governo central, especialmente para o

10.11.1937 (Vigente por 8 anos)	Presidente da República (federalismo nominal); c) Manteve a tripartição dos poderes só esteticamente, pois o Executivo ampliou muito suas funções, e o Legislativo e o Judiciário tiveram suas funções extremamente reduzidas; d) Os direitos e garantias foram restringidos, não havia sequer princípio da legalidade, mandado de segurança e ação popular, que foram retirados do texto constitucional; e) Previa pena de morte para crimes políticos; f) Autorizava a censura prévia da imprensa e demais formas de comunicação; g) A lei declarada inconstitucional pelo judiciário poderia ser revista pelo legislativo.
18.09.1946 (Vigente por 20 anos)	a) Promulgada; b) Recuperação da autonomia das entidades federadas, concedendo grande autonomia aos municípios; c) Restauração do sistema de separação dos poderes (suprimindo os representantes classistas da Câmara dos Deputados e atribuindo ao Vice-Presidente da República a presidência do Senado Federal); d) Restabelecimento do cargo de Presidente e Vice-Presidente; e) Retomada do regime democrático; f) Reintrodução do mandado de segurança e ação popular; g) Manutenção do Estado laico.
15.03.1967 (Vigente por 21 anos)	a) Outorgada; b) Tinha na segurança nacional grande fonte de preocupação; c) Apesar de manter o federalismo, ela o enfraqueceu, centralizando os poderes políticos na União, especialmente nas mãos do Presidente da República, com iniciativa de lei em qualquer área; d) Manteve a tripartição dos poderes, porém houve fortalecimento do Executivo e esvaziamento do Legislativo; e) Redução dos direitos individuais.

5.10.1988 (Vigente até os dias atuais)	a) Promulgada; b) Constituição rígida; c) Federação como forma de Estado; d) República como forma de Governo; e) Presidencialismo como sistema de Governo; f) Reequilibrou os três poderes políticos: Executivo, Legislativo (bicameral com Câmara dos Deputados e Senado Federal) e Judiciário; g) Aumentou o poder de atuação do Poder Judiciário e constituiu o Ministério Público de garantias nunca antes consagradas; h) Ampliou o controle de constitucionalidade com a instituição da ADPF e ADIO; i) Ampliação dos direitos fundamentais, concedendo grande destaque à igualdade e liberdade, incluindo mais remédios Constitucionais, como mandado de injunção e *habeas data*.
Constituições Provisórias	a) Decreto 1, de 15 de novembro de 1890 (que instituiu a República e o federalismo). Este diploma instituiu ainda um governo provisório até a promulgação da Constituição de 1891. b) Decreto 19.398, de 11 de novembro de 1930, que instituiu o governo provisório e permaneceu vigente até a Constituição de 1934.

2.3 CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

No sentido de ordenamento político que estrutura o Estado, a Constituição já era prevista por Aristóteles em 322 a.C., na obra **A Constituição de Atenas** (*Athenaton Politéia*), quando diferenciava *nómos*, considerada como leis que alicerçavam o Estado, de *psefismas*, conhecidas como leis ordinárias.[16]

Já o vocábulo Constituição tem origem na palavra latina *constituere*, do direito público romano, de onde foi extraída a palavra *constitutio*. Esta foi transportada para o vernáculo com o nome "Constituição".[17]

Avançando para os tempos atuais, a Constituição pode ser conceituada como a **norma fundamental de organização do Estado que determina a divisão dos poderes políticos, os direitos e garantias fundamentais e a ordem social e**

econômica.

Apesar do conceito genérico apresentado, é de bom-tom conceituar Constituição sob dois enfoques:[18]

a) sob o ponto de vista **político,** Constituição pode ser entendida como o conjunto de decisões do poder constituinte ao criar ou reconstruir o Estado, criando e legitimando os órgãos de poder e regulando suas relações mútuas e entre eles e a sociedade;

b) sob o ponto de vista **jurídico**, abrem-se dois sentidos:

   b.1) em **sentido material**, a preocupação é com o conteúdo das normas, que seriam as normas que organizam o poder político, os valores e fins a serem alcançados pelo Estado e os direitos fundamentais;

   b.2) em **sentido formal**, o enfoque é a posição que a Constituição ocupa no ordenamento jurídico, que seria sua posição hierárquica privilegiada em relação às demais normas do ordenamento jurídico, regulando o modo de produção das demais normas, servindo de fundamento de validade de todas as leis que forem editadas pelo país e, por consequência, limitando seus conteúdos.

É bom registrar ainda que a Constituição possui diversos sinônimos, como Carta Magna, Lei Fundamental (*Lex Fundamentallis*), Código Supremo, Lei Máxima, Lei Maior, Carta Política, Lei das leis, Lei Mãe (*Lex Mater*), dentre outros.

2.4 NATUREZA JURÍDICA

Segundo Jean-Jacques Rousseau,[19] a Constituição é um **contrato social**, na medida em que existe para regulamentar diversas relações, como entre União e Estado, Estado e Estado, Estado e Municípios, Estado e sociedade e assim por diante.

2.5 CONCEPÇÕES DAS CONSTITUIÇÕES

2.5.1 Concepção sociológica de Constituição

Em 16 de abril de 1863, o alemão **Ferdinand Lassale** proferiu numa associação liberal-progressista de Berlim sua conferência sobre a essência da Constituição. Nela, afirmou que a Constituição de um país expressa as relações de poder nele dominantes: poder militar, econômico, social e intelectual, isto é, a Constituição é a **soma de fatores reais** *de poder* que regem a sociedade.

Desta forma, em um eventual conflito entre a Constituição escrita e a realidade, chamada por Lassale de Constituição real, prevaleceria esta última. Na verdade, analisa Lassale duramente, a Constituição escrita não passa de uma mera folha de papel, não tem valor, nem é durável se não reproduzir os fatores reais de poder.[20]

2.5.2 Concepção política de Constituição

Para ***Carl Schmitt***, a Constituição é a **decisão política fundamental**, estabelecendo uma distinção entre Constituição e leis constitucionais.

As decisões políticas essenciais para manutenção do Estado, como a normatização dos direitos fundamentais, as normas que estruturam o Estado, dentre outras, podem ser consideradas como Constituição. Já as demais normas, mesmo que estejam no corpo normativo constitucional, são leis constitucionais.

Alega ainda que as leis constitucionais podem ser alteradas na forma estabelecida pela Constituição, mas a Constituição não pode ser modificada.[21]

2.5.3 Concepção jurídica de Constituição

Para ***Hans Kelsen***[22] a Constituição, em sentido lógico-jurídico, seria a **norma hipotética fundamental**.

O jurista austro-americano analisa a Constituição sob o ponto de vista teórico, situando-se no plano lógico-jurídico e não jurídico-positivo, não se preocupando com o ser, e sim com o dever-ser.

Sendo assim, a Constituição é o vértice de todo sistema normativo. Leva-se em consideração a posição de superioridade jurídica da norma constitucional diante das demais normas que compõem o direito positivo.

Para que não reste dúvida, o plano lógico-jurídico – a norma hipotética fundamental – atua no plano do suposto (dever-ser), ao passo que o plano jurídico-positivo – norma positivada – atua no plano do posto (do que

efetivamente é).

2.5.4 Concepção estrutural de Constituição

José Afonso da Silva considera Constituição no seu aspecto normativo, não como norma pura. Na verdade, trata-se de um complexo em que não se somam nem se subtraem elementos e membros, mas que, sim, coexistem, entrelaçando-se num todo unitário. Não se pode conceber um sentido jurídico sem apreciar a vida social. Desta sorte, esta concepção é uma espécie de fusão entre os sentidos sociológico e jurídico. O autor considera a **Constituição não como norma pura, mas como norma conectada à realidade social**, o que lhe dá o conteúdo fático e o sentido axiológico.[23]

Cada vez mais o Supremo Tribunal Federal se mostra simpático a esta teoria. Os julgamentos da Corte seguem a análise jurídica sempre atenta às aspirações sociais, como quando do reconhecimento da união homoafetiva. Apesar de o art. 226, § 3.º, da Constituição se referir a "homem e mulher", o STF mudou orientação para reconhecer como entidade familiar a união entre seres humanos, podendo inclusive ser do mesmo sexo.[24]

Essa é praticamente a ideia que o Min. Luis Roberto Barroso chama de "Concepção normativa", na qual a Constituição é condicionada à realidade de seu tempo, em que as possibilidades e os limites do direito constitucional defluem da tensão permanente entre norma e a realidade. Segundo o renomado autor: "existência própria e autônoma, embora relativa, que advém de sua força normativa, pela qual ordena e conforma o contexto social e político. Existe, assim, entre [a] norma e a realidade, uma tensão permanente, da qual derivam as possibilidades e os limites do direito constitucional".[25]

2.5.5 Diversas outras concepções de Constituição

Em análise meticulosa, Uadi Lammêgo Bullos[26] constata diversas outras concepções de Constituição, principalmente na doutrina estrangeira. São elas:

a) **Concepção jusnaturalista** – A Constituição seria o complexo de princípios do Direito Natural, sobretudo em relação aos direitos fundamentais;
b) **Concepção juspositivista** – A Constituição seria o conjunto de normas de Direito Positivo, sem apreciação de nenhum elemento de

valor;

c) **Concepção historicista** – A Constituição seria efeito do processo histórico;

d) **Concepção marxista** – A Constituição seria a supraestrutura ideológica, condicionada à infraestrutura econômica;

e) **Concepção institucionalista** – A Constituição seria uma forma de manifestação de ideias duradouras existentes na sociedade;

f) **Concepção culturalista** – A Constituição seria um fato social, desembocando na filosofia dos valores. Adota uma perspectiva unitária, criando uma ideia de Constituição total. Segundo essa teoria, "...as Constituições positivas são um conjunto de normas fundamentais, condicionadas pela Cultura total, e ao mesmo tempo condicionantes desta";[27]

g) **Concepção estruturalista** – A Constituição seria o resultado das estruturas sociais, equilibradora das relações políticas e da sua transformação;

h) **Concepção dirigente** – A Constituição seria um programa de atuação dos poderes públicos, a ser implementado no futuro;

2.6 CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES

De acordo com as características da Constituição de um Estado, a Lei Maior pode receber múltiplas classificações, conforme exposto:

2.6.1 Quanto ao conteúdo

- **Constituição material, real, substancial** ou **de conteúdo** – É aquela que trata especificamente sobre divisão do poder político, distribuição de competência e direitos fundamentais.[28]
- **Constituição formal –** Abrange todas as normas jurídicas que têm como fonte o poder constituinte, gozando da prerrogativa de supremacia perante as outras normas jurídicas.[29]

2.6.2 Quanto à forma

- **Constituição escrita ou instrumental** – É aquela que está reunida em

um único texto, como todas as Constituições brasileiras desde 1824.

- **Constituição não escrita, consuetudinária ou costumeira** – Nesta hipótese, as normas não são reunidas em um documento, não são codificadas em um texto solene. Estão previstas em leis esparsas, costumes, jurisprudência e convenções. O exemplo mais famoso é a Constituição inglesa, que, além dos costumes, possui diversos atos normativos de essência constitucional (*Habeas corpus act*/1679, *Bill of Rights*/1689, *Act of Settlement*/1701, dentre outros). Entretanto, exemplos nem tão comuns são o Estado de Israel e a Nova Zelândia, que, assim como a Inglaterra, são constitucionalmente regidos por um conjunto de estatutos.

Como afirmamos, todos esses países que adotam "constituições costumeiras" estão regidos por textos esparsos; por isso, Paulo Bonavides entende que "na época contemporânea NÃO EXISTE Constituição totalmente costumeira, como aquela que teve na França no *Ancien Régime* (antigo regime), antes da Revolução Francesa de 1989, ou seja, 'uma complexa massa de costumes, usos e decisões Judiciárias'(Barthélemy)"[30].

Assim, Paulo Bonavides classifica a Constituição inglesa como parcialmente costumeira.

2.6.3 Quanto ao modo de elaboração

- **Constituição dogmática –** Materializa-se em um **único momento**, agregando ao texto constitucional os valores políticos e ideológicos predominantes de dado momento histórico.
- **Constituição histórica** – É fruto de lenta **evolução histórica**, representa a síntese da evolução da sociedade, engloba costumes, precedentes, convenções, jurisprudências e textos esparsos, como na Constituição inglesa.

2.6.4 Quanto ao objeto ou ideologia[31]

- **Constituição liberal** ou **negativa** – É a exteriorização do triunfo da ideologia burguesa do século XVIII, que tinha por objetivo a não intervenção do Estado; *v.g*., não há previsão sobre ordem econômica.
- **Constituição social** ou **positiva** – Corresponde ao momento posterior da

evolução do constitucionalismo, em que passou a se exigir a intervenção do Estado atuando de forma positiva, como implementação dos direitos sociais e da ordem econômica.

2.6.5 Quanto à estabilidade

- **Constituição rígida** – Só poderá ser alterada atendendo a um processo mais **rigoroso** do que as normas infraconstitucionais. Ex.: artigo 60, § 2.º, da CRFB/1988, Suíça, Dinamarca, Austrália, EUA.
- **Constituição flexível** ou **plástica –** Não exige nenhum procedimento especial para sua alteração, podendo ser alterada pelo processo legislativo ordinário. Eventuais colisões entre normas constitucionais e normas legais são solucionadas pelo critério cronológico, *v.g.*, Constituição da França, Noruega e da Itália de 1848.
- **Constituição semirrígida** ou **semiflexível** – Contém uma parte flexível e outra rígida; assim, alguns dispositivos exigem procedimento especial para alteração, outros não (*v.g.*, Constituição brasileira de 1824).[32]
- **Constituição transitoriamente flexível**[33] – Pode ser alterada por procedimento ordinário durante um determinado período; depois disso, a norma constitucional passa a ser rígida. Ex.: Constituição de Baden, de 1947; Carta Irlandesa de 1937, durante os três primeiros anos de vigência.
- **Constituição relativamente pétrea** ou **super-rígida** – Esta, além de exigir *quorum* diferenciado para sua modificação, é, em alguns pontos, imutável. Para os que seguem esta posição, seria o caso da Constituição brasileira de 1988, em razão do artigo 60, § 4.º.
- **Constituição imutável, granítica, intocável** ou **pétrea** – Essa denominação, criada por Hans Kelsen, significa afirmar que estas seriam Constituições que não admitem alteração alguma, nem mesmo por processo solene. Celso Ribeiro Bastos afirma que estas são "relíquias históricas"[34].

Essas imutáveis seriam, em outros termos, o que Kildare Gonçalves Carvalho[35] designa como **Constituições fixas ou silenciosas.** Estas só podem ser alteradas por um procedimento igual àquele que as criou, isto é, pelo poder constituinte originário. São chamadas de silenciosas, porque não existem artigos sobre emenda constitucional, como, por exemplo, a Constituição da Espanha de

1876 e Estatuto do Reino da Sardenha de 1848.

2.6.6 Quanto à origem

- **Constituição promulgada, democrática, popular** ou **votada** – Elaborada pela Assembleia Nacional Constituinte, composta por representantes legitimamente eleitos pelo povo, com a finalidade de sua elaboração; *v.g.*, Constituições brasileiras de 1891, 1934, 1946, 1988.
- **Constituição outorgada –** Elaborada **sem** a participação popular, estas são impostas pelo poder da época; *v.g.*, Constituição de 1824 (outorgada pelo Imperador Dom Pedro I), Constituição de 1937 (imposta por Getulio Vargas), Carta Política de 1967 (instituída pelo regime militar) e Emenda Constitucional 1/1969, que alterou substancialmente a Constituição de 1967 (outorgada por uma junta militar).
- **Constituição cesarista**[36] – Formada por **plebiscito** popular sobre um projeto elaborado por um imperador (plebiscito napoleônico) ou por um ditador (plebiscito de Pinochet, no Chile). A participação popular, neste caso, não é democrática, pois visa apenas ratificar a vontade do detentor do poder.
- **Constituição pactuada**[37] – Formada por um **compromisso** instável de duas forças políticas rivais; *v.g.*, as Constituições da França, de 1791, da Espanha, de 1845 e 1876, e da Grécia, de 1844.

2.6.7 Quanto ao sistema[38]

- **Constituição principiológica** – Nela, há predominância de **princípios**, sendo, assim, necessária a ação concretizadora do legislador ordinário; *v.g.*, CRFB/1988.
- **Constituição preceitual** – Nesta, prevalecem as **regras**; *v.g.*, Constituição mexicana.

2.6.8 Quanto ao modelo ou finalidade

- **Constituição-garantia** – É a Constituição que tem por fim a limitação do poder estatal. É a chamada Constituição negativa, porque estabelece limites sobre a atuação do Estado na vida do cidadão, um *non facere*; *v.g.*, Constituição dos EUA.

- **Constituição dirigente, plano, diretiva, programática, ideológico-programática, positiva, doutrinal** ou **prospectiva**[39] – Além de estruturar e delimitar o poder do Estado, prevê um plano de metas e programas a serem atingidos pelo Estado. Este tipo de Constituição é recheado de normas programáticas, carecendo da atuação do legislador para torná-la efetiva, o que, para muitos, é temeroso. A título de exemplo, a Constituição de 1988, que é dirigente, possui diversos dispositivos programáticos, sendo o mais emblemático o artigo 3.º, que prevê desenvolvimento nacional, diminuição das desigualdades sociais, dentre outras previsões.
- **Constituição-balanço** – Registra o estágio em que se encontram as relações de poder no Estado. A constituição registra a ordem político-econômica e social existente, refletindo a luta de classes no Estado. A Constituição soviética adotava este modelo. A cada novo estágio rumo à construção do comunismo, uma nova Constituição era promulgada, por isso a URSS possuiu Constituições em 1924, 1936 e 1977.

2.6.9 Quanto ao tamanho ou extensão

- **Constituição sintética, breve, sumária, básica** ou **concisa** – Dispõe sobre aspectos fundamentais de organização do Estado em poucos artigos; *v.g.*, Constituição norte-americana.
- **Constituição analítica, inchada, ampla, minuciosa, detalhista, desenvolvida** ou **prolixa** – Não se atém aos aspectos fundamentais, dispõe sobre diversos outros assuntos ou até mesmo dispondo demasiadamente sobre aspectos políticos. Devido a sua extensão, contém normas que não são materialmente constitucionais; *v.g.*, Constituição do Brasil de 1988 e a Constituição indiana de 1950.

2.6.10 Quanto à dogmática

- **Constituição ortodoxa ou ideológica** – Quando formada por **uma** única ideologia; *v.g.*, Constituição soviética de 1936 e Constituição brasileira de 1937.
- **Constituição eclética, pragmática, utilitária** ou **compromissória** – Formada por **diferentes** ideologias conciliatórias. Podemos citar a Constituição brasileira de 1988, que, *e.g.*, teve a aprovação do sistema de

governo (presidencialismo), com 344 votos a favor e 212 contra.

2.6.11 Quanto à correspondência com a realidade política

- **Constituições nominativas** ou **nominal** – Embora tenham sido criadas com o intuito de regulamentar a vida política do Estado, não conseguem implementar este papel, pois estão em **descompasso com a realidade política**, tal qual aconteceu com as Cartas Políticas brasileiras de 1824 e 1934.
- **Constituição normativa** – São as Cartas políticas que conseguem estar **alinhadas com a realidade política**, como a Constituição de 1988.
- **Constituição semântica** – Não tem por fim regular a vida política do Estado, busca somente formalizar e manter o poder político vigente, como as Constituições de 1937, 1967/1969.

2.6.12 Quanto à sistemática (critério sistemático)[40]

- **Constituição reduzida, unitária ou codificada** – Materializam-se em um único documento, em um Código básico e sistemático. Como exemplo, tem-se a constituição brasileira.
- **Constituição variada ou legal** – As normas constitucionais são distribuídas por vários textos e documentos esparsos, sendo o texto constitucional formado por diversas leis constitucionais. Por exemplo, as Constituições belga, de 1830, e a francesa, de 1875 (esta última consistia em leis constitucionais elaboradas em ocasiões distintas de atividade legislativa, como leis que estabeleciam poderes públicos, organizavam o Senado e de relação entre os Poderes. Juntas, passaram a ser chamadas de "Constituição da Terceira República").

2.6.13. Quanto à origem da decretação[41]

- **Constituição autônoma, autoconstituição ou homoconstituição** – A Constituição é elaborada por órgãos do próprio Estado que irá organizá-la.
- **Constituição heterônoma ou heteroconstituição** (Miguel Galvão Teles) – Quando decretada de fora do Estado, seja por uma organização internacional, seja por outros Estados. Podemos citar como exemplos a

Constituição do Canadá, Jamaica, Nova Zelândia e Austrália, aprovadas pelo Parlamento Britânico; Constituição da Namíbia de 1990 e do Camboja de 1993 elaboradas pela ONU; a Constituição da Bósnia-Herzegovina após a celebração do Acordo de Dayton ou Protocolo de Paris, que é o acordo a que se chegou na Base Aérea Wright-Patterson, perto de Dayton, no estado norte-americano do Ohio, em novembro de 1995, e formalmente assinado em Paris a 14 de dezembro desse mesmo ano.

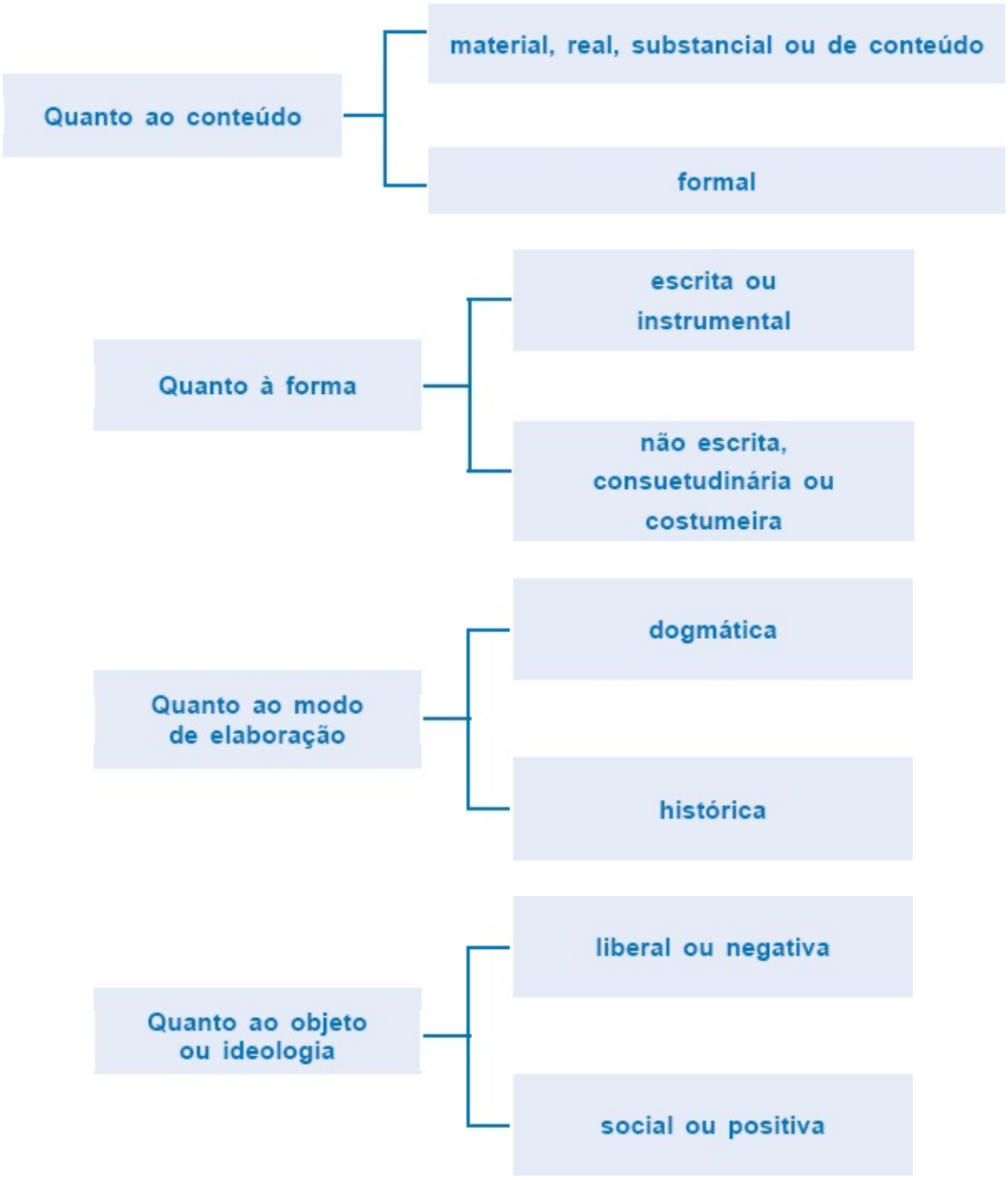
2.6.14 Outras classificações de Constituição

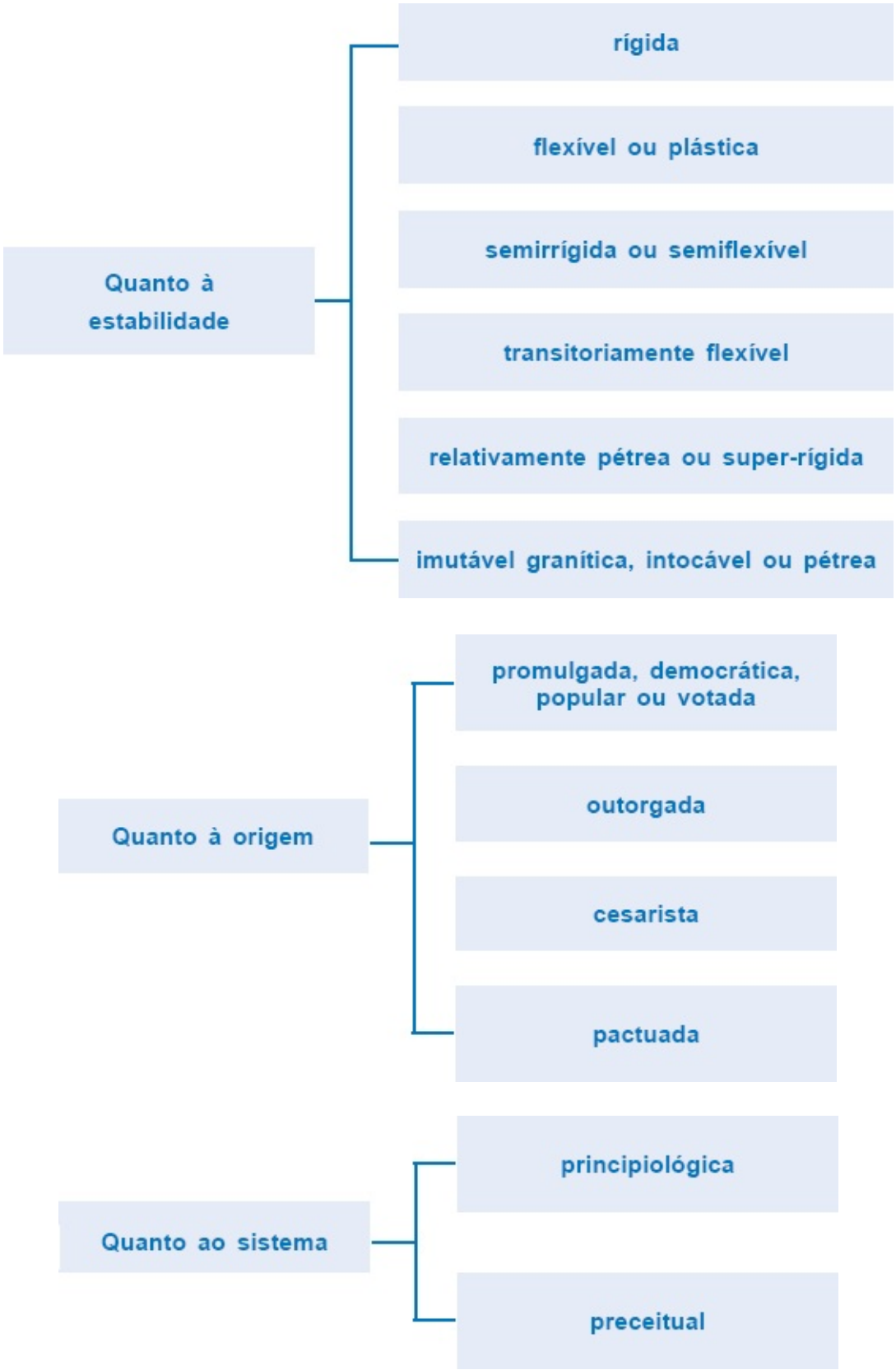
- **Constituição originária**[42] – É a que apresenta um princípio político novo, *e.g*., Constituição americana ao instituir o federalismo.
- **Constituição derivada**[43] – É a que não apresenta princípio político novo, e sim reproduções das Constituições anteriores.
- **Constituição plástica** – Há quem utilize essa denominação como sinônimo de Constituição flexível,[44] porém é melhor entendermos Constituição plástica como aquela em que há grande quantidade de normas abertas, ficando com o legislador ordinário a função de mediar a melhor forma de materialização das normas constitucionais, possibilitando, assim, uma maior "elasticidade" ao texto constitucional, permitindo que as oscilações populares sejam seguidas e atendendo aos anseios de Ferdinad Lassale.
- **Constituição expansiva** – É a que, além de manter temas já consolidados socialmente, os expande e ainda aborda novos temas, não previstos nas Constituições anteriores.
- **Constituições subconstitucionais ou subconstituições**[45] – São aquelas que são limitadas nos seus objetivos, dispondo sobre interesses momentâneos e esporádicos. Em geral, as subconstituições não servem para o futuro, pois já são editadas sem os compromissos de estabilidade e perpetuidade que revestem as Constituições duradouras.

2.6.15 Classificação da Constituição brasileira

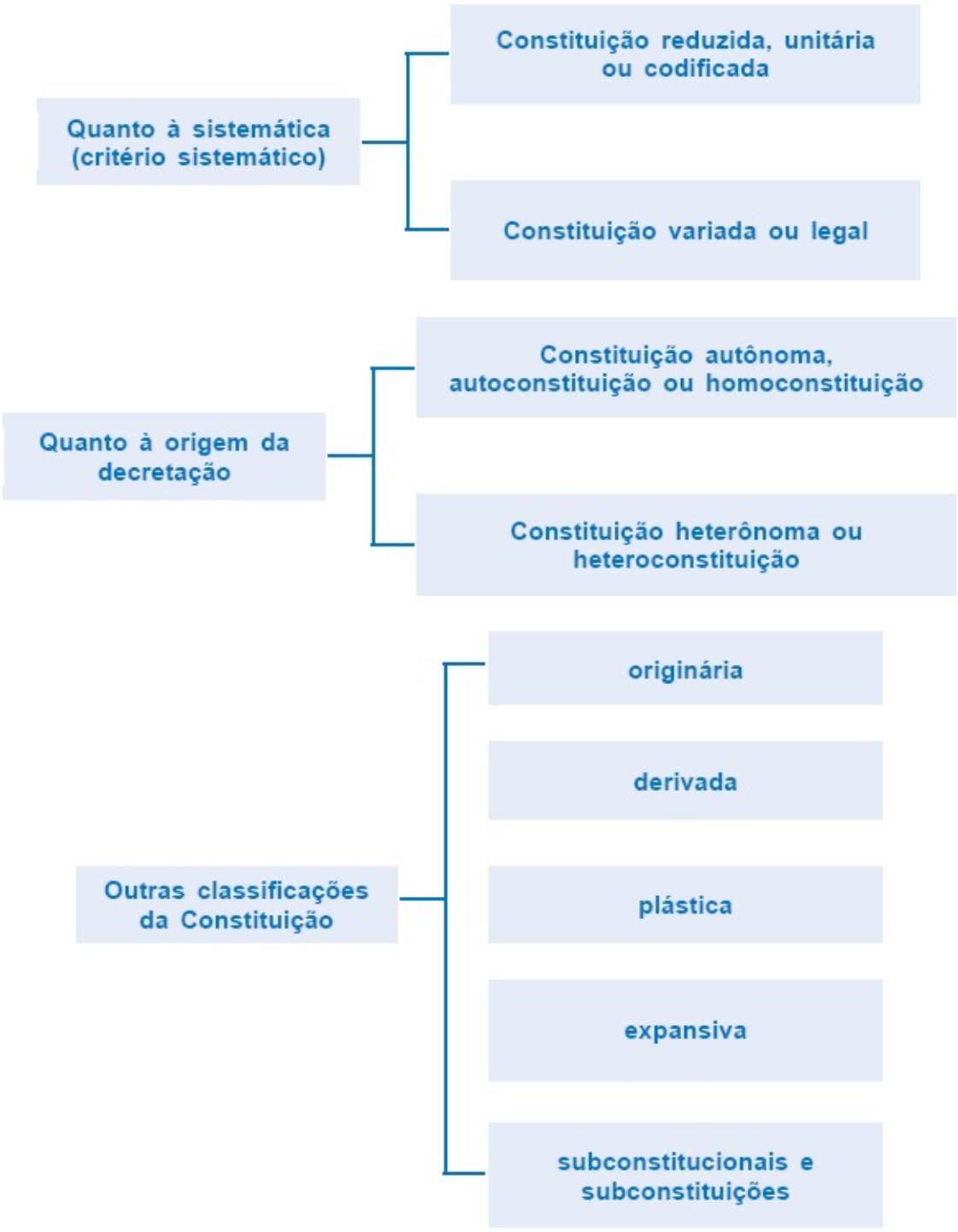
A Carta Magna de 1988 é formal, escrita, dogmática, social, rígida (ou super-rígida), democrática, dirigente, principiológica, analítica, eclética, normativa, originária, plástica, expansiva, unitária e autônoma.

2.6.16 Esquema – Classificação das Constituições




Quanto à estabilidade
rígida
flexível ou plástica
semirrígida ou semiflexível
transitoriamente flexível
relativamente pétrea ou super-rígida
imutável granítica, intocável ou pétrea
Quanto à origem
promulgada, democrática, popular ou votada
outorgada
cesarista
pactuada
Quanto ao sistema
principiológica
preceitual


Quanto ao modelo ou finalidade
Constituição-garantia
Constituição dirigente, plano, diretiva, programática, ideológico--programática, positiva, doutrinal ou prospectiva
Constituição-balanço
Quanto ao tamanho ou extensão
Constituição sintética, breve, sumária, básica ou concisa
Constituição analítica, inchada, ampla, minuciosa, detalhista, desenvolvida ou prolixa
Quanto à dogmática
Constituição ortodoxa ou ideológica
Constituição eclética, pragmática, utilitária ou compromissória
Quanto à correspondência com a realidade política
Constituições nominativas ou nominal
Constituição normativa
Constituição semântica



2.7 ESTRUTURA DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição da República de 1988 é composta por um preâmbulo, nove títulos e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Os títulos da Constituição que serão analisados no decorrer desta obra podem ser

sistematizados da seguinte forma:

Estrutura	Artigos
Preâmbulo	
Título I – Dos Princípios Fundamentais	1º a 4º
Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais	5º a 17
Título III – Da Organização do Estado	18 a 43
Título IV – Da Organização dos Poderes	44 a 135
Título V – Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas	136 a 144
Título VI – Da Tributação e do Orçamento	145 a 169
Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira	170 a 192
Título VIII – Da Ordem Social	193 a 232
Título IX – Das Disposições Constitucionais Gerais	233 a 250
Ato das disposições constitucionais transitórias (ADCT)	1º a 97

Cumpre ainda tecer alguns comentários sobre o preâmbulo Constitucional e o ADCT.

2.7.1 Preâmbulo

No Brasil, o preâmbulo constitucional não é considerado norma constitucional, e sim a carta de intenções da Constituição, e reflete, na realidade, a posição ideológica do momento de inauguração do texto constitucional.

Desta forma, o preâmbulo constitucional não possui relevância jurídica,[46] **não podendo**, por exemplo, **ser usado como parâmetro para controle de**

constitucionalidade.

Porém, cumpre observar que os ***valores*** emitidos pelo preâmbulo podem ser utilizados para controlar a constitucionalidade das leis ou atos normativos do poder público.[47]

Quanto ao termo "**Deus**" utilizado no preâmbulo constitucional em pleno **Estado laico** (art. 5.º, VIII), cumpre dizer que é uma prática comum das Constituições brasileiras. Apesar de o Brasil não ter religião oficial desde 1890, todas as Constituições já vigentes no País, à exceção das promulgadas em 1891 e 1937, utilizaram "Deus" em seus preâmbulos.

Quanto aos preâmbulos constantes nas Constituições estaduais, somente a Constituição do Estado do Acre não previu no preâmbulo o nome divino. Sobre isso, o STF já se manifestou e se posicionou pela **não obrigatoriedade** do termo "Deus" nas Constituições estaduais.[48]

Por fim, cumpre dizer que, além de ser ato meramente político, o preâmbulo constitucional não impõe qualquer limitação ao poder reformador, vez que, como afirmado, não é considerado norma constitucional.[49]

2.7.2 Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

O ADCT é o diploma em que são colocadas as normas formalmente constitucionais que versam sobre **transição de regime constitucional**, *v.g.*, arts. 16 e 34 do ADCT **ou** normas que possuem **caráter temporário**, pois serão esgotadas tão logo ocorra o evento previsto em seu texto, *e.g.*, arts. 2.º, 3.º, 14 e 15 do ADCT.

As normas constantes no ADCT são **formalmente constitucionais**, possuindo a mesma hierarquia que as demais normas do corpo principal da Constituição, por isso podem ser utilizadas como parâmetro para controle de constitucionalidade.

Além do ADCT, é comum encontrar disposições temporárias no corpo de Emendas Constitucionais, como os arts. 2.º e 9.º da EC 20/1998; art. 2.º da EC 32/2001; arts. 2.º ao 4.º da EC 41/2003; arts. 4.º e 5.º da EC 42/2003; arts. 3.º ao 8.º da EC 45/2004 e assim por diante.

2.8 EXERCÍCIOS DE FIXAÇÃO

1. **(Magistratura/MS – FCC/2010) Relativamente às espécies de Constituições, é INCORRETO afirmar que:**

   A) Constituições escritas excluem a possibilidade de costumes constitucionais.

   B) Toda Constituição rígida é escrita.

   C) Toda Constituição costumeira é, ao menos conceitualmente, flexível.

   D) Nem toda Constituição escrita é rígida.

   E) Uma Constituição pode ter partes rígidas e partes flexíveis.

2. **(Defensor Público/AM – Instituto Cidades/2011) A respeito do conceito e da classificação da Constituição, é correto afirmar que:**

   A) A Constituição, na clássica definição de Lassalle, é a decisão política fundamental de um povo, insculpida em um texto normativo que goza de superioridade jurídica frente às demais normas constitucionais.

   B) Para Carl Schmitt, a Constituição é a norma jurídica fundamental do ordenamento jurídico, servindo de fundamento de validade para as demais normas jurídicas.

   C) No entendimento de Hans Kelsen, a Constituição é resultado das forças reais de poder, buscando o seu fundamento de validade em uma norma jurídica epistemológica.

   D) Para Carl Schmitt, não há razão para se fazer distinção entre normas constitucionais em sentido formal e em sentido material, pois tudo o que está na Constituição tem o mesmo *status* constitucional.

   E) No sentido ontológico (Karl Loewenstein), a Constituição pode ser classificada em semântica, nominal e normativa. A Constituição Federal de 1988 é um exemplo de Constituição normativa.

3. **(Defensor Público/AM – Instituto Cidades/2011) Sobre os métodos e princípios hermenêuticos aplicáveis na seara**

constitucional é correto afirmar que:

A) Os métodos clássicos de interpretação (literal ou gramatical, histórico, sistêmico e teleológico), segundo a doutrina majoritária, não são aplicáveis na interpretação do texto constitucional.

B) Segundo o método tópico-problemático, o intérprete parte de uma pré-compreensão da norma para aplicar ao problema, pois considera que o texto constitucional é um limite intransponível para o intérprete.

C) De acordo com o princípio da correção funcional, o intérprete não pode subverter o esquema organizatório-funcional estabelecido na Constituição, pois, caso contrário, haveria permissão para que um poder invada a competência de outro.

D) Pelo princípio da eficácia integradora, o intérprete, ao concretizar a Constituição, deve harmonizar os bens jurídicos envolvidos no conflito, de modo que não seja necessário sacrificar totalmente nenhum deles.

E) Segundo o princípio da unidade da Constituição, para que não se instaure a total insegurança jurídica, é preciso aceitar o dogma de que existe apenas uma interpretação possível das normas constitucionais.

4. (Defensor Público/AM – Instituto Cidades/2011) Quando se usa a expressão "a Constituição é norma pura", "puro dever-ser", a concepção de Constituição foi adotada:

A) no sentido político, como decisão concreta de conjunto sobre o modo e a forma de existência da unidade política.

B) no sentido jurídico, sem qualquer referência à fundamentação sociológica, política ou filosófica.

C) no sentido estrutural, como norma em conexão com a realidade social.

D) no sentido total, com a integração dialética dos vários conteúdos da vida coletiva.

E) no sentido histórico, como uma concepção do evoluir social em direção à estabilidade.

5. **(Delegado de Polícia/MA – FGV/2012) A respeito da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, tendo em vista a classificação das constituições, assinale a afirmativa correta:**

A) A Constituição de 1988 é exemplo de Constituição semirrígida, que possui um núcleo imutável (cláusulas pétreas) e outras normas passíveis de alteração.

B) A Constituição de 1988 é exemplo de Constituição outorgada, pois resulta do exercício da democracia indireta, por meio de representantes eleitos.

C) O legislador constituinte optou pela adoção de uma Constituição histórica, formada tanto por um texto escrito quanto por usos e costumes internacionais.

D) Na Constituição de 1988, coexistem normas materialmente constitucionais e normas apenas formalmente constitucionais.

E) A Constituição de 1988 pode ser considerada como uma Constituição fixa (ou imutável), pois o seu núcleo rígido não pode ser alterado nem mesmo por Emenda.

6. **(Procurador – BACEN – CESPE/2013) A respeito do conceito, dos elementos e das classificações das constituições, assinale a opção correta:**

A) No que se refere ao modo de elaboração, a constituição dogmática espelha os dogmas e princípios fundamentais adotados pelo Estado e não será escrita.

B) Quanto à estabilidade, a constituição flexível não se compatibiliza com a forma escrita, ainda que seu eventual texto admitisse livre alteração do conteúdo por meio de processo legislativo ordinário.

C) Os direitos e garantias fundamentais previstos na CF são considerados elementos socio-ideológicos.

D) No sentido político, segundo Carl Schmitt, a constituição é a soma dos fatores reais do poder que formam e regem determinado Estado.

E) Quanto aos elementos, o ADCT configura exemplo de elemento formal de aplicabilidade da CF.

7. **(AGU – CESPE/2012) No que se refere ao conceito e à classificação das constituições bem como das normas constitucionais, julgue os itens que se seguem.**

   7.1. De acordo com o critério da função exercida pela norma constitucional, considera-se impositiva a regra que veda a imposição de sanção penal ao indivíduo no caso de inexistir lei anterior que defina como crime conduta por ele praticada.

   7.2. Consoante a concepção moderna de constituição material, ou substancial, o texto constitucional trata da normatização de aspectos essenciais vinculados às conexões das pessoas com os poderes públicos, não abrangendo os fatores relacionados ao contato das pessoas e dos grupos sociais entre si.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

[1]BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo* cit., p. 15.

[2]É bom alertar que não é incomum alguns escritores afirmarem que a primeira Constituição foi proclamada em 1776, na Virgínia; no entanto, o *Bill of Rights*, assinado naquela data, nada mais é do que uma declaração de direitos, não organiza os poderes políticos como a forma de Estado e não possui diversos requisitos para o documento ser considerado uma Constituição.

[3]A Constituição dos Estados Unidos da América ainda está em vigor com apenas sete artigos, na seguinte ordem: Art. 1. Poder Legislativo; Art. 2. Poder Executivo; Art. 3. Poder Judiciário; Art. 4. Relação entre os Estados da Federação; Art. 5. Emenda à Constituição; Art. 6. Hierarquia da Constituição e das leis; Art. 7. Ratificação da Constituição pelos Estados.

[4]NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições brasileiras*. Brasília: Senado Federal, 2003. v. 1, p. 18.

[5]Idem, p. 26.

[6]PAULO, Vicente et al. *Direito constitucional descomplicado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 25.

[7]Aristides da Silveira Lobo era jurista, político, jornalista republicano e abolicionista. Foi Ministro do Interior do governo do Marechal Deodoro da Fonseca e participou da Constituinte na elaboração da Constituição de 1891.

[8]LENZA, Pedro. *Direito constitucional*. Op. cit., 2008. p. 37.

[9]AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. Op. cit., p. 50.

[10]Disponível em: <http://www.historianet.com.br/conteudo/default.aspx-codigo=872>.

[11]CR/1934. “Art. 187. Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República.”

[12]Dentre outros: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2004. p. 304.

[13]BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras*. Brasília: Senado

Federal, 2003. v. 5, p. 14.

[14]SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 85.

[15]SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 87; LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado* cit., p. 54.

[16]ARISTÓTELES. *A Constituição de Atenas*. Trad. Francisco Murari Pires. São Paulo: Hucitec, 1995. p. 25. Este livro é considerado a segunda principal obra política de Aristóteles, só ficando aquém da famosa *A política*.

[17]FERREIRA, Luiz Pinto. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 43.

[18]Nesse sentido, BARROSO, Luís Roberto. In: BARRETO, Vicente (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio Grande do Sul: UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 145.

[19]ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social e discurso sobre economia política*. Trad. Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. 7. ed. Curitiba: Hemus, p. 133.

[20]LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 40.

[21]SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Universidad, 1996. p. 33.

[22]KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

[23]SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 39.

[24]ADPF 132/RJ, rel. Min. Carlos Britto, j. 05.05.2011.

[25]BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo* cit., p. 80.

[26]BULLOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 5.

[27]LENZA, Pedro. Op. cit., 2013. p. 79.

[28]AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional* cit., p. 40.

[29]SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 9.

[30]BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* cit., p. 84.

[31]TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São

Paulo: Saraiva, 2010. p. 67-8.

[32]“Art. 178. É só constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos Direitos Políticos e individuais dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional pode ser alterado sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias.”

[33]BULOS, Uadi Lammego. *Direito Constitucional* cit., p. 73.

[34]BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit. p. 51.

[35]CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 14 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 274/5.

[36]SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo* cit., p. 42.

[37]BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros. p. 90.

[38]MORAES, Guilherme Peña de. *Direito constitucional*. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 74.

[39]OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e vida da Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 13.

[40]LENZA, Pedro. *Direito Constitucional* cit., 2013. p. 93.

[41]LENZA, Pedro. *Direito Constitucional* cit., 2013. p. 97/8.

[42]SLAIBI FILHO, Nagib. Op. cit., p. 21.

[43]Idem, p. 21.

[44]FERREIRA, Luiz Pinto. *Curso de direito constitucional* cit., p. 14.

[45]BULOS, Uadi Lammego. *Direito Constitucional* cit. p. 71.

[46]ADI 2.076-5/AC, rel. Min. Carlos Velloso, *DJU* 08.08.2003.

[47]ADI 2.649/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, *DJU* 08.05.2008.

[48]ADI 2.076-5/AC, rel. Min. Carlos Velloso, *DJU* 08.08.2003.

[49]MS 24.645/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJU* 27.11.2003.



3

PODER CONSTITUINTE

Sumário: 3.1 Conceito – 3.2 Legitimidade do poder constituinte – 3.3 Origem – 3.4 Titularidade e exercício – 3.5 Natureza jurídica – 3.6 Espécies de poder constituinte: 3.6.1 Poder constituinte supranacional; 3.6.2 Poder constituinte originário; 3.6.3 Poder constituinte derivado – 3.7 Exercícios de fixação.

3.1 CONCEITO

Estudar poder constituinte – *potestas constituens* – é estudar o instituto antecedente à Constituição e às reformas constitucionais.

Poder constituinte é exatamente **o poder que cria a Constituição de um país ou estado, assim como a modifica.**

Sempre é bom reforçar que **não existe norma superior à Constituição**, que está no último degrau de hierarquia normativa no país; assim, absolutamente todas as normas do ordenamento jurídico pátrio **têm** que ter seu fundamento de validade nesta indispensável norma. Esse fundamento de validade poderá ser direto (imediato), como, por exemplo, uma lei ordinária, ou indireto (mediato), como um decreto que regulamenta uma lei. Porém, que fique claro, a norma que "autoriza" a existência de todas as normas é a Constituição.

Por isso, este diploma é criado por um poder especial, diferente. Enquanto as demais espécies normativas são votadas e aprovadas pelo **legislador ordinário**, as Constituições são votadas e aprovadas pelo **legislador constituinte**, que na prática podem até ser a mesma pessoa (como na assembleia constituinte congressual), mas exercendo funções diferentes.

Neste ponto, é necessário fazer distinção entre **poder constituinte** – poder de criar e reformar as Constituições – e **poder constituído**, que seriam os poderes criados pela Constituição para exercer os poderes inerentes ao Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário). Desta forma, o poder constituinte cria a Constituição, que, por sua vez, cria o Poder Legislativo, sendo errado afirmar que o poder Legislativo cria a Constituição.

Poder Constituinte	Poder de criar e reformar as Constituições.
Poder Constituído	Órgãos (poderes) criados para exercer as funções atribuídas ao Estado.

É possível **distinguir** poder constituinte formal e poder constituinte material:[1]

I – Poder constituinte formal é o poder de estabelecer às normas constitucionais uma forma específica e atribuir força jurídica peculiar a esta Lei maior, colocando-a no vértice do sistema normativo.

II – Poder constituinte material, por sua vez, seria o poder de autorregulação e auto-organização do Estado. Esse sentido é expressão da soberania estatal.

Para Jorge Miranda,[2] o poder constituinte material precede o poder constituinte formal, e a razão é simples: a ideia de Direito é anterior à regra de Direito. Inicialmente, temos a consolidação de certa ideia que, posteriormente, é formalizada, com as peculiaridades estabelecidas no ideal.

Contudo, engana-se quem pensa que esta formalização realizada pelo poder constituinte formal é autônoma. Esse poder formalizador confere segurança, estabilidade e garantia ao poder constituinte material, protegendo-o dos possíveis vícios da legislação e da prática cotidiana do Estado e das forças políticas.

Por fim, é bom deixar registrado que poder constituinte **não é temporário**. É um poder que acompanha o cidadão permanentemente.[3] Cada cidadão possui uma parcela deste poder, que pode ser exercido a qualquer momento.

3.2 LEGITIMIDADE DO PODER CONSTITUINTE[4]

Muitos se perguntam: o que dá legitimidade ao Poder Constituinte? O Min. Luís Roberto Barroso apresenta duas teses desenvolvidas nas últimas décadas que buscam fornecer legitimidade à superioridade jurídica concedida ao poder constituinte:

- **Pré-compromisso ou autovinculação** – teoria criada por Jon Elster[5] segundo a qual, ao elaborar a Constituição, o povo impõe a si e ao poder soberano limitações que resguardam o processo político-democrático dos perigos e tentações que possam levar a abandoná-lo no futuro.
- **Democracia dualista** – desenvolvida por Bruce Ackerman,[6] que divide a atividade política em duas:
  a) **política constitucional** – que se pratica em momentos cívicos específicos de ampla mobilização do povo;
  b) **política ordinária** – que fica a cargo da classe política e organismos do poder constituído.

Assim, a vontade manifestada naqueles momentos especiais prevalece sobre os momentos rotineiros. Esses momentos especiais, recheados de vontade cívica, dão legitimidade à hierarquia.

A adaptação da Constituição às demandas dos novos tempos se faz por interpretações, mutação e reforma. Essa atualização atua como uma renovação do pré-compromisso original. Nas situações-limites, o poder constituinte originário volta à cena, rompendo a ordem anterior que se tornou indesejada.[7]

3.3 ORIGEM

De início, é bom não confundir poder constituinte com sua teoria. Desde a primeira sociedade politicamente organizada, podemos dizer que houve poder constituinte; porém, sua teoria sobre a legitimidade, limites, formas e modos de exercício só surgiu no século XVIII, por obra de reflexão iluminista.[8]

Seguindo essa linha, na Antiguidade, seja na Grécia ou em Roma, as leis de conteúdo constitucional, apesar de constituintes, não se diferenciavam formalmente das demais normas, podendo ser alteradas pelo órgão legislativo ordinário ou pela intervenção individual. Na Idade Média, as regras de matéria constitucional eram costumeiras; desta forma, só o tempo poderia mudá-las. No

início da época moderna, da mesma forma, não se conheceu a teoria constituinte, apesar de já considerarem as leis fundamentais distintas das demais por sua matéria, superioridade e estabilidade.[9]

Até mesmo na elaboração da primeira Constituição escrita do mundo moderno, a Constituição norte-americana de 1787, não houve uma discussão prévia sobre o poder constituinte.

Somente em 1789, às vésperas da revolução francesa (que eclodiu no mesmo ano), a teoria do poder constituinte tomou corpo.

Antes disso, em julho de 1788, foi editado o "ato de convocação", autorizando os franceses a apresentarem propostas acerca da reforma do Estado, tendo sido produzidos mais de 40.000 textos. O texto de maior destaque foi um dos quatro escritos pelo político, escritor e abade Emmanuel Sieyès.

Nesse texto, demonstrando a inconformidade com o poder opressor estatal, **Emmanuel Joseph Sieyès** publicou um manifesto chamado ***Qu'est-ce que le Tiers État?*** (Que é o Terceiro Estado?), no qual, inspirado no liberalismo de John Locke e na ideia de contrato social de Jean-Jacques Rousseau, pugnou por mais direitos à nação.

Nessa obra, Sieyès buscava conceder poderes à nação, fazendo distinção entre poder constituinte e poder constituído. O primeiro seria permanente, incondicionado e ilimitado, só encontrando freios no direito natural; o segundo, por seu turno, receberia investidura, poderes e limites por ordens do primeiro – poder constituinte que pertencia à nação.[10]

Desta sorte, **o Estado absolutista e teocrático deveria ceder espaço à vontade da nação**, que deveria escolher seus representantes, e todos deveriam se submeter às leis editadas pelos escolhidos pelo povo.

Nesses termos, a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte possibilitaria a restauração da legitimidade do poder político porque a Constituição seria promulgada pelos representantes da nação.

Com isso, Sieyès adaptou a ideia que o inspirou para garantir sua efetividade. Enquanto Jean-Jacques Rousseau buscava a participação direta do indivíduo, Sieyès vislumbrou a sua impossibilidade e incluiu na ideia de poder constituinte a representação política.[11]

Buscava, assim, retirar parcela do poder do **primeiro Estado** (clero) e do **segundo Estado** (monarquia), para transferi-lo ao **terceiro Estado** (burguesia), surgindo, então, a teoria da soberania nacional.

É bom registrar que, apesar de posição amplamente majoritária atribuir a paternidade do poder constituinte a Sieyès, La Fayette discorda, afirmando que os norte-americanos já haviam feito a distinção entre poder constituinte e poder constituído em suas Convenções, inclusive na carta que gerou a Constituição de 1787.[12]

Como afirmado anteriormente, o poder constituinte não se confunde com sua teoria. Na realidade, na Constituição norte-americana o poder constituinte foi exercido, assim como as convenções que organizavam aquele Estado, que, para tanto, estabeleceu diferentes poderes. Porém, a teorização deste poder peculiar deve-se realmente a Sieyès.

3.4 TITULARIDADE E EXERCÍCIO

Antes da teorização do poder constituinte, na Idade Média, prevalecia a **teoria da soberania divina**, em que o poder soberano pertencia a Deus (*omnis potestas a Deo*). Esta teoria perdurou ao longo da Idade Média, sob o domínio da Igreja Católica e da filosofia aristotélico-tomista.[13]

A força do cristianismo perdurou por séculos e manteve sua importância ao final da Idade Média, quando surgiu a **teoria da soberania do monarca**. Por esta teoria, a Igreja, com a bênção do Papa, nomeava o monarca, rei ou príncipe "indicado" por Deus. Essa união (Estado, monarquia e Igreja) perdurou até a consolidação do Estado moderno.[14]

A mudança do poder permanente para o poder temporário ocorreu com a revolução francesa, trazendo a **teoria da soberania nacional**, em que a soberania era atribuída à nação, como visto no tópico anterior.

A soberania nacional poderia ser dividida em:[15]

a) **soberania nacional alienável** – transfere a titularidade do poder político;
b) **soberania nacional inalienável** – transfere o exercício do poder político.

Entretanto, com o amadurecimento do processo democrático, a titularidade do poder constituinte e, por consequência, a soberania passaram a pertencer ao povo. Nasceu, assim, a **teoria da soberania popular**, que perdura até os dias

atuais.

Para que justiça seja feita, não se pode olvidar que a Constituição dos Estados Unidos da América, anterior às ideias de Sieyès, já concebia o povo, e não a nação, como titular do poder supremo. No preâmbulo da Constituição norte-americana está escrito "*We the people*..."[16] (Nós o povo...).

No Brasil, as Constituições de 1824[17] e de 1891[18] citavam a soberania nacional. Somente em 1934[19] começou a previsão voltada à soberania popular, que foi seguida pelas Constituições de 1937,[20] 1946[21] e 1967.[22] Atualmente, o povo é o titular do poder supremo, e sobre este não há mais controvérsias.

Seguindo a linha norte-americana, a Constituição brasileira de 1988 traz em seu preâmbulo a frase "Nós, representantes do **povo** brasileiro...",[23] e, para colmatar, **o art. 1.º, *caput***, faz referência ao **Estado Democrático de Direito**, e o **parágrafo único** do mesmo artigo repisa que "**todo poder emana do povo**...".[24]

Os mesmos dispositivos que concedem poderes ao povo delegam este poder para outras pessoas exercerem-no. Por isso, salutar diferenciar titularidade de exercício desse poder.

Apesar de a **titularidade** ser concedida ao **povo**, seu **exercício**, ou seja, o desempenho da função constituinte, por vezes, é atribuída a **representantes**, como ocorreu com a Assembleia Nacional Constituinte, que elaborou a Constituição de 1988.

Há quem distinga o exercício do poder constituinte em direto, indireto ou misto:[25]

a) **Exercício direto** – Quando há elaboração e/ou reforma popular da Constituição; *v.g.*, aclamação em revolução;

b) **Exercício indireto** – Quando há elaboração e/ou reforma representativa da Constituição; *v.g.*, Assembleia Constituinte;

c) **Exercício misto** – Quando há elaboração e/ou reforma combinada da Constituição, isto é, quando povo e representantes desenvolvem atividades constituintes; *v.g.*, exigência de plebiscito para vigência da Constituição confeccionada pelos representantes.

3.5 NATUREZA JURÍDICA

Que o **poder constituinte derivado** é um **poder de direito** não há dúvidas, na medida em que sua previsão está na Constituição da República e nas Constituições estaduais; porém, divergência surge ao analisar a natureza jurídica do **poder constituinte originário**, pois este não está positivado, ocasião na qual surgem três posições doutrinárias sobre o assunto:

a) **Poder de direito** (ou jurídico)[26] – Esta posição acredita na existência de um Direito natural anterior ao Estado e superior a este; logo, o poder constituinte fundamenta-se em um poder natural de organizar a vida social.[27]

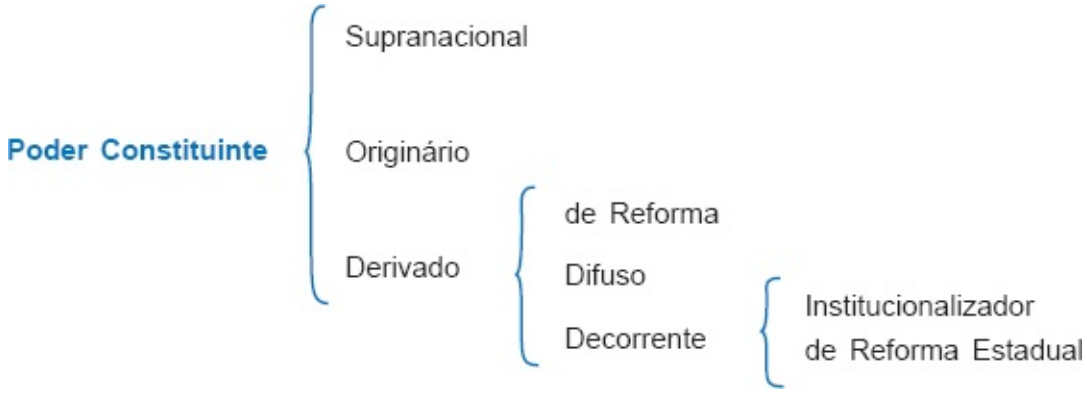
b) **Poder de fato** (extrajurídico)[28] – Por esta, acredita-se que o poder constituinte se autolegitima, transcendendo o direito positivo.

c) **Poder político**[29] – Sua existência e ação independem de previsão no direito. Na verdade, segundo essa posição, o poder constituinte seria tanto jurídico, pois precede a edição das normas constitucionais, como fático, pois produz fundamento de validade na ordem jurídica.

Esta última parece ser a posição mais acertada acerca do assunto.

3.6 ESPÉCIES DE PODER CONSTITUINTE

O poder constituinte pode ser dividido em três espécies: supranacional, originário (inaugural ou inicial) e derivado. Este último, por sua vez, se subdivide em outras três, que seriam: derivado de reforma, derivado difuso e derivado decorrente. Este poder decorrente se subdivide em mais dois: derivado decorrente institucionalizador e derivado decorrente de reforma estadual.



3.6.1 Poder constituinte supranacional

É o poder de reorganização dos Estados soberanos que aderem a um **direito comunitário**, por meio de tratados constitutivos de organização supranacional, com o fim de legitimar o processo de integração regionalizada.[30]

A fonte de validade desse poder está na cidadania universal, na vontade de integração, na diversidade de ordenamentos jurídicos e no conceito inovador de soberania.[31]

Pelo exposto, esta espécie de poder constituinte está "acima" do Estado, na medida em que uma **norma comum a vários entes soberanos** reestruturará a base de cada estado signatário, alterando, *e.g.*, seu sistema monetário e de fronteiras.

Eles renunciam, pois, a uma parte de sua soberania para aderirem a esta norma comunitária, o que não é usual. Pode-se afirmar que, por não formarem federação ou confederação, seria uma forma *sui generis* de Estado composto.

A **União Europeia**, evolução da Comunidade Econômica Europeia e constituída pelo **tratado de Maastricht/1992**, para alguns, já poderia ser considerada expressão desse poder supranacional.

Apesar de os holandeses e franceses terem rejeitado, em 2005, o texto da **Constituição Europeia**, em dezembro de 2009 foi aprovado o tratado de Lisboa, que seria uma versão mais suave da Constituição Europeia. Este diploma altera a estrutura e o funcionamento da União Europeia.

A supranacionalidade é uma tendência que cada vez mais ganha corpo, porque estamos vivendo esse movimento sem volta de globalização do direito Constitucional.

Canotilho até propõe a criação de uma **teoria da interconstitucionalidade**, para estudar as relações entre as Constituições, analisando a concorrência, convergência, justaposição e conflito entre várias constituições e de vários poderes constituintes dentro do mesmo espaço político.[32]

3.6.2 Poder constituinte originário

3.6.2.1 Conceito

O poder constituinte originário (inicial, inaugural ou de 1.º grau) é o poder de criar a Constituição do Estado soberano. O exercício desse poder gera alteração no regime jurídico de todo o país. A mudança de regime ocasionada pelo

exercício de poder constituinte originário é chamada de ***transconstitucionalização***.

Esse poder pode ser dividido em ***poder constituinte fundacional*** (*ou histórico*), que estrutura o Estado pela primeira vez, criando (fundando) o novo ente, e ***poder constituinte pós-fundacional*** (*ou revolucionário*), que seriam todos os poderes que reordenassem o Estado já existente.

Há doutrina[33] que alega a inexistência de interrupção ou recomeço do Estado pelo poder constituinte chamado doutrinariamente de originário. O poder constituinte fundacional é realmente originário, sem quaisquer referências de ordens constitucionais anteriores. O poder constituinte pós-fundacional, por mais que seja "independente", representa a continuidade e, cada vez que se apresenta, teria um pouco menos da real força constituinte. Por isso, distinguem-se ***poder constituinte pré-constitucional,*** que seria o absoluto, sem compromisso com ordens pretéritas, e ***poder constituinte constitucional,*** que seria a expressão do poder constituinte que deve dar continuidade ao Estado.

3.6.2.2 Formas de expressão

Existem três formas pelas quais o poder constituinte originário pode se manifestar:

a) ***Movimento revolucionário***

Este seria o melhor exemplo de exercício direto do poder constituinte, na medida em que, na revolução vitoriosa, necessariamente há a ruptura do regime anterior e "o nascimento de uma nova Constituição material, a que se segue, a curto, a médio ou em longo prazo, a adequada formalização".[34]

Assim, o povo, titular do poder, impondo a sua vontade, determina uma nova e legítima ordem constitucional material, que, posteriormente, é formalizada.

Em pleno período de ditadura, Francisco Campos confirmou, nos considerandos do **Ato Institucional 2, de 27 de outubro de 1965**, que "a Revolução é um movimento que veio da inspiração do povo brasileiro para atender às suas aspirações mais legítimas: erradicar uma situação e unir Governo que afundavam o País na corrupção e na subversão". E continuou: **"A revolução investe-se, por isso, no exercício do Poder Constituinte, legitimando-se por si mesma"**.

A revolução, apesar de ofender em muitas vezes a legalidade, é banhada de

legitimidade, posto que realizada de acordo com os anseios do povo. Diversamente, o **golpe de estado** não é dotado de legalidade nem de legitimidade, vez que é realizado por grupos fechados, muitas vezes denominados "elites".

Refutar o golpe de Estado gera o risco de deslegitimar Constituições geradas desta forma, por não serem fruto do poder constituinte. Por isso, para legitimar Constituições advindas de golpe de Estado, é prudente seguir doutrina de Paulo Bonavides,[35] que diferencia revolução e golpe de Estado, afirmando que "o primeiro, como poder jurídico, é o poder constituinte do Direito Constitucional; o segundo, como poder **extrajurídico**, é o poder constituinte da Ciência Política".

É exatamente quando o ato constituinte compete a um grupo restrito de pessoas ou mesmo a uma única pessoa, sem intervenção de órgão de representação popular, que temos o ***ato constituinte unilateral***, e a Constituição é dita como *outorgada*,[36] o que, para alguns, configura em ***poder constituinte usurpado***.[37]

Há quem diferencie o termo "Constituição" do vocábulo "carta". A primeira seria realizada por meio da vontade popular, a segunda seria outorgada.

b) ***Assembleia Nacional Constituinte (ou Convenção Constitucional)***

É o órgão composto pelo conjunto de pessoas eleitas pelo povo e para o povo, a quem incumbe o exercício da função constituinte.

Nesta hipótese, tem-se o exercício indireto da função constituinte e a aplicação da técnica do ***procedimento constituinte indireto*** *(ou representativo)*, pois a participação do povo esgota-se com a eleição de seus representantes.[38]

A Assembleia Nacional Constituinte (ANC) pode ser dividida em duas espécies:

I – Assembleia Nacional Constituinte Pura – Os representantes do povo são eleitos somente para o exercício do poder constituinte; após a promulgação e publicação da Constituição, o mandato termina.

II – Assembleia Nacional Constituinte Congressual – Os eleitos, após exercer a função constituinte, mantêm seus mandatos para exercer função legislativa.

Quando fruto de Assembleia Nacional Constituinte, a Constituição é dita promulgada (ou votada).

c) ***Plebiscito ou referendo***

É o que ocorre nas Constituições cesaristas, em que a validade do texto constitucional fica na dependência da aprovação popular. Nesta hipótese, temos o ***procedimento constituinte indireto***[39] e o exercício misto do poder constituinte.

Apesar de diversos exemplos, o primeiro e mais emblemático foi a Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, que, no art. VII, previa: "*The Ratification of the Conventions of nine States, shall be sufficient for the Establishment of this Constitution between the States so ratifying the Same*" (A ratificação, por parte das convenções de nove Estados, será suficiente para a adoção desta Constituição nos Estados que a tiverem ratificado). A citada ratificação ocorreu com sucesso em 1789.

A atual Constituição francesa de 1958, elaborada no governo Charles De Gaulle, foi legitimada, da mesma forma, por referendo posterior. Napoleão[40] e Hitler[41] também se valeram de consultas populares. Ocorre que nesses dois últimos casos o povo foi objeto de clara manipulação, fenômeno que ficou conhecido como "manipulação das massas".

3.6.2.3 Características do poder constituinte originário

São três as principais características do poder constituinte originário:

3.6.2.3.1 Inicialidade

O exercício do poder constituinte originário é **inicial**, pois não está respaldado em nenhuma ordem jurídica anterior. Ademais, inaugura uma nova ordem jurídica no país, fazendo surgir um **novo estado jurídico**.

Levando em conta que a Constituição é o fundamento da validade (imediato ou mediato) de todas as normas do ordenamento jurídico pátrio, todas as leis preexistentes terão que ser relidas à luz da nova Constituição. E a isso damos o nome de ***filtragem constitucional,*** que nada mais é do que a reanálise das normas anteriores, passando pelo filtro interpretativo da Constituição.

Pelo que foi exposto, cumpre analisar qual o impacto causado por uma nova Constituição diante da Constituição anterior e da norma infraconstitucional

preexistente.

- **Impacto da nova Constituição diante da Constituição anterior:**

Quando surge uma nova Constituição, a Constituição anterior pode sofrer três consequências:

a) ***Revogação***

Normalmente, o advento de uma nova Constituição ***ab-roga*** (revogação total) a Constituição anterior, pois a Constituição consolida ideias e ideais do Estado em determinado contexto político, histórico e social. Assim, não é crível que existam dois Estados, criados em momentos distintos, coexistindo.

Pode ocorrer ainda a ***derrogação*** (revogação parcial) da Constituição anterior, o que consequentemente abre espaço para a desconstitucionalização ou recepção dos dispositivos constitucionais sobreviventes.

b) ***Recepção***

É a admissão da totalidade ou parte da ordem constitucional anterior, mantendo o *status* de norma constitucional.

Só será cabível quando expressa, pois, como afirmado, a regra é a revogação (*ab-rogação*).[42]

A **atual Constituição** de 1988, por meio do art. 34 do ADCT, **recepcionou**[43] o sistema tributário nacional da **Constituição de 1967** por tempo determinado, *in litteris*: "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 n. 1, de 1969, e pelas posteriores".

A expressão "mantido" demonstra que a recepção do sistema tributário anterior foi expressa.

Em virtude do art. 34 do ADCT, é certo que a Constituição do Brasil de 1988 derrogou a termo a Constituição de 1967, recepcionando, por tempo determinado, o sistema tributário nacional desta Carta. Sendo assim, o sistema tributário nacional da Constituição de 1988 sofreu ***vacatio constitutionis*** de cinco meses.

c) ***Desconstitucionalização***

É a admissão da ordem constitucional anterior como norma infraconstitucional naquilo que for **materialmente** compatível. Isto é, a Constituição anterior continua valendo, total ou parcialmente, porém com ***status* hierárquico menor**, passando a ter hierarquia de lei ordinária.

A ideia seria que as normas **materialmente** constitucionais, introduzidas na Constituição anterior, seriam revogadas, enquanto as normas **formalmente** constitucionais continuariam em vigor perante a Constituição posterior, com *status* inferior, podendo ser revogadas pela legislação ordinária.[44]

Nascida na França, foi acolhida pelo Direito português.[45] Já em solo brasileiro, surgem divergências doutrinárias favoráveis[46] e contrárias[47] ao instituto.

Em que pese simpatia pelo instituto, na medida em que **evitaria o hiato normativo**, admitindo a manutenção das conquistas sociais, sem risco de omissões indesejadas pela nova Constituição, é certo que só será verificado este instituto se a nova Constituição expressamente o mencionar, como o art. 290, n. 1, da Constituição Portuguesa.

Este instituto também pode ser constatado em sede de poder constituinte derivado decorrente, como aconteceu com o **art. 147 da Constituição do Estado de São Paulo de 1967, que desconstitucionalizou a Constituição do mesmo Estado promulgada em 1947**. *In verbis*: "Consideram-se vigentes, com o caráter de lei ordinária, os artigos da Constituição promulgada em 9 de julho de 1947 que não contrariem esta Constituição".

Não se pode confundir desconstitucionalização com recepção. Naquela, a norma pré-constitucional é aceita com *status* infraconstitucional; nesta, a norma anterior à Constituição é admitida, mantendo seu *status* constitucional.

Desconstitucionalização X Recepção	
A norma pré-constitucional é aceita com *status* infraconstitucional.	A norma anterior à Constituição é admitida, mantendo seu *status* constitucional.

- **Impacto da nova Constituição sobre as normas infraconstitucionais**

anteriores:

É cediço que absolutamente todas as normas do ordenamento jurídico brasileiro possuem fundamento de validade – direto ou indireto – na Constituição da República, por isso as leis que foram criadas sob o manto protetor da ordem constitucional anterior terão que ser reanalisadas, relidas, sob a luz da nova Constituição (realizando *filtragem constitucional*), abrindo-se duas possibilidades:

a) ***Recepção***[48]

É a admissão da norma infraconstitucional anterior desde que **materialmente** compatível com a nova Constituição.

O instituto da recepção só se atém ao aspecto material, isto é, se o assunto disposto na norma infraconstitucional estiver de acordo com os preceitos constitucionais, será aceito para fazer parte do ordenamento jurídico vigente sob novo fundamento de validade (a nova Constituição).

O Brasil não aplica o instituto da recepção formal, posto que altera o fundamento de validade da norma recepcionada. Exemplificando: a Constituição anterior não fez maiores exigências quanto a "leis" que instituam crimes, podendo ser editadas de qualquer forma. Em razão disso, Decreto-Lei criou diversos crimes. Posteriormente, a nova Constituição passa a exigir lei ordinária para estabelecer crime (art. 5.º, XXXIX, CR). Se o fato típico estiver condizente com a nova Constituição – *e.g.*, a previsão de que é crime matar alguém, frente à Constituição que protege a vida –, o diploma pré-constitucional (Decreto-Lei) será recepcionado, porém o Decreto-Lei passará a ter *status* jurídico de lei ordinária. Foi exatamente o que aconteceu com o Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940 com *status* normativo de lei ordinária).

O Código Tributário Nacional, outro exemplo muito utilizado pelos juristas, é uma lei ordinária que já havia sido recepcionada com *status* de lei complementar em 1967, mediante o art. 18, § 1.º, da CR/1967.[49] A nova Constituição manteve esse *status*.

Para que fique claro, mesmo que a norma anterior tenha sido editada de forma (por órgão ou *quorum*) diferente do que exige a nova Constituição, a norma será aceita se o assunto disposto estiver de acordo, pois se aplica o critério do ***tempus regit actum*.**

Porém, há uma **exceção** a esta regra. Quando houver **modificação de competência**, passando a um órgão de **maior** extensão territorial, não poderá haver recepção, por força da segurança jurídica e princípio do pacto federativo. Em outros termos, não poderá haver ***federalização de lei estadual*** ou ***municipal***, nem ***estadualização de lei municipal***; *v.g*., se a Constituição pretérita previa competência do Estado para legislar sobre determinada matéria, que, com a publicação da nova Constituição, passa para a União, não poderá a lei estadual ser recepcionada, pois serão 27 (26 Estados e o Distrito federal) leis diferentes dispondo do mesmo assunto. O STF não pode escolher a "melhor lei" para ser recepcionada (se várias delas forem constitucionais), sob pena de ofensa à separação dos poderes e sob o risco de causar insegurança jurídica.

É bom notar que, pelo instituto puro da recepção, a admissão da lei estadual anterior seria possível, bastava alterar o fundamento de validade; porém, são diversas leis, várias concordes com a nova Constituição. Se o STF escolher a melhor norma, estará se transformando em legislador positivo, o que é inadmissível em razão do pacto federativo.

Para completar o raciocínio, é bom esclarecer que, quando a competência é passada do ente maior para o **menor**, a recepção é possível, como a ***estadualização de lei federal*** ou a ***municipalização de lei federal*** **ou** ***estadual***. Nesta hipótese, deve ser recepcionada a lei federal quando a competência se torna estadual ou municipal, não havendo empecilho ao princípio da continuidade do ordenamento jurídico.[50]

Outro ponto que deve ser observado para possibilitar a recepção é a constitucionalidade da norma anterior diante da Constituição que foi criada, isto é, se houver vício de inconstitucionalidade formal ou material da lei pré-constitucional diante da Constituição anterior, não poderá haver recepção, pois a inconstitucionalidade não pode ser sanada. É o chamado ***princípio da contemporaneidade***, ou seja, a lei só é constitucional. E, portanto, será recepcionada se obedecer aos preceitos legais da Constituição sob a qual foi produzida.

Este tipo de não recepção não pode ser confundido com inconstitucionalidade superveniente, pois, como o próprio Supremo Tribunal Federal afirmou na ADI 7, as normas anteriores serão não recepcionadas.

No Brasil, a inconstitucionalidade superveniente existe, porém será reconhecida em outra situação, conforme será visto nesta obra em tópico específico constante na parte geral de controle de constitucionalidade.

Em resumo, para que exista a recepção, é necessário cumprir **três exigências:**

I – a norma esteja em vigor no momento do advento da nova Constituição;

II – tenha compatibilidade formal e material frente à Constituição antiga;

III – tenha compatibilidade somente material diante da nova Constituição,[51] salvo na hipótese de federalização de leis estaduais ou municipais e estadualização de lei municipal, hipóteses em que não é admitida a recepção.

b) ***Não recepção (revogação por ausência de recepção)***

As normas materialmente incompatíveis com a nova Constituição não serão por esta recepcionadas.

É bom frisar que o STF, por vezes, utiliza o termo "**revogação**",[52] mas sob fundamento de não recepção; por isso, apesar de revogação ter efeito diferente da não recepção e atuarem em planos distintos, não está errado falar em "revogação por ausência de recepção", termo acolhido pelo Pretório Excelso em alguns julgados.[53] Curioso que, em outras decisões, o STF é claro ao utilizar o termo "não recepção".[54]

O que importa é saber que, em se tratando de revogação, o conflito da norma infraconstitucional frente a Constituição é resolvido no campo da vigência. Dessa forma, não é necessário nenhum quórum especial para afastar a incidência da norma.[55]

O meio de controle abstrato das normas anteriores à Constituição é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), por previsão expressa do art. 1.º, parágrafo único, I, da Lei 9.882/1999, ocasião na qual o STF recepcionará ou não as normas anteriores à nova Constituição.[56]

3.6.2.3.2 Ilimitabilidade ou ilimitação

Normalmente, a doutrina[57] designa ao poder constituinte originário a característica de **ilimitado**, tendo inclusive jurisprudência do STF no sentido de impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de norma produzida pelo poder constituinte originário,[58] o que indica sua ilimitação.

Contudo, o próprio criador da teoria do poder constituinte, Emmanuel Sièyes, como grande parte dos doutrinadores,[59] indica a **limitação** do poder constituinte originário.

Este conflito doutrinário é apenas aparente, pois, sob o ponto de vista do direito positivo, o poder constituinte originário é realmente ilimitado. Entretanto, esse poder encontra uma série de barreiras fáticas de ordem social, política, econômica e espiritual. Essas limitações recebem o nome de ***supralegalidades autogenerativas***.[60]

Primorosamente, Luís Roberto Barroso[61] esclarece que "o poder constituinte estará sempre condicionado pelos valores sociais e políticos que levaram a sua deflagração e pela ideia de direito que traz em si (*omissis*) é limitado pela cosmovisão da sociedade".

Meireles Teixeira, por sua vez, sintetiza que o termo ilimitação significa que o "poder constituinte originário não está preso a normas jurídicas anteriores, não significa, porém, e nem poderia significar, que o Poder constituinte pode ser arbitrário, absoluto, que não conheça quaisquer limitações (…) ele é limitado pelos grandes princípios do bem comum, direito natural, moral e razão."[62]

Seguindo orientação doutrinária,[63] os limites poderiam ser diferenciados em:

a) **Limites transcendentes** – São os advindos do **direito natural**, baseados em valores éticos e consciência jurídica. Os adeptos do jusnaturalismo designam este poder como autônomo,[64] e não como ilimitado, em razão da sujeição imposta pelo limite transcendente.

Importante notar que está ínsito a este limite o ***princípio da vedação ao retrocesso*** (***efeito* cliquet, *princípio da não reversibilidade, vedação da contrarrevolução social ou proibição da evolução reacionária***[65]), segundo o qual as conquistas sociais da sociedade e consolidadas no texto constitucional não podem ser mais retiradas, como o direito ao voto das mulheres, direito à educação e a proibição de escravidão.

b) **Limites imanentes** – São os impostos **ao** poder constituinte **formal**. Como explanado, o poder constituinte material traça a nova conformação ao Estado (forma e sistema de governo, forma de estado, tipo de soberania etc.), e cabe ao poder constituinte formal formalizá-lo. Desta sorte, não pode o poder formal configurar o Estado de estrutura diferente do que é esperado pelo poder constituinte material.

c) **Limites heterônomos** – São os limites gerados em razão da conjugação com outros ordenamentos jurídicos. Este se dá em razão da **globalização** e da

preocupação com a proteção dos direitos humanos.[66]

Esta última limitação pode, *a priori*, parecer ofensiva à soberania do país, pois a Constituição tem que obedecer às normas de direito internacional. Contudo, se voltarmos ao momento histórico em que esta posição começou a ganhar adeptos fervorosos, será mais fácil entender seu real significado.

Essa teoria de limitação ao poder constituinte originário ganhou força no segundo pós-guerra, com o alemão Otto Bachof,[67] que publicou um livro intitulado "Normas constitucionais inconstitucionais?",[68] buscando, dentre outros objetivos, desconstituir as ideias impostas por Adolf Hitler na Constituição e leis alemãs.

Ainda no segundo pós-guerra, amedrontados com o que o mundo acabara de presenciar,[69] diversos países assinaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Neste pacto, passou-se a reconhecer direitos humanos como um patamar mínimo a ser observado por todos os Estados na organização do poder e nas suas relações com seus cidadãos.[70] Por isso, nenhum absurdo nos parece exigir que o constituinte originário observe normas internacionais sobre direitos humanos. Ao revés, é mais uma garantia ao Estado Democrático de Direito.

3.6.2.3.3 Incondicionamento

Este poder é **incondicionado** porque não encontra previsão em lugar algum quanto à forma de sua exteriorização.

Somente à guisa de exemplo, a convocação de uma nova Assembleia Nacional Constituinte para elaborar a Constituição de 1988 ocorreu por Emenda Constitucional à Constituição de 1967 (EC 26/1985[71]).

Em razão da convocação por emenda, Manoel Gonçalves Ferreira Filho[72] sustenta que "a ordem constitucional vigente no País é, portanto, resultado de reforma da Constituição anterior", concluindo que a Constituição de 1988, atualmente vigente, é fruto do poder constituinte derivado.

Ousamos discordar do renomado jurista. Como afirmado anteriormente, a incondicionalidade deste poder está exatamente na ausência de previsão quanto a sua exteriorização. A convocação poderá vir por qualquer espécie normativa.

Não foi Emenda Constitucional que criou a nova Constituição. Essa Emenda convocou um órgão (Assembleia Nacional Constituinte) para, de forma "livre e soberana" (como afirma o art. 1.º da EC 26/1985), criar uma nova Constituição.

3.6.3 Poder constituinte derivado

De início, cumpre alertar que esta espécie acumula diversos **sinônimos**, sendo também conhecido como **poder constituinte limitado, poder constituinte de segundo grau, poder constituinte secundário, poder constituinte instituído, poder constituinte constituído e poder reconstituinte**.

Esta espécie de poder, como afirmado, se subdivide em outras três:

a) poder constituinte derivado de reforma;
b) poder constituinte derivado difuso;
c) poder constituinte decorrente.

Por isso, veremos cada uma destas subespécies.

3.6.3.1 Poder constituinte derivado de reforma (reformador)

3.6.3.1.1 Conceito

É o poder que permite a alteração da Constituição da República, evitando sua fossilização.

O termo “alteração” utilizado no conceito deve ser entendido como gênero, do qual se extraem a possibilidade de acréscimo, modificação ou supressão de partes do texto magno.

É notório que a sociedade é mutante, e não permitir a alteração do texto constitucional seria condená-lo a uma rápida defasagem social.

Esse poder é dotado de natureza ***normogenética***, já que possui o poder de produzir outras normas.[73]

3.6.3.1.2 Forma de expressão

Quem exerce este poder, de regra, é o **Poder Legislativo**. No entanto, em razão da importância de sua atuação, quando atuam na alteração do texto constitucional, são considerados legisladores constitucionais, isto é, constituintes.

Assim é que, quando elaboram leis em geral, os membros do legislativo são denominados legisladores ordinários; quando prescrevem e discutem normas que

alteram a Constituição, esses legisladores são investidos de função constituinte, por isso são designados **legisladores constituintes**.

Apesar de doutrina majoritária admitir esta espécie de poder, não se pode omitir que alguns autores rechaçam a denominação “poder constituinte” desta modalidade de poder, pois é um “poder” limitado exercido pelo Congresso Nacional. Ademais, se é exercido pelo poder constituído (legislativo), não é, por imposição lógica, constituinte.[74]

3.6.3.1.3 Características do poder constituinte derivado de reforma

As principais características do poder constituinte derivado de reforma são três:

3.6.3.1.3.1 Derivação

Este poder retira seu fundamento de validade na Constituição da República (arts. 60 da CR e 3.º do ADCT); por isso, é um poder secundário, derivando da Lei Maior.

3.6.3.1.3.2 Limitação

Quanto à existência de direito adquirido ante a emenda constitucional, cumpre esclarecer que, apesar de divergência doutrinária sobre o assunto,[75] o STF não admite a prevalência de **direito adquirido** ante a Constituição, seja perante o poder constituinte originário,[76] seja perante o poder constituinte derivado; *e.g.*, emenda constitucional.[77]

Melhor explicando: em que pese doutrina que sustente a possibilidade de invocar direito adquirido frente à Constituição,[78] sob o argumento de que direito adquirido é direito fundamental, logo, cláusula pétrea, a posição majoritária,[79] seguida pelo STF, é a de que essa garantia só é invocável diante do legislador ordinário, não do constituinte.

O STF[80] explicou muito bem as hipóteses de retroatividade:

a) **Retroatividade máxima ou restitutória** – lei que atinge fatos consumados, como ocorre com a lei penal benéfica.
b) **Retroatividade média** – lei atinge os **efeitos** pendentes de atos praticados no passado. Como exemplo, a lei que muda taxa de juros,

atingindo prestações vencidas e ainda não cumpridas.

c) **Retroatividade mínima, temperada ou mitigada** – ataca prestações futuras de negócios firmados antes dela.

Pois bem, para o STF, a emenda constitucional possui retroatividade mínima, podendo o poder constituinte originário impor retroatividade máxima ou média.[81]

Por ser limitado, é possível afirmar que existirão ***normas constitucionais inconstitucionais*** sempre que o poder constituinte derivado ofender as limitações impostas ao poder de reforma.

O poder de reforma sofre restrições de ordem formal (circunstancial, procedimental e temporal) e de ordem material. Nesse passo, o poder de reforma constitucional se submete a limites circunstanciais, procedimentais e materiais.

a) **Limites circunstanciais** (art. 60, § 1.º, CR)

Desde a Constituição de 1934, é comum estabelecer limitação circunstancial à Constituição.[82]

Em alguns momentos de instabilidade política, a Constituição não poderá ser alterada.

Assim, durante o **estado de sítio, estado de defesa e a intervenção federal** – os denominados **estados de legalidade extraordinária (estados de exceção ou sistema constitucional das crises)** –, a Constituição ficará totalmente pétrea, imutável.

Esta é uma medida para evitar golpes políticos em momentos de fragilidade da democracia.

b) **Limites procedimentais** (art. 60, I, II, III, §§ 2.º, 3.º e 5.º, CR)

A formalidade exigida para alterar a Constituição é o que lhe concede rigidez e, segundo doutrina,[83] a hierarquia diante de outras normas.

Caso a emenda constitucional não seja aprovada de acordo com as formalidades exigidas pelo texto constitucional, a norma constitucional (emenda à Constituição) será inconstitucional.

Assim, exige-se:

Iniciativa (***limitação formal subjetiva***) – Presidente da República, 1/3 da

Câmara dos Deputados, 1/3 do Senado Federal ou mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da federação, isto é, 14 Assembleias, sendo que cada uma destas tem que se manifestar por maioria simples (maioria relativa).

Os dois primeiros legitimados apresentam a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) à Câmara dos Deputados, e os dois últimos oferecem-na ao Senado Federal (art. 212 do RISF).

Ressalte-se que a posição majoritária da doutrina concebe o rol como taxativo; porém, **José Afonso da Silva** acredita que, em razão do estado democrático de direito (art. 1.º, parágrafo único), o **povo também poderia propor PEC**, utilizando o *quorum* para iniciativa popular (art. 61, § 2.º).[84]

Deliberação (***limitação formal objetiva***) – A PEC terá que ter aprovação de 3/5 dos membros de cada casa e em dois turnos, ou seja, após dois turnos de votação na casa onde a PEC foi apresentada, a proposta segue para a próxima casa legislativa (e constituinte) para igual procedimento.

Caso a proposta não conquiste o *quorum* de 3/5 dos legisladores constituintes ou seja prejudicada, não poderá ser reapresentada (posta em votação novamente) na mesma sessão legislativa (art. 60, § 5.º).

Somente com o fim de esclarecer o leitor, se a PEC for rejeitada ou tida por prejudicada, só poderá ser discutida novamente a partir de 02 de fevereiro do ano posterior ao fato que a rechaçou.

Promulgação – A promulgação ocorrerá pela mesa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em sessão conjunta (arts. 369 do RISF e 85 do RC).

Ressalte-se que, em provas objetivas, é comum a afirmação de que a promulgação ocorrerá pela mesa do Congresso Nacional, o que não é correto. A mesa do Congresso é uma espécie de fusão das duas mesas (art. 57, § 5.º). Em se tratando de PEC, as duas casas se unirão, com o respectivo número de ordem, para a promulgação.

c) **Limite temporal**

Este limite impede **qualquer alteração** da Constituição durante certo período

de tempo, como ocorreu com a Constituição de 1824, na qual o art. 174 daquela Carta dispunha: *"Se passados quatro annos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual deve ter origem na Camara dos*

Deputados, e ser apoiada pela terça parte delles" (redação original).

Em que pese consagrada posição doutrinária que sustenta a inexistência de limite temporal na atual Constituição,[85] ousamos discordar.

O art. 60, § 1.º, da CR/1988 prevê que em caso de intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio não haverá modificação da Constituição. Logo, durante a vigência de qualquer destes estados de exceção, a Constituição permanecerá **totalmente imutável** pelo tempo que perdurar a medida excepcional, seja um ou dez anos, sendo possível, nestas hipóteses, se falar em limite temporal.

Não há que se falar em limite temporal no caso do art. 3.º do ADCT (que não permite revisão constitucional por cinco anos, mas não cria impedimento a emendas) nem no caso do art. 60, § 5.º, da CR (que impede nova votação de PEC rejeitada ou prejudicada, mas não impede a votação e aprovação de proposta de emendas sobre outros assuntos).

d) **Limite material**

O limite mais famoso (mais frequente nos tribunais e nas questões de prova) é o que restringe a atuação do constituinte derivado no que concerne à matéria.

Os limites materiais ganharam força pós-Segunda Guerra, dedicando maior cuidado na alteração de alguns assuntos inerentes à identidade básica da Constituição, que sempre deverão ser preservados.[86]

Estes limites materiais se subdividem em:

I – Limitações materiais explícitas *(cláusulas pétreas ou cláusulas de perpetuidade)*

Estas estão expressas na Constituição no rol do art. 60, § 4.º, que afirma: "*Não será objeto de deliberação, proposta de emenda tendente a abolir*".

Primeiro ponto que chama atenção neste dispositivo é o termo "***deliberação***", isto é, não poder discutir PEC ofensiva a determinados assuntos. Isso significa dizer que basta a tramitação da PEC para ela ser considerada inconstitucional.[87]

E a ação adequada para impugnar a tramitação será o mandado de segurança impetrado pelo congressista que participa da Casa onde está tramitando a PEC.

O segundo ponto de análise é o termo "***abolir***", que significa acabar com, extinguir, suprimir.[88]

Por óbvio, uma pergunta parece inevitável: é possível **restringir** direitos considerados pétreos?

Para responder a esta questão, deve-se ter em mente que as cláusulas pétreas não têm por fim proteger a redação constitucional, e sim os princípios neles insculpidos.[89] Nesse passo, é possível restrição de direitos desde que preservado o ***núcleo essencial*** dos bens constitucionais resguardados como cláusulas pétreas.[90]

Assim, as ***alterações de menor intensidade*** ou ***densidade*** são permitidas, desde que preservados os princípios e valores emanados pelos bens pétreos.

Pois bem, esclarecidos estes pontos, passamos a enumerar as cláusulas pétreas em espécie.

I.I – forma federativa de Estado

A estrutura federativa deve ser preservada. Assim, a PEC não pode, *e.g.*, abolir o Senado Federal (visto que é requisito essencial à existência do federalismo).[91]

Inconstitucional seria também a Emenda à Constituição que retire dos entes autônomos (União, Estado, Distrito Federal ou Município) a capacidade de auto-organização, autogoverno, autolegislação ou auto-administração, vez que inerentes à federação.

I.II – voto direto, secreto, universal e periódico

Da mesma forma, a Emenda Constitucional não pode retirar do povo o direito de escolher seus representantes, de forma equânime e com segurança.

O voto secreto previsto no art. 55, § 2.º, segundo o qual o poder legislativo cassará ou não o mandato do congressista (*v.g.*, ímprobo ou criminoso por voto secreto), não é cláusula pétrea, podendo ser retirado do texto constitucional.

Como não há previsão vedatória, o voto obrigatório poderá ser abolido e instituído voto facultativo no Brasil, até porque as medidas restritivas devem ser interpretadas restritivamente.

I.III – Separação dos poderes

Segundo o art. 2.º, são poderes independentes o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

A independência dos poderes é relativa, posto que se admitem interferências expressas de um poder em outro, o que é chamado de *sistema de freios e contrapesos* (*check and balances*).

Emenda Constitucional que crie alguma forma de interferência entre os poderes não ofende cláusula pétrea, vez que é considerada alteração de menor intensidade, isto é, não ofende separação dos poderes, posto que só cria mais uma hipótese de exercício de um sistema (de freios e contrapesos) já previsto na Constituição.

Contudo, conceder a qualquer dos poderes atribuições que a Constituição só outorga a outro gera ofensa à cláusula pétrea da separação dos poderes.[92]

I.IV – direitos e garantias fundamentais

De pronto, deve-se elucidar que, apesar de o art. 60, § 4.º, IV, estabelecer que são protegidos como núcleo imutável os direitos e garantias **individuais**, colocamos direitos e garantias **fundamentais** em razão de larga jurisprudência do STF neste sentido,[93] ampliando a proteção inclusive aos direitos sociais.

Aproveitando o ensejo, é bom esclarecer que direitos **criados** pelo poder constituinte derivado não serão protegidos pelo manto da petricidade, isto é, se uma Emenda Constitucional criar direito novo, esse direito não se tornará pétreo, pois o poder constituinte de reforma não pode limitar a si próprio.[94]

Para explicar melhor, é imprescindível entender que os direitos fundamentais básicos são vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade conforme previsão do art. 5.º, *caput*. Assim, direitos inovados por emenda, para não gozar de petricidade, não podem corresponder a nenhum dos cinco direitos elencados.

Caso a emenda crie algum direito que **aluda** aos direitos fundamentais básicos, estes "novos" direitos serão pétreos, pois não são inovações, e sim explicitação de direitos já concebidos pelo constituinte originário. Por exemplo, o direito à razoável duração do processo e à celeridade processual (art. 5.º, LXXVIII), criado pela EC 45/2004, é pétreo, pois ramifica o princípio da segurança jurídica. Da mesma forma, o direito à alimentação (art. 6.º), criado pela EC 64/2010, é pétreo, pois é derivação ao direito à vida e assim por diante.

II – Limitações materiais implícitas

As matérias que não podem ser retiradas da Constituição não estão taxativamente expostas no art. 60, § 4.º. Algumas outras normas não podem ser

abolidas, apesar de não haver previsão expressa nesse sentido. São as matérias em que há limitação implícita.

Em outros termos, o sistema constitucional permite interpretações de imutabilidade, sem a qual fragilizaria o arcabouço constitucional.

Existem vários exemplos de limites implícitos, dentre os quais podemos citar a titularidade do poder constituinte (art. 1.º, parágrafo único), o procedimento de emenda constitucional (art. 60, I, II, III, §§ 2.º, 3.º e 5.º), a forma republicana e o sistema presidencialista de governo (na medida em que o povo referendou a escolha dos representantes – art. 2.º do ADCT) e o art. 60, § 4.º.

Quanto a este último exemplo, é bom notar que limite material explícito é a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias fundamentais. Não há previsão garantindo a petricidade do próprio § 4.º do art. 60. Assim, em uma interpretação estritamente positivista, poderia este dispositivo ser revogado por emenda, o que acabaria com as cláusulas pétreas, possibilitando ao constituinte abolir todos os direitos fundamentais em uma próxima emenda, por exemplo.

E é exatamente isso que se quer evitar. A **dupla reforma** é uma espécie de fraude e, por isso, não pode ser admitida. Para isso, temos que estender a petricidade ao art. 60, § 4.º, mesmo sem previsão expressa.

Aproveitando o ensejo, é bom que se diga que o STF se mostra avesso a todos os artifícios que busquem suavizar a ampla produção dos efeitos das normas constitucionais, prática que recebe o nome de "**atalhamento da Constituição**" ou "**desvio do poder constituinte**".[95]

3.6.3.1.3.3 Condicionamento

Esta espécie de poder constituinte derivado é condicionada, na medida em que a Constituição da República prevê meios para sua modificação, condicionando o poder reformador àquelas formas e hipóteses.

São dois os ***meios formais de alteração da Constituição***: Emenda Constitucional e Revisão Constitucional.

Desde logo é bom esclarecer que o plebiscito contido no art. 2.º do ADCT não é meio formal de alteração da Constituição porque este instrumento de consulta popular não altera o texto constitucional, somente escolhe qual a forma e o sistema de governo que pretende ver vigentes no País.

Após o plebiscito, a revisão constitucional modificaria diversos artigos constitucionais para incluir a vontade do povo na Constituição.

Os tratados internacionais sobre direitos humanos votados como emendas constitucionais (art. 5.º, § 3.º) também não são meios formais porque não alteram o texto da Constituição. Esses tratados, uma vez internalizados de acordo com as exigências, têm hierarquia de norma constitucional, mas não são incluídos no texto da Constituição.

Dito isso, é bom traçar distinções básicas entre Emenda Constitucional e Revisão Constitucional.

Espécie Normativa	Emenda Constitucional	Revisão Constitucional
Base normativa	Art. 60, CR	Art. 3º do ADCT
Natureza jurídica	Norma constitucional	Norma constitucional
***Quorum* para aprovação**	Maioria qualificada (3/5)	Maioria absoluta
Número de turnos de votação	2 turnos na Câmara dos Deputados e 2 turnos no Senado Federal	1 turno no Congresso Nacional
Prisma material	Dispõe sobre assuntos específicos (uma Emenda para cada assunto)	Dispõe sobre diversas matérias (uma Revisão pode dispor sobre diversos assuntos)

O quadro acima está considerando o confronto entre os artigos constitucionais (art. 60 da CR *x* art. 3.º do ADCT); contudo, o procedimento da revisão, que foi disciplinado na Resolução n. 1-RCF do Congresso Nacional de 18.11.1993 (depois alterada pelas Res. 2/1993 e 1/1994 – RCF), trouxe novidades.

Ficou convencionado que a revisão constitucional também se submeteria a limitações impostas quanto às cláusulas pétreas (art. 4.º, § 3.º, da Res. 1).

A iniciativa, insculpida no art. 4.º, I e II, §§ 4.º e 5.º, da Res. 1/1993 concedia este poder a:

a) qualquer congressista;
b) por representação partidária com assento no Congresso Nacional, por meio de líder;
c) Assembleia Legislativa de três ou mais unidades da federação, manifestando-se cada uma delas por maioria de membros;
d) iniciativa popular com 15 mil ou mais eleitores.

Curiosamente, o art. 13 da Resolução estabeleceu votação das matérias em dois turnos.

Como é de conhecimento geral, a Revisão Constitucional foi exercida uma única vez em 1993, por cumprimento ao disposto no art. 3.º do ADCT.

Em que pese doutrina que sustenta a possibilidade de Emenda Constitucional alterar o citado art. 3.º para convocar nova revisão, sob o fundamento de que não há limitação expressa a essa prática, melhor entendimento é que Emenda Constitucional não poderia convocar nova Revisão, posto que já se buscou incluir a expressão "uma única vez" no texto do art. 3.º do ADCT (Destaque 59 à Emenda 1.763). Naquela oportunidade, os constituintes consideraram desnecessária a inclusão, por já estar ínsito no texto que a revisão só ocorreria uma vez.[96]

Em resumo:

Características do Poder Constituinte	
Pode constituinte originário	**Poder constituinte derivado**
Inicialidade	Ilimitação
Incondicionamento	Derivação
Limitação	Condicionamento

3.6.3.2 Poder constituinte derivado difuso[97]

No tópico imediatamente anterior, foram analisados os meios formais de alteração da Constituição (Emenda e Revisão Constitucional). Esses meios são derivados da própria Constituição e por ela condicionados. Já o poder difuso é um ***meio informal de alteração da Constituição,*** porque não deriva explicitamente da Constituição, mas é um poder de fato que se exterioriza pela ***mutação constitucional*** (*também chamada de vicissitudes constitucionais,*[98] *transições constitucionais, mudança constitucional ou processo de fato*).[99]

Na realidade, "mutação" significa mudança, o que pode ser formal ou informal. No entanto, a doutrina convencionou dividir os meios de alteração da Constituição em mutação constitucional (meio informal) e reforma constitucional (meio formal de onde derivam Emenda e Revisão Constitucional).

Assim como a Emenda Constitucional e a Revisão, a mutação também busca manter a Constituição atualizada, sem que, para isso, haja um procedimento solene de alteração, como nas duas primeiras hipóteses.

O dinamismo das relações sociais, por vezes, exige rapidez nas reinterpretações da Constituição, e nesse sentido a mutação se mostra um instrumento útil de modernização da Carta Política.

Na verdade, tanto a sociedade vive a Constituição, tendo que obedecer às suas normas, quanto a Constituição vive a sociedade, tendo que retratá-la com a dinâmica dos avanços sociais.[100]

Por vezes constatamos o que Ivo Dantas designou como **hiato constitucional**,[101] isto é, um descompasso entre o texto rígido constitucional e a realidade social. Por vezes, a readaptação do texto constitucional pode ser resolvida por mera reinterpretação do texto (mutação constitucional); outras vezes, é necessário realizar uma reforma constitucional para readaptá-lo aos anseios da sociedade (Emenda Constitucional e, no passado, Revisão Constitucional).

Como ensina Luís Roberto Barroso, a mutação constitucional deve ser realizada "no ponto de equilíbrio entre dois conceitos essenciais à teoria constitucional, mas que guardam tensão entre si: a rigidez constitucional e a plasticidade de suas normas. A rigidez confere estabilidade à ordem constitucional e à segurança jurídica, ao passo que a plasticidade procura adaptá-la aos novos tempos e às novas demandas".[102]

A mutação constitucional ocorre quando, sem alterar o texto constitucional, há mudança no sentido e alcance do dispositivo da Constituição para atender às novas exigências sociais.

Na verdade, aparentemente nada acontece, o que muda é a interpretação (significado) de determinado dispositivo.

Esta espécie de poder constituinte é denominada difusa porque não há um órgão encarregado desta função. A mutação é usualmente atribuída ao Poder Judiciário, porém tanto a sociedade quanto os demais órgãos estatais também podem exercer esta função.

Existem dois **fatos geradores** de mutação constitucional:

a) nova interpretação de órgãos estatais em geral;
b) usos e costumes.

Na primeira hipótese, o fato gerador da mutação é a própria interpretação, e no segundo caso é a prática de uma ação ou omissão determinada que força nova interpretação, ou seja, antes da nova interpretação existe um pressuposto, que é nova conduta praticada pela sociedade ou pelo Estado.

Quanto à possibilidade de ***mutação constitucional por meio da interpretação dos órgãos estatais em geral***, deve ser explicado que todos os órgãos constitucionais devem ser obedientes à Constituição; logo, todos devem interpretá-la para poder cumprir seus preceitos. Sabendo disso, é possível que qualquer dos órgãos intérpretes da Constituição mude o entendimento que possui da norma constitucional.

Por óbvio, o *Poder Judiciário* é o órgão que mais pratica a mutação constitucional, em especial o Supremo Tribunal Federal, vez que é o órgão que tem a função de interpretar os dispositivos constitucionais para toda a sociedade.

Normalmente, o fator que mais gera mutação constitucional no Pretório Excelso é a **mudança de composição** da Corte, mas **novas circunstâncias fáticas** ou **nova hermenêutica** também são importantes fatores que levam à mutação.

Mesmo que o STF declare determinada norma (lei ou ato normativo) constitucional, pode mudar de ideia mediante alteração na interpretação da norma parâmetro (mutação constitucional). Sendo assim, pode, quando provocado novamente, declarar a mesma norma (lei ou ato normativo)

inconstitucional.

Quanto ao **Poder Legislativo**, a mutação poderá ocorrer não só quando este órgão interpreta a Constituição para cumpri-la, mas também quando a reinterpreta para editar lei (*lato sensu*) que altere o sentido que tenha sido dado a alguma norma constitucional.[103] Isto é, após consolidado um determinado entendimento (seja pelo Judiciário, Legislativo, Executivo, sociedade etc.), lei editada pelo Legislativo muda o que havia sido interpretado como certo.

Note que, apesar da elaboração da nova lei, esta não se constitui alteração formal, pois existiu um elemento subjetivo (reinterpretação do que se entendia como certo) que gerou a nova lei. Na verdade, nova lei é a concretização de uma mutação que ocorreu anteriormente; *v.g.*, antes de revogar o artigo penal que criminalizava o adultério, o legislador teve que entender que adultério não era mais crime (mutação), para, só depois, fazer uma lei revogando o crime.

Quanto à possibilidade de ***mutação constitucional por meio dos usos ou costumes***, merece atenção o fato de existirem costumes integrativos (*praeter legem*), interpretativos (*secundum legem*) e derrogatórios (*contra legem ou contra constitutionis*).[104]

Por óbvio, o costume que contrarie a lei (*contra legem*) ou a Constituição (*contra constitutionis*) gera **mutação inconstitucional**; *v.g.*, diversas reedições de medidas provisórias, prática comum desde 1988, mas que se tornou inconstitucional com o advento da EC 32/2001.[105]

Um dos fatores de parâmetro de controle da mutação constitucional, independentemente do fato gerador, é a democracia, ou seja, todas as mutações realizadas, por quem quer que seja, têm que se pautar por um lastro democrático, em um processo de reflexão social.[106]

As mutações inconstitucionais são mais fáceis de ocorrer no tocante aos costumes, mas, por óbvio, podem ser praticadas por **todos** que, ao interpretarem os dispositivos constitucionais, contrariem ou alterem a finalidade da norma constitucional.[107]

Ademais, a existência das cláusulas pétreas implícitas e explícitas constituem também limites à mutação constitucional.[108]

3.6.3.3 Poder constituinte derivado decorrente institucionalizador

É cediço que os Estados e o Distrito Federal possuem autonomia, o que

importa em investir estes entes de poderes como auto-organização, autogoverno, autolegislação e autoadministração.

A auto-organização – como atributo da autonomia – é o poder concedido ao ente federado para editar sua própria Constituição, para melhor organizar sua área territorial, adaptando à sua realidade as normas impostas pela Constituição.

Por isso, o art. 25, *caput*, estabelece: "Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição". E o art. 32 prevê: "O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição".

Dois entes federados são organizados por Leis Orgânicas: Distrito Federal e Municípios. Enquanto a Lei Orgânica municipal possui natureza jurídica de lei ordinária, a Lei Orgânica distrital é considerada Constituição, plena manifestação do poder constituinte derivado institucionalizador.

E a razão é simples. Segundo o art. 8.º, I, *n*, da Lei 11.697/2008, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJ/DF) deverá processar e julgar "a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face de sua Lei Orgânica". Ora, se cabe controle de **constitucionalidade** tendo a Lei Orgânica como parâmetro, não há como negar que este diploma é uma Constituição; caso contrário, o controle seria de legalidade.

O STF, por intermédio do então Ministro Carlos Ayres,[109] constatou que o Distrito Federal está mais próximo da estrutura do Estado do que do Município.

Já o Município seria uma espécie de um poder de **terceiro grau.**[110]

Sabendo que os Estados-membros e o Distrito Federal têm que elaborar seus diplomas auto-organizatórios, a pergunta que vem à mente é: como? De acordo com que parâmetros? Por óbvio o parâmetro é a Constituição, mas esta resposta não satisfaz, posto ser simples e evasiva.

Melhor importarmos a doutrina de Thomas M. Cooley,[111] segundo a qual "toda Constituição estadual deve esperar-se que contenha: 1) uma descrição do sistema de governo; 2) os requisitos gerais para direito a sufrágio; 3) os freios e os equilíbrios do governo republicano, reconhecendo três departamentos governamentais separados; 4) algum reconhecimento de autogoverno local; 5) uma declaração de direitos protetores dos indivíduos e das minorias".

Esta espécie de poder constituinte é dotada das seguintes características:

3.6.3.3.1 Derivação

Este poder retira seu fundamento de validade da Constituição da República, seja diretamente do art. 25 da CRFB/1988, que afirma que os Estados-membros serão regidos pelas Constituições que adotarem, seja pelas demais normas do texto constitucional, que, a todo momento, concede poderes a estes Estados, como o art. 96, I, da CRFB/1988, que autoriza, em outros termos, que a Constituição estadual outorgue determinadas atribuições aos Tribunais de Justiça locais.

3.6.3.3.2 Limitação

Por óbvio, mais que o poder derivado reformador, o poder derivado decorrente sofre uma diversidade de restrições, que, em razão do poder de autonomia, devem ser interpretadas restritivamente.

Anna Cândida da Cunha Ferraz[112] lembra que as ***limitações*** impostas às Constituições estaduais são tanto de ordem ***negativa*** quanto ***positiva***. Enquanto aquela impõe às Constituições estaduais a proibição de contrariar a Constituição Federal, estas (limitações positivas) importam no dever da Constituição estadual em concretizar no seu território os preceitos, espírito e os fins da Constituição da República.

Mais especificamente, alguns princípios constitucionais devem ser obrigatoriamente observados. São os denominados ***princípios centrais***,[113] que se subdividem em:

a) ***Princípios constitucionais sensíveis*** (art. 34, VII, CRFB/1988) – Estes princípios constituem limites ao poder decorrente por simples interpretação literal, na medida em que o art. 34, *caput*, e VII, da CRFB/1988, afirma que a União poderá intervir nos Estados e Distrito Federal quando o ente federado ofender a "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".[114]

Nesse sentido, caso o Estado-membro ou o Distrito Federal não observe estes preceitos, faz surgir a necessidade de propositura de ação direta interventiva pelo Procurador-Geral da República. Sendo assim, se o Supremo Tribunal Federal

julgar a ação procedente, permite a expedição de Decreto para cessar a lesão que, caso não ocorra, legitimará a expedição de Decreto interventivo.

b) ***Princípios constitucionais extensíveis*** – São normas que estruturam a federação, organizando o Estado. Por isso, devem obrigatoriamente ser repetidas nos textos estaduais, observada a simetria. Poderiam ser citados como exemplo os arts. 27, 28, 37, 58, § 3.º,[115] 75, 77, 93, V, 95, 96, 150 e 165 da CRFB/1988, dentre outros.

As normas constantes neste princípio que preveem regras e princípios necessários para organizar o Estado-membro são conhecidas como **normas de preordenação**,[116] *v.g*., arts. 27, 28, 37, 95. E a explicação é simples: elas foram criadas na Constituição da República *antes* de sua previsão na Constituição do Estado-membro, por isso *pre*ordena o ente federado.

c) ***Princípios constitucionais estabelecidos*** – Não existe um rol taxativo destes princípios, que estão espalhados por todo o texto constitucional. Para identificá-los é necessário interpretação sistemática da Constituição, isto é, interpretação do texto constitucional no seu conjunto. Eles dividem-se em:

c.I) **Limites expressos** – Por óbvio, estão explícitos no texto constitucional, podendo ter natureza vedatória (*explícitos vedatórios*) – quando proíbem os Estados de praticar determinados atos ou procedimentos; *v.g*., arts. 19, 35, 145, § 2.º, 150, 152 etc. – ou natureza mandatória (explícitos mandatórios), quando obrigam a observância de determinados princípios e preceitos pelas Constituições estaduais, limitando a organização do ente federado; *e.g*., arts. 18, § 4.º, 29, 31, § 1.º, 37 a 41, 42, § 1.º, 93 a 100, 125, 127 a 130, 132 a 135, 144, IV e V, §§ 4.º ao 7.º etc.

c.II) **Limites implícitos** *(inerentes ou tácitos)* – Embora não estejam expressamente no texto da Constituição, algumas vedações podem ser deduzidas, como os arts. 21, 22, 30 e 153.

Esses limites também possuem viés *mandatório*, quando obriga determinada conduta (ex.: arts. 27 e 28),[117] e *vedatório*, quando impede determinado comportamento (ex.: arts. 21 e 22).

c.III) **Limites decorrentes** – São gerados pelo sistema constitucional adotado, como princípio republicano, princípio federativo, estado democrático de direito, dignidade da pessoa humana, igualdade formal e material, legalidade genérica, e assim por diante.

Uma observação é necessária: é possível um artigo da Constituição da República se enquadrar em mais de uma limitação (subdivisões dos princípios centrais). Isto só concede mais garantias ao poder soberano e, por consequência, consolida as bases do Estado Republicano/Federal brasileiro.

Como exposto, quando tratamos de poder constituinte originário, há ainda limitações denominadas ***supralegalidades autogenerativas***,[118] que são as decorrentes de questões fáticas, e não de dispositivos jurídicos. Essas questões podem ser de ordem social, política e econômica.

O que não falta é jurisprudência do Supremo Tribunal declarando inconstitucionalidade de artigos de Constituições estaduais por ofensa às limitações supraexpostas.[119]

É bom frisar que, além das normas de reprodução obrigatória, existem as normas de reprodução facultativa (normas de imitação), as quais podem ou não constar no texto da Constituição estadual; *v.g.*, a possibilidade de os governadores dos Estados-membros adotarem medida provisória depende de previsão nas Constituições dos Estados.[120]

3.6.3.3.3 Condicionamento

A Constituição da República condicionou o exercício do poder constituinte decorrente institucionalizador, exigindo que cada Assembleia Legislativa elaborasse a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios analisados (art. 11 do ADCT).

Somente a título de curiosidade, exatamente um ano após a promulgação da Constituição da República, várias Constituições estaduais foram promulgadas, como as Constituições do Rio de Janeiro, São Paulo, Paraná, Bahia, Mato Grosso do Sul, Pará, dentre outras, que foram publicadas no último dia de prazo concedido pelo art. 11 do ADCT (05 de outubro de 1989).

3.6.3.4 Poder constituinte derivado decorrente de reforma estadual

É o poder concedido aos Estados-membros e ao Distrito Federal de alterarem suas Constituições.

As mesmas características que afetam o poder institucionalizador atingem o poder de reforma.

3.6.3.4.1 Derivação

O poder de reforma estadual está previsto na própria Constituição do Estado, por óbvio, para garantir a durabilidade da Constituição estadual, pois, se assim não fosse, a petricidade das normas constitucionais estaduais acarretariam rápida defasagem e, por consequência, a necessidade de sua revogação por outra Constituição.

Em estudo criterioso, Guilherme Peña de Moraes[121] elencou os artigos de algumas Constituições Estaduais que preveem o procedimento de sua alteração, tais como: art. 53, *caput*, §§ 2.º ao 4.º, da CE/AC; art. 85, *caput*, §§ 2.º ao 4.º, da CE/AL e art. 2.º do ADCT/AL; art. 32, *caput*, §§ 2.º ao 4.º, da CE/AM; art. 74, *caput*, §§ 2.º ao § 4.º, da CE/BA e art. 65 do ADCT/BA; art. 62, *caput*, §§ 2.º e 4.º, da CE/ES e art. 25 do ADCT/ES; art. 64, *caput*, §§ 3.º ao 5.º, da CE/MG e art. 3.º ADCT/MG; art. 85, *caput*, §§ 2.º, 3.º e 5.º, da CE/MS e art. 2.º do ADCT/MS; art. 64, *caput*, §§ 2.º ao 5.º, da CE/PR e art. 2.º do ADCT/PR; art. 111, *caput*, §§ 1.º, 2.º e 4.º, da CE/RJ e art. 35 do ADCT/RJ; art. 22, *caput*, §§ 2.º ao 4.º, da CE/SP e art. 3.º do ADCT/SP e assim por diante.

Apesar de derivar da Constituição estadual, não é cabível controle de constitucionalidade de emenda à Constituição do Estado quando esta ofende a Constituição estadual, eis que as duas (emenda e Constituição estadual) são frutos do mesmo poder constituinte derivado decorrente,[122] não havendo a hierarquia necessária para o controle de constitucionalidade.

3.6.3.4.2 Limitação

O poder de reforma estadual encontra limites na Constituição da República e na Constituição estadual.

Todas as limitações supra-analisadas, impostas ao poder constituinte derivado de reforma,[123] assim como ao poder institucionalizador, são também aplicadas a esta espécie de poder.

Assim, por óbvio, não poderá emenda à Constituição do Estado-membro ofender direitos fundamentais (art. 60, § 4.º, IV, CR) nem alterar o tempo de mandato do governador (art. 28 da CR).

3.6.3.4.3 Condicionamento

Por fim, o condicionamento importa na observância de se alterar a

Constituição do Estado como esta determinar – Emenda Constitucional e Revisão Constitucional.

Todas as Constituições dos Estados brasileiros, observando a simetria, exigem para emenda às Constituições do Estado a iniciativa de, no mínimo, 1/3 dos Deputados Estaduais, metade das Câmaras Municipais ou Governador do Estado, sendo que algumas Constituições, como a do Estado do Amapá, admitem ainda iniciativa popular subscrita por um por cento dos eleitores daquele Estado (art. 103, IV, CE/AP). A proposta será estudada e votada nas Assembleias Legislativas, exigindo *quorum* de 3/5 em dois turnos para sua aprovação. A emenda será promulgada pela mesa da Assembleia Legislativa com o respectivo número de ordem. Ademais, proposta de emenda estadual rejeitada ou tida por prejudicada só poderá ser objeto de nova votação na outra sessão legislativa.

Seguindo o mesmo raciocínio, as Constituições estaduais preveem revisão constitucional realizada mediante aprovação de maioria absoluta da Assembleia Legislativa, após a revisão da Constituição da República.

3.7 EXERCÍCIOS DE FIXAÇÃO

1. **(Magistratura/MS – FCC/2010) É INCORRETO afirmar que o poder constituinte:**

   A) Instituído manifesta-se quando tratado internacional sobre direitos humanos é aprovado pelo Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

   B) Decorrente é próprio das descentralizações eventualmente havidas em Estados unitários.

   C) Originário é inicial (porque funda a ordem jurídica), materialmente ilimitado e formalmente incondicionado.

   D) Instituído é derivado do poder constituinte originário, que também o limita materialmente e o condiciona a certas formalidades.

   E) De revisão é espécie de poder constituinte instituído.

2. **(MP/GO – 2010) Leia as afirmativas abaixo e, em seguida, assinale a alternativa correta:**

I – Segundo o conceito material, a Constituição é o arcabouço de normas que tratam da organização do poder, da forma de governo, da distribuição da competência, dos direitos da pessoa humana, considerados os sociais e individuais, do exercício da autoridade, ou seja, trata da composição e do funcionamento da ordem política.

II – Constituição semiflexível é aquela em que, para algumas matérias, as regras para sua alteração exigem *quorum* qualificado, mais dificultoso que as leis infraconstitucionais, enquanto para outras matérias, não exige essa formalidade.

III – Classificam-se as constituições escritas como codificadas ou legais. A Constituição Federal de 1988 é considerada uma constituição legal.

IV – O poder constituinte originário é aquele que faz a Constituição, instala uma ordem jurídica nova e rompe com a ordem jurídica anterior. O poder constituinte derivado está inserido na constituição e, do mesmo modo que o poder constituinte originário, não tem limites para realizar as alterações na ordem constitucional vigente.

A) As afirmativas I e II são falsas.

B) As afirmativas II e IV são falsas.

C) As afirmativas III e IV são falsas.

D) Todas as afirmativas são falsas.

3. (Delegado da Polícia Federal – CESPE/2013) No que se refere à CF e ao poder constituinte originário, julgue o item subsequente:

A CF contempla hipótese configuradora do denominado fenômeno da recepção material das normas constitucionais, que consiste na possibilidade de a norma de uma constituição anterior ser recepcionada pela nova constituição, com *status* de norma constitucional.

4. (Delegado de Polícia/GO – UEG/2013) A partir da ideia da existência de um poder constituinte, enquanto poder destinado à criação do Estado e à alteração das normas que constituem uma

sociedade política, foram elaboradas teorias que apresentam classificações desse poder. Conhece-se assim a distinção entre:

A) poder decorrente, enquanto autonomia das unidades da federação, e poder derivado, encarregado da elaboração das normas constitucionais originárias e reforma da Constituição Federal.

B) poder de reforma e poder constituinte decorrente, subespécies do poder derivado, em que o primeiro compreende a emenda e a revisão, e o segundo reporta-se à autonomia das unidades da federação.

C) poder de reforma constitucional e poder derivado, em que o primeiro compreende a emenda e o segundo a elaboração de normas constitucionais originárias.

D) poder originário e poder decorrente, em que o primeiro compreende as normas constitucionais originárias e perenes e o segundo, decorrente do primeiro, compreende a reforma constitucional pela emenda e revisão da Constituição Federal.

5. (Juiz substituto/SP – VUNESP/2013) O exercício do Poder Constituinte Derivado, nos termos expressos da Constituição Federal de 1988:

A) pode revelar-se por meio de projeto de iniciativa popular, nos termos expressamente previstos na Constituição Federal, exercido pela apresentação de projeto à Câmara dos Deputados, 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.

B) permite a reforma da Constituição, desde que a Proposta de Emenda à Constituição seja votada e aprovada, em dois turnos, se obtiver, em cada casa do Congresso, dois terços dos votos dos respectivos membros.

C) pode revelar-se nas Emendas à Constituição, iniciadas por proposta de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

D) permite a reforma da Constituição, desde que a Proposta de Emenda à Constituição seja votada e aprovada em sessão unicameral, em dois turnos, por dois terços de Deputados e Senadores.

6. (MP/SE – CESPE/2010) Assinale a opção correta a respeito dos conceitos de mutação constitucional, revisão constitucional e poder constituinte:

A) Tratando-se de mutação constitucional, o texto da constituição permanece inalterado, e alteram-se apenas o significado e o sentido interpretativo de determinada norma constitucional.

B) A revisão constitucional prevista no ADCT da CF, que foi realizada pelo voto da maioria simples dos membros do Congresso Nacional, gerou seis emendas constitucionais de revisão que detêm o *status* de normas constitucionais originárias.

C) Previsto pelo constituinte originário, o poder constituinte derivado decorrente encontra limitações apenas nas cláusulas pétreas.

D) Sendo poder de índole democrática, autônomo e juridicamente ilimitado, o poder constituinte originário tem como forma única de expressão a assembleia nacional constituinte.

E) É expressamente previsto na CF que os Poderes Legislativos dos estados, do DF e dos municípios devem elaborar suas constituições e leis orgânicas mediante manifestação do poder constituinte derivado decorrente.

7. (JUIZ SUBSTITUTO/CE – CESPE/2012) Com relação ao poder constituinte, assinale a opção correta.

A) Embora o STF não admita o controle concentrado de constitucionalidade de normas produzidas pelo poder constituinte originário, reconhece o controle difuso, considerando sua eficácia apenas para o caso concreto.

B) Quando uma nova constituição é criada pelo poder constituinte originário, a jurisprudência reconhece a legitimidade da invocação de direitos adquiridos contrários à constituição em vigor.

C) O poder constituinte derivado pode alterar os procedimentos de reforma da constituição.

D) O poder constituinte derivado reformador submete-se tanto a limitações expressas na CF quanto a limitações implícitas.

E) Segundo o STF, as regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte originário não decorrem do exercício de um poder de fato ou suprapositivo, razão pela qual sua eficácia está sujeita a limitação normativa.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

[1]MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 355 e ss.

[2]MIRANDA, Jorge. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord. científica); PINTO FILHO, Francisco Bilac; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz (Coord. editorial). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. LIX.

[3]MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional* cit., p. 190.

[4]BARROSO, Luis Roberto. *Direito Constitucional* cit. p. 120/121.

[5]ELSTER, Jon. Ulysses and the sirens, 1979, revista em *Ulysses unbound*, 2000.

[6]ACKERMAN, Bruce. *We the people: fondations*, 1995.

[7]BARROSO, Luis Roberto. *Direito Constitucional* cit. p. 121.

[8]BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* cit., p. 141.

[9]FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 21.

[10]Sieyès entendia a nação como o conjunto de pessoas representado pelos mesmos legisladores e, por isso, vivendo sob as mesmas leis (SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*: que é o terceiro Estado? Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986. p. 69). Porém, no Brasil, nos dias atuais, nação não se apoia na existência de vínculos jurídicos. O termo é utilizado para indicar origem comum ou comunidade de nascimento (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado* cit., p. 96), que seria o conjunto de pessoas ligadas por laços históricos e culturais (REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins, 1960. p. 158.); constatado, assim, que um Estado pode ter duas nações – como no Canadá, onde Quebec adota cultura franco-canadiana e todo o restante do território adota costumes e língua inglesa –, pois o conceito de titularidade deste poder passou ao povo, que é o conjunto de cidadãos do estado (DALLARI, *Elementos de teoria geral do Estado* cit., p. 100), ou seja, pessoas que possuem vínculo jurídico-político com o país.

[11]BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* cit., p. 145.

[12]Idem, p. 142.

[13]BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo* cit., p. 105.

[14]Idem, p. 105.

[15]MORAES, Guilherme Peña. Op cit. p. 13.

[16]"*We the People* of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defense, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America." Grifo do original (Preâmbulo da Constituição dos Estados Unidos da América – 1787).

[17]Constituição do Império de 1824. Art. 12. "Todos estes Poderes no Império do Brazil são delegações da Nação."

[18]CR/1891. "Art. 15. São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si."

[19]CR/1934. "Art. 2.º Todos os poderes emanam do povo e em nome dele são exercidos."

[20]CR/1937. "Art. 1.º O Brasil é uma República. O poder político emana do povo e é exercido em nome dele e no interesse do seu bem-estar, da sua honra, da sua independência e da sua prosperidade."

[21]CR/1946. "Art. 1.º Os Estados Unidos do Brasil mantêm, sob o regime representativo, a Federação e a República. Todo poder emana do povo e em seu nome será exercido."

[22]CR/1967. "Art. 1.º, § 1.º Todo poder emana do povo e em seu nome é exercido."

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

seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL” (Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil – 1988).

[24]Art. 1.º, parágrafo único, CRFB/1988: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

[25]MORAES, Guilherme Peña de. *Direito constitucional*. Teoria da Constituição cit., p. 14.

[26]FERREIRA, Luiz Pinto. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 18.

[27]FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional* cit., p. 23.

[28]BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 25.

[29]BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* cit., p. 147.

[30]MORAES, Guilherme Peña de. *Direito constitucional*. Teoria da Constituição cit., p. 59.

[31]CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*: teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional positivo. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 277.

[32]CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 81.

[33]SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*. São Paulo: RT, 1986. p. 80.

[34]MIRANDA, Jorge. *Comentários à Constituição Federal de 1988* cit., p. LX.

[35]BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* cit., p. 150.

[36]MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional* cit., p. 191.

[37]PAULO, Vicente et al. *Direito constitucional descomplicado* cit., p. 77.

[38]MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional* cit., p. 192.

[39]MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional* cit., p. 192.

[40]Os “plebiscitos” napoleônicos, que foram claramente manipulados, aprovaram as Constituições de 1799, 1802, 1804.

[41]Ampliação de poderes de Hitler ocorreu por consultas populares.

[42]MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional* cit., p. 196.

[43]Nesse sentido, o STF nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental, nos Embargos de Divergência, nos Embargos de Declaração, no Agravo Regimental, no Agravo de Instrumento 386.820-1/RS, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 04.02.2005, segundo o qual "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, à semelhança do que fez o art. 34, *caput*, do ADCT/1988" (grifo do autor).

[44]ESMEIN, Adhémar. *Éléments de droit Constitutionnel Français et Compare*. 6. ed. Paris: Librarie de la Société du Recueil Sirey, 1914, p. 582.

[45]Art. 290, n. 1, da Constituição da República Portuguesa de 1976: "As leis constitucionais posteriores a 25 de Abril de 1974 não ressalvadas neste capítulo são consideradas leis ordinárias, sem prejuízo do disposto no número seguinte" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa* – Lei do Tribunal Constitucional. 8. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2008. p. 182).

[46]PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. 1. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1936. v. 2, p. 560-561.

[47]SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 222.

[48]Teoria desenvolvida por Hans Kelsen (*Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 171).

[49]Art. 18, § 1.º, CR/1967. "Lei complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre os conflitos de competência nesta matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará as limitações constitucionais do poder de tributar."

[50]MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional* cit., p. 196.

[51]LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado* cit., p. 95.

[52]Nesse mesmo sentido, BARROSO, Luís Roberto. A Constituição e o conflito de normas no tempo: direito constitucional intertemporal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ*, n. 3, p. 213, 1995.

[53]Em que pese o purismo do termo "não recepção", o Supremo Tribunal Federal possui diversos julgados utilizando o termo "revogação", sob o fundamento de que a norma foi revogada por ausência de recepção, *in verbis*: "Ação direta de inconstitucionalidade – Impugnação de ato estatal editado anteriormente à vigência da CF/1988 – Inconstitucionalidade superveniente – Inocorrência – *Hipótese de revogação do ato hierarquicamente inferior por ausência de recepção* – Impossibilidade de instauração do controle normativo abstrato – Ação direta não conhecida (*omissis*)" (Questão de ordem em ADI 7/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 04.09.1992) (grifo do autor).

[54]"Não recepção em bloco da Lei 5.250 pela nova ordem constitucional" (ADPF 130/DF, rel. Min. Carlos Britto, *DJ* 06.11.2009).

[55]BRANCO, Paulo. Op. cit. p. 280.

[56]"(*Omissis*) 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. A ADPF, fórmula processual subsidiária do controle concentrado de constitucionalidade, é via adequada à impugnação de norma pré-constitucional. Situação de concreta ambiência jurisdicional timbrada por decisões conflitantes. Atendimento das condições da ação (*omissis*). 10. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI 5.250 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL..." (ADPF 130/DF, rel. Min. Carlos Britto, *DJ* 06.11.2009).

[57]LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado* cit., p. 85.

[58]"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Parágrafos 1.º e 2.º do artigo 45 da Constituição Federal. A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias, dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e incompossível com o sistema de Constituição rígida. Na atual Carta Magna,

‘compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição’ (art. 102, *caput*), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido” (ADI 815/DF, rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 10.05.1996).

[59]Por todos: NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. São Paulo: Método, 2009. p. 73-4; AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional* cit., p. 14.

[60]CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 81.

[61]BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo* cit., p. 114.

[62]TEIXEIRA. J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense. 1991. p. 213.

[63]NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional* cit., p. 74.

[64]FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional* cit., p. 27.

[65]CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 336.

[66]Por todos: MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000. t. II, p. 110-111.

[67]“Otto Bachof, relembre-se, foi habilitado em 1950 como docente, em Heidelburg, sendo assistente de Walter Jellinek. Em seguida, foi professor de direito público e, por duas vezes, Reitor da Universidade

de Tübingen. Além disso, exerceu a magistratura, tendo sido juiz dos Tribunais Administrativos e do Tribunal Constitucional de Württemberg-Baden. Trata-se de um dos mais notáveis jusconstitucionalistas da Alemanha do pós-guerra, um dos pensadores que mais contribuíram para a reconstrução moral, jurídica e política daquele grande país depois da insânia nazista" (VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 209-210).

[68]BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

[69]O temor do ocorrido ficou estampado nos considerandos da citada declaração: "Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum".

[70]BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional* cit., p. 114-115.

[71]"Art. 1.º Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1.º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional. Art. 2.º O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembleia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente. Art. 3.º A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembleia Nacional Constituinte."

[72]FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional* cit., p. 32.

[73]AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional* cit., p. 15.

[74]Cf. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional* cit., p. 45.

[75]Firmando a existência de direito adquirido ante a emenda constitucional. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O direito adquirido e o direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 24, p. 60, 1998. Defendendo a impossibilidade de direito

adquirido perante a emenda constitucional: MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 431.

[76]Cf. RE 140.894, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 09.08.1996.

[77]Cf. RE 94.414, rel. Min. Moreira Alves, *RTJ*, 114/237. Entretanto, em um julgado específico, em que julgava o direito aos proventos de aposentadoria aos membros aposentados do STF, a Corte Suprema decidiu que seus Ministros aposentados possuíam *direito adquirido* a receber acima do teto constitucional instituído pela EC 41/2003 (MS 24.875/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* 06.10.2006), mas, em razão da especificidade do julgado, não podemos afirmar que foi uma mudança de entendimento.

[78]Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Poder constituinte e direito adquirido. *Revista de Direito Administrativo*, n. 210, 1997, p. 9), José Afonso da Silva (Reforma constitucional e direito adquirido. *Revista de Direito Administrativo*, n. 213, 1998, p. 131), Celso Antonio Bandeira de Mello (O Direito adquirido e o direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 24, 1998, p. 60).

[79]BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 191. v. II.

[80]ADI 493/DF, Min. Moreira Alves, *DJ*. 04.09.1992.

[81]"A Constituição tem eficácia imediata, alcançando os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima). Para alcançar, porém, hipótese em que, no passado, não havia foro especial que só foi outorgado quando o réu não mais era Prefeito – hipótese que configura retroatividade média, por estar tramitando o processo penal –, seria mister que a Constituição o determinasse expressamente, o que não ocorre no caso" (RE 168.618/PR, Rel. Min. Moreira Alves. *DJ* 09.06.1995).

[82]SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 66.

[83]Por todos, SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 45, *in verbis*: "A rigidez decorre da maior dificuldade para sua modificação do que a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição".

[84]SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 64.

[85]MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional* cit., p. 205; MORAES, Guilherme Peña de. *Direito constitucional*. Teoria da Constituição cit., p. 36; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 66, dentre outros.

[86]MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional* cit., p. 206.

[87]"Mandado de segurança contra ato da mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional, que a impetração alega ser tendente à abolição da República. Cabimento do mandado de segurança em hipóteses em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como no caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie). *Nesses casos, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a constituição não quer – em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas – que sequer se chegue a deliberação, proibindo-a taxativamente*. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a constituição. Inexistência, no caso, da pretendida inconstitucionalidade, uma vez que a prorrogação de mandato de dois para quatro anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fato. Mandado de segurança" (MS 20.257/DF, rel. Min. Décio Miranda, *DJU* 27.02.1981) (grifo do autor).

[88]FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio*. 6. ed. Curitiba: Positivo. p. 82.

[89]MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1988. p. 155.

[90]Nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 357 e STF *in verbis*: "I – Ação direta de inconstitucionalidade: seu

cabimento – sedimentado na jurisprudência do Tribunal – para questionar a compatibilidade de emenda constitucional com os limites formais ou materiais impostos pela Constituição ao poder constituinte derivado: precedentes. II – Previdência social (CF, art. 40, § 13, cf. EC 20/1998): submissão dos ocupantes exclusivamente de cargos em comissão, assim como os de outro cargo temporário ou de emprego público ao regime geral da previdência social: arguição de inconstitucionalidade do preceito por tendente a abolir a 'forma federativa do Estado' (CF, art. 60, § 4.º, I): improcedência. 1. A 'forma federativa de Estado' – elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República – não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto, *as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4.º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege...*" (ADI 2.024, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* 22.06.2007) (grifo do autor).

[91]Por todos, PILATTI, Adriano. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord. científica); PINTO FILHO, Francisco Bilac; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz (Coord. editorial). *Comentários à Constituição de 1988* cit., p. 883, *in litteris*: "Desse modo, se é possível objetar, contra os defensores do unicameralismo, que a preservação de uma casa de representação federativa é condição essencial para subsistência da própria forma Federativa de Estado (art. 60, § 4.º, I)".

[92]SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 67.

[93]MS 24.875/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 06.10.2006; ADI 939/DF, rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* 18.03.1994; ADI 3.685/DF, rel. Min. Ellen Gracie, *DJU* 10.08.2006, dentre outros.

[94]MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional* cit., p. 215.

[95]LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado* cit., 2011, p. 294-295.

[96]ADI 981 MC/PR, rel. Min. Néri da Silveira, *DJU* 15.08.1994.

[97]Termo utilizado por BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo* cit., p. 127.

[98]MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000. t. II, p. 131.

[99]AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional* cit., p. 21.

[100] DAU-LIN, Hsu. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Forster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998. p. 63.

[101] DANTAS, Ivo. *Poder constituinte e revolução*: breve introdução à teoria sociológica do direito constitucional. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1978. Cap. IV, apud LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado* cit., 2011, p. 172.

[102] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo* cit., p. 127.

[103] Idem, p. 134.

[104] BULLOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 175-176.

[105] O art. 62, § 10, da CR, com a redação dada pela EC 32/2001, dispõe: "É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso do prazo".

[106] Cf. CONTINENTINO, Marcelo Casseb. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord. científica); PINTO FILHO, Francisco Bilac; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz (Coord. Editorial). *Comentários à Constituição de 1988* cit., p. 46 e ss.

[107] A nosso entender, um exemplo de mutação inconstitucional praticado pelo STF é a reinterpretação do art. 52, X, da CR, em que "o Min. Eros Grau, em voto-vista, julgou procedente a reclamação, acompanhando o voto do relator, no sentido de que, pelo art. 52, X, da CF, ao Senado Federal, no quadro de uma verdadeira mutação constitucional, está atribuída competência apenas para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, haja vista que essa decisão contém força

normativa bastante para suspender a execução da lei" (Rcl 4.335/AC, *DJU* 19.04.2007). Ora, se no texto do art. 52, X, está escrito "suspender a execução de lei", não poderiam os Ministros reinterpretar para entender "dar publicidade à decisão do Supremo". Isso é transformar o Judiciário em legislador. Ademais, a Súmula Vinculante possibilita que as decisões do Supremo, proferidas em controle difuso, produzam efeitos *erga omnes*, como ressaltou o Ministro Joaquim Barbosa, em voto divergente, no mesmo julgado citado.

[108] AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional* cit., p. 22.

[109] "Afirmou-se que o Distrito Federal não se traduziria nem em Estado-membro nem em Município, mas estaria bem mais próximo da estruturação do primeiro, o que estaria demonstrado em diversos dispositivos da Constituição Federal (artigos 24; 32, § 3.º; 34; 92, VII; 103, IV)…" (ADI 3.756/DF, rel. Min. Carlos Britto, 21.06.2007).

[110] PORTO, Noemia. *Temas relevantes de Direito Constitucional* – Poder Constituinte. Brasília: Fortium, 2005. p. 54/5.

[111] COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2002. p. 338.

[112] FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Poder constituinte do Estado-membro*. São Paulo: RT, 1979. p. 130.

[113] HORTA, Raul Machado. *A autonomia do Estado-membro no direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Graf. Santa Maria, 1964. p. 67.

[114] Redação do art. 34, VII, CRFB/1988.

[115] "... A garantia assegurada a um terço dos membros da Câmara ou do Senado estendese aos membros das assembleias legislativas estaduais – garantia das minorias. O modelo federal de criação e instauração das comissões parlamentares de inquérito constitui matéria a ser compulsoriamente observada pelas casas legislativas estaduais..." (ADI 3.619/SP, rel. Min. Eros Grau, *DJ* 20.04.2007).

[116] HORTA, Raul Machado. Op. cit., p. 225.

[117] "Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Governador do Estado de Sergipe contra diversos dispositivos da Constituição estadual. Declarou-se a inconstitucionalidade da expressão

‘realizado antes da sua eleição’, constante do inc. V do art. 14, que estabelece a perda do mandato do Prefeito ou do Vice-Prefeito que assumir outro cargo na Administração Pública, ressalvada a hipótese de posse em virtude de aprovação em concurso público realizado antes de sua eleição. Entendeu-se que a expressão impugnada não constaria do disposto no parágrafo único do art. 28 da CF (‘Perderá o mandato o Governador que assumir outro cargo ou função na administração pública direta ou indireta, ressalvada a posse em virtude de concurso público e observado o disposto no art. 38, I, IV e V.’), de observância obrigatória pelos Estados-membros...” (ADI 336/SE, rel. Min. Eros Grau, j. 10.02.2010).

[118] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 117.

[119] Dentre outras cito ADI 2.931, rel. Min. Eros Grau, *DJU* 29.09.2006; ADI 2.997, rel. Min. Cezar Peluso, *DJU* 06.11.2003; ADI 1.348, rel. Min. Cármen Lúcia, *DJU* 07.03.2008; ADI 230/RJ, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 01.02.2010.

[120] “... No julgamento da ADI 425, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 19.12.2003, o Plenário desta Corte já havia reconhecido, por ampla maioria, a constitucionalidade da instituição de medida provisória estadual, desde que, primeiro, esse instrumento esteja expressamente previsto na Constituição do Estado e, segundo, sejam observados os princípios e as limitações impostas pelo modelo adotado pela Constituição Federal, tendo em vista a necessidade da observância simétrica do processo legislativo federal. Outros precedentes: ADI 691, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 19.06.1992; ADI 812-MC, rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 14.05.1993” (ADI 2.391/SC, rel. Min. Helen Gracie, *DJ* 16.03.2007).

[121] MORAES, Guilherme Peña de. *Direito constitucional*. Teoria da Constituição cit., p. 58.

[122] Nesse sentido, MORAES, Guilherme Peña de. *Direito constitucional*. Teoria da Constituição cit., p. 56; TJRJ. Proc. 1999.007.00024, rel. Des. Sylvio Capanema de Souza, *DORJ* 28.09.1999; TJRJ. Proc. 1999.007.00045, rel. Des. Martinho Campos, *DORJ* 23.09.1999.

[123] FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Poder constituinte do Estado-membro* cit., p. 249, 251, passim.

4

NORMA CONSTITUCIONAL

Sumário: 4.1 Conceito – 4.2 Classificação: 4.2.1 Quanto ao conteúdo; 4.2.2 Quanto à vinculação do legislador; 4.2.3 Quanto à eficácia e aplicabilidade; 4.2.4 Quanto à finalidade; 4.2.5 Quanto à estrutura (finalidade do comando normativo) – 4.3 Exercício de fixação.

4.1 CONCEITO

Com precisão cirúrgica, Guilherme Peña de Moraes[1] conceitua norma constitucional como "significações extraídas de enunciados jurídicos, caracterizadas pela superioridade hierárquica, natureza da linguagem, conteúdo específico e caráter político, com diferentes tipologias".

Esse conceito proporciona uma boa visão das normas constitucionais, principalmente se destacarmos as quatro características nele constantes:

I – **Superioridade hierárquica** – como já explanado, as normas constitucionais são o fundamento de validade – imediato ou mediato – de todas as normas no direito positivo brasileiro. Assim, como as demais normas existem e são válidas graças a sua compatibilidade com a Constituição, não há como negar a força normativa superior da norma constitucional;

II – **Natureza da linguagem** – indica a **maior** abertura (pois irradia por todos os ramos do direito) e **menor** densidade das normas constitucionais, sendo fundamental a operação de concretização das normas constitucionais, seja mediante atos materiais, seja por meio de elaboração de leis infraconstitucionais;

III – **Conteúdo específico** – isto é, o conjunto de preceitos constitucionais

orientadores que só existe na Constituição. Em nenhum outro diploma se encontram positivados desta forma e reunidos os direitos e garantias fundamentais, a divisão dos poderes políticos (tanto territorial quanto funcional) e a ordem social e econômica;

IV – **Caráter político** – A Constituição **legitima** o poder transferido pela sociedade aos representantes, bem como **limita** o poder do Estado ante a sociedade.[2]

4.2 CLASSIFICAÇÃO

São cinco as principais classificações das normas constitucionais:

4.2.1 Quanto ao conteúdo

• ***Normas materialmente constitucionais*** – São as normas que versam sobre assunto constitucional, **independentemente do diploma em que estão expostas**. Podem estar em normas constitucionais ou normas infraconstitucionais.

Não existe um conceito seguro e taxativo do que seja matéria constitucional,[3] mas podemos afirmar que, de regra, a maioria das normas constitucionais gira em torno da organização dos Poderes, organização do Estado e direitos e garantias fundamentais.

São exemplos de normas materialmente constitucionais os arts. 5.º, 6.º, 12, 18 e 25 da Constituição da República; art. 1.º do Código Civil; art. 282 do Código de Processo Penal; art. 38 do Código Penal; art. 12 da Lei 4.737/1965, dentre outros.

• ***Normas formalmente constitucionais*** – São normas elaboradas por processo mais solene, mais dificultoso que as leis ordinárias, o que lhes concede *status* hierárquico privilegiado, **independentemente do assunto que disponham**.

O famoso art. 242, §§ 1.º e 2.º, da CRFB/1988, mostra normas formalmente constitucionais, porém não materialmente.

Questão importante é que **uma norma não precisa estar dentro da Constituição para ser formalmente constitucional**, basta gozar do *status* hierárquico de norma constitucional. Nesse passo, os arts. 2.º da EC 32/2001; 2.º

da EC 41/2003; 4.º e 8.º da EC 45/2004; 3.º do ADCT; e 3.º do Dec. 6.949/2009 (aprovado na forma do art. 5.º, § 3.º, da CR) são normas formalmente Constitucionais, embora não estejam inseridos na Constituição formal.

Das afirmações *supra*, extraímos as seguintes conclusões:

a) existe norma materialmente constitucional que não é formalmente constitucional;
b) existe norma formalmente constitucional que não é materialmente constitucional;
c) existe norma formal e materialmente constitucional fora da Constituição.

4.2.2 Quanto à vinculação do legislador

Nos Estados Unidos e na Itália, há doutrina que diferencia:

a) ***normas constitucionais preceptivas* ou *mandatórias* (mandatory provisions)** – por serem normas essenciais, obrigam ao cumprimento, vinculando o legislador infraconstitucional;
b) ***normas constitucionais diretivas* ou *diretórias* (directory provisions),** que não geram inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais, pois o legislador pode dispor de forma diferente.[4]

Como observa Marcelo Novelino,[5] esta espécie de distinção é **incompatível** com os ordenamentos jurídicos regidos por Constituição rígida como no Brasil, pois os mandamentos sempre serão obrigatórios.

4.2.3 Quanto à eficácia e aplicabilidade

Geralmente, este tipo de classificação realiza análise conjunta da eficácia e aplicabilidade, porém é bom lembrar que eficácia e aplicabilidade são institutos distintos e inconfundíveis. Enquanto **eficácia** é a aptidão que a norma possui para produzir efeitos que lhe são próprios, a **aplicabilidade** é a aptidão para produzir efeitos sobre uma determinada situação; seria, didaticamente, a materialização da eficácia.

Dentro deste quadro existem três subclassificações de normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade, porém, é bom que se diga, esta diversidade se

deve em razão da direção dada pelos doutrinadores, por vezes pautando-se na eficácia e, em outras, a ênfase recai sobre a aplicabilidade.

4.2.3.1 Classificação bipartida das normas constitucionais

Esta subespécie, adotada pela Suprema Corte norte-americana, tem como referência a ênfase na aplicabilidade, isto é, se a norma poderá ou não ser aplicada imediatamente, e se divide em:

• ***Normas constitucionais autoaplicáveis*** (*ou exequíveis por si, bastantes em si*, self-executing, self-acting, self-enforcing) – São as normas que são aplicadas de imediato, independentemente da atuação do legislador ordinário, abrangendo as ***normas perceptivas,*** as quais exigem conduta positiva, e as ***normas proibitivas,*** que impõem condutas negativas.

• ***Normas constitucionais não autoaplicáveis*** (*ou não exequíveis por si, não bastantes em si, dependentes*, not self-executing, not self-acting e not self-enforcing) – Diferentemente das anteriores, estas normas precisam da atuação do legislador ordinário para tornarem-se aplicáveis, abarcando ***normas interpretativas,*** que indicam o sentido, alcance e conteúdo de outras normas, ***normas declarativas ou explicativas,*** que definem conceitos, e ***normas permissivas ou facultativas,*** que atribuem uma permissão, não impondo conduta comissiva ou omissiva.[6]

Apesar da classificação bipartida apresentada ser a usualmente conhecida, não se pode negligenciar a classificação de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto,[7] que também é bipartida, porém com foco distinto, distinguindo:

• ***Normas de aplicação –*** São as normas que estão aptas a produzir efeitos, não carecendo de atuação legislativa complementar. Estas normas são subdivididas em ***normas irregulamentáveis,*** que só permitem tratamento constitucional, e ***normas regulamentáveis,*** que, apesar de incidirem sobre fatos de imediato, permitem atuação legislativa para otimização de seu preceito.

• ***Normas de integração –*** São normas que devem ser integradas pela legislação infraconstitucional. Esta espécie também comporta subdivisão em ***normas restringíveis,*** em que o legislador ordinário poderá reduzir o âmbito de abrangência da norma, e ***normas complementáveis,*** que exigem a atuação

legislativa infraconstitucional para completa produção de efeitos.

4.2.3.2 Classificação tripartida das normas constitucionais

Esta subespécie analisa tanto a eficácia quanto a aplicabilidade, porém enfatiza a eficácia. Explica-se: a presente teoria parte do princípio de que **toda norma constitucional possui *eficácia meio*** na medida em que não recepciona legislação anterior contrária a ela, serve como parâmetro para controle de constitucionalidade, condiciona a atuação do administrador público, impõe ao legislador o dever de regulamentar (caso necessário) e é fonte de interpretação judicial.

Contudo, **nem todas as normas possuem *eficácia fim***, ou seja, nem toda norma consegue produzir os efeitos para a qual foi primordialmente criada. Por isso, é necessário dividir as normas constitucionais em três:

• ***Normas constitucionais de eficácia plena*** – São normas que, a partir da entrada em vigor da Constituição, possuem aplicabilidade **direta, imediata e integral**. Em outros termos, estas normas são aplicadas imediatamente e não admitem que lei infraconstitucional reduza seu alcance (por isso são integrais).

É bom ressaltar que, apesar de ser integral, é possível que lei infraconstitucional regulamente as disposições constitucionais, desde que não restrinja sua amplitude. A título de exemplo, é possível normas disporem sobre meios de exercer a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III), porém não pode ceifar o cidadão deste direito. São outros exemplos de norma de eficácia plena os arts. 1.º; 2.º; 14, § 2.º; 28; 30; 51; 52; 201, §§ 5.º e 6.º; 226, § 1.º; e 230, § 2.º, dentre outros.

• ***Normas constitucionais de eficácia contida, redutível, prospectiva ou restringível*** – São normas que, desde a vigência da Constituição, têm aplicabilidade ***direta e imediata, mas não integral***, possibilitando que lei infraconstitucional reduza o seu alcance.

Assim, apesar de poder ser aplicada imediatamente, a norma de eficácia contida admite que lei inferior à Constituição diminua sua abrangência. Como exemplo podemos citar o art. 5.º, XIII, que, apesar de garantir a liberdade de trabalho, ofício ou profissão, foi restrito pelos arts. 3.º, 8.º, § 1.º e 54, V, da Lei 8.906/1994 c/c o Provimento 109/2005 do Conselho Federal da OAB,[8] que exige

prova para que o bacharel em direito possa se inscrever nos quadros da OAB e possa exercer a profissão de advogado. No mesmo sentido, há uma série de restrições ao exercício da medicina estabelecidas por normas infraconstitucionais.[9]

Da mesma forma, o art. 5.º, XV, afirma que é plena a locomoção no território nacional, porém há leis penais e processuais penais e leis de imigração que restringem a amplitude da locomoção no Brasil.

Assim como esses exemplos, são normas de eficácia contida os arts. 5.º, VII, VIII, XII, XXIV, XXV; 15, IV e V; 37, I; 93, IX e 170, parágrafo único, dentre outros.

• ***Norma constitucional de eficácia limitada*** – São normas que, apesar de produzirem efeito meio, como visto, não produzem os efeitos previstos em seu texto com a entrada em vigor da Constituição. Possuem aplicabilidade **mediata**, dependendo de lei infraconstitucional para produzir os efeitos fim desejados.

Não se confunde com a norma de eficácia contida porque nesta a norma constitucional já produz efeitos imediatos, enquanto a norma limitada depende de regulamentação para possibilitar a produção de efeitos.

O princípio da participação pode servir de exemplo para melhor entendimento. Prevê o art. 37, § 3.º, que a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta. Por óbvio, esta lei ainda não foi editada; assim, de que forma o particular poderá participar? Não havendo lei, o particular está impedido de exercer este direito.

Da mesma forma, o art. 5.º, XLI, que afirma que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais". A previsão é louvável, porém qual será a punição? Qual prazo para prescrição? Haverá prescrição? Qual o procedimento? Ou seja, enquanto não houver lei, a norma constitucional não pode ser aplicada, como desejou o constituinte.

José Afonso da Silva[10] ainda subdivide a norma constitucional de eficácia limitada em:

• ***Normas constitucionais de eficácia limitada declaratórias de princípio institutivo (organizatório ou orgânico)*** – São normas que esquematizam, de forma genérica, a estrutura e atribuições de órgãos, entidades ou instituições. Assim, o passo inicial é dado pela Constituição, que aguarda norma

infraconstitucional para materializar os entes citados, como os arts. 18, §§ 3.º e 4.º; 37, XI; 102, § 1.º; 109, VI; 131; 146 etc.

Estas normas institutivas podem ser ***impositivas,*** quando determinam, de forma peremptória, a atuação do legislador ordinário (*e.g.*, arts. 20, § 2.º; 32, § 4.º; 33, 88, 91, § 2.º; 134, § 1.º etc.) ou ***facultativas*** (ou *permissivas*), quando somente possibilita, sem obrigar, que norma infraconstitucional institua ou regule as situações nelas descritas (v.g., arts. 22, parágrafo único; 25, § 3.º; 109, § 3.º; 111, § 3.º; 128, § 5.º; 125, § 3.º; 154, I etc.).

• ***Normas constitucionais de eficácia limitada declaratórias de princípio programático –*** São normas que estipulam programas e metas a serem implementados e alcançados pelo Estado, como desenvolvimento nacional (art. 3.º, II), diminuição das desigualdades (art. 3.º, III), regime de aposentadoria especial (arts. 40, § 4.º, e 201, § 7.º), dentre outras.

A Constituição estabelece o fim, e depende do legislador infraconstitucional normatizar os meios para conquistas dos preceitos constitucionais.

As normas de eficácia programática são divididas por José Afonso da Silva[11] em três categorias:

a) *Normas programáticas* ***vinculadas ao princípio da legalidade –*** São as que preveem a elaboração de normas futuras para implementar programas idealizados pela Constituição; *v.g.*, arts. 7.º, XI, XX; 173, § 4.º; 216, § 3.º e 218, § 4.º.

b) *Normas programáticas* ***ligadas aos poderes públicos –*** Estas não requerem em seu texto a edição de normas infraconstitucionais; por isso, nem sempre precisam de lei para sua observância, mas sim de atuações do Poder Público; *e.g.*, arts. 21, IX; 48, IV; 184; 211, § 1.º; 215, *caput*, dentre outros.

c) *Normas programáticas* ***endereçadas à ordem econômico-social em geral*** – Dispõem sobre a observância de toda ordem social e econômica, como os arts. 170, 193 e 205.

4.2.3.3 Classificação quadripartida das normas constitucionais

Maria Helena Diniz classifica as normas constitucionais em relação à sua intangibilidade e à produção de efeitos concretos.[12]

De acordo com este raciocínio, a norma constitucional se divide em:

• ***Normas constitucionais de eficácia absoluta*** (ou ***supereficazes***) – São as normas intocáveis, intangíveis, que não podem ser abolidas do ordenamento. Por óbvio, está se tratando das *cláusulas pétreas* (art. 60, § 4.º): a) forma federativa de Estado, arts. 1.º, 18, 34, VII, *c*, e 46, § 1.º; b) o voto direto, secreto, universal e periódico, art. 14; c) separação dos Poderes, art. 2.º; d) direitos e garantias fundamentais, arts. 5.º ao 17.

• ***Normas constitucionais de eficácia plena*** – São as que produzem efeitos imediatos, *v.g.*, arts. 1.º, parágrafo único; 14, § 2.º; 17, § 4.º; 21; 69 etc.

• ***Normas constitucionais de eficácia relativa restringível*** **–** Possuem aplicabilidade imediata, porém podem ter eficácia reduzida pelo legislador ordinário, *v.g.*, arts. 5.º, XIV, XVI; 139; 170, parágrafo único etc.

• ***Normas constitucionais de eficácia relativa complementável*** (ou ***dependentes de complementação legislativa***) **–** São as que precisam de norma para implementação do direito previsto no texto constitucional, *e.g.*, 37, VII; 102, § 1.º etc.

4.2.3.4 Norma constitucional de eficácia esvaída ou de aplicabilidade esgotada[13]

Segundo esta teoria, existem normas que já extinguiram a produção de seus efeitos. Estas normas são comumente vistas no ADCT (arts. 2.º, 3.º, 14, 20) e em Emendas Constitucionais, *v.g.*, art. 4.º da EC 45/2004.

4.2.3.5 Desenvolvimento e efetivação das normas constitucionais

Existe a acertada ideia[14] de que não basta uma análise abstrata quanto à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, se há milhões de pessoas pleiteando ao Judiciário a materialização de direitos. Por isso, para completar a análise, as normas constitucionais devem ser estudadas sob o aspecto de seu **desenvolvimento** e **efetivação**.

Nesse sentido, as normas que "pretendam conferir direitos subjetivos, exteriorizados em *prestações materiais*, são revestidos de ***eficácia positiva***, na

medida em que permitem que seus beneficiários ou destinatários exijam as prestações que constituem o objeto do direito subjetivo perante o Poder Judiciário, de maneira a assegurar o mínimo existencial".[15]

O exemplo mais usual é o fornecimento de remédios e o tratamento de saúde determinado pelo Poder Judiciário, mesmo sem norma regulamentando o art. 196.[16]

Já as *normas programáticas*, que, como visto, estipulam os fins a serem alcançados pelo Estado e sociedade sem estabelecer os meios para conquistá-los, são revestidas de ***eficácia negativa***, pois *proíbem* a implementação de políticas que ofendam seus preceitos e *impossibilitam* a revogação de normas infraconstitucionais que disponham sobre as metas constantes na norma programática.

4.2.4 Quanto à finalidade

Luís Roberto Barroso[17] propõe uma nova classificação de normas constitucionais, alegando que: "É precisamente com o desiderato de demarcar adequadamente a consistência da situação jurídica dos indivíduos ante os preceitos constitucionais que se esboçam as ideias a seguir apresentadas, configurando uma nova classificação, necessariamente experimental".

A presente classificação busca resgatar a essência dos dispositivos constitucionais, que têm por objeto **organizar** o exercício do poder político, **definir** os direitos fundamentais dos indivíduos e **estabelecer** os fins a serem alcançados pelo Estado.[18]

Nesse sentido, as normas constitucionais podem ser classificadas como:

• ***Normas constitucionais de organização*** – São normas que têm por objeto organizar o poder político.

Estas normas de organização, por sua vez, se subdividem em ***normas constitucionais de estrutura,*** que buscam instituir e organizar entidades ou órgãos públicos, *v.g.*, arts. 28, 45 e 46 da CR; ***normas constitucionais de competência,*** que, como o próprio nome faz crer, visa à distribuição de atribuições entre os órgãos públicos, *v.g.*, arts. 48, 49, 51 e 52 da CR; e ***normas constitucionais técnicas,*** as quais estipulam como se produz e aplicam as demais normas, *e.g.*, art. 60 da CR.

• ***Normas constitucionais definidoras de direito*** – Estas normas buscam fixar os direitos fundamentais do ser humano, seja na relação do Estado com o indivíduo (vertical), seja na relação entre os particulares (horizontal), *v.g.*, arts. 5.º, 6.º, 7.º, 12 e 14 da CR.

• ***Normas constitucionais programáticas*** – Normas que objetivam traçar os fins públicos a serem alcançados pelo Estado, sem especificar os meios para alcançar os objetivos. Ex.: arts. 3.º, 193, 215, 217 e 226 da CR.

É cediço que norma programática é uma subespécie das normas de eficácia limitada, e nada há de estranho nesse fato, eis que esta classificação (quanto à finalidade), "em verdade, não se trata de criação de novas categorias, mas da ordenação das já existentes na teoria das normas jurídicas".[19]

4.2.5 Quanto à estrutura (finalidade do comando normativo)

As normas constitucionais podem ser compreendidas como gênero, de onde se extraem duas espécies: regras e princípios.

As ***regras*** são unifuncionais, isto é, são utilizadas para aplicar leis, extraídas de enunciado normativo de reduzido grau de abstração e generalidade, prescrevendo condutas intersubjetivas, descrevendo situação de fato.[20]

Os ***princípios*** são multifuncionais, ou seja, servem para produzir, interpretar e aplicar leis, extraídas de enunciados jurídicos de alto grau de abstração e generalidade, prescrevendo um valor fundamental, e não situação de fato.

Ao mesmo tempo em que os princípios possuem ***natureza normogenética***, por serem fundamentos das regras, constituindo a *ratio* das regras jurídicas,[21] são considerados ***mandatos de otimização,*** pois otimizam a aplicação das leis, determinando que sejam realizadas na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.[22]

Enquanto as regras são aplicadas imediatamente, em mero processo de subsunção, o alto grau de abstração dos princípios exige ação integradora do órgão que irá aplicá-lo.

O conflito entre regras é analisado sob o enfoque da validade das normas jurídicas e resolvido pelos famosos critérios hierárquico, cronológico e especialidade, e o conflito entre princípios é estudado sob o prisma da importância (valor ou peso), resolvido pelo critério da ponderação (harmonização).

As diferenças entre regras e princípios podem ser esquematizadas da seguinte forma:

Espécie	Regras	Princípios
Conteúdo	Contêm descrição de situação de fato	Descrevem valores fundamentais à ordem jurídica
Função	Unifuncionais (aplicação)	Multifuncionais (produção, interpretação e aplicação)
Fonte de direito	Não são fontes de direito	São fontes de direito
Eficácia	Determinada pelo enunciado	Indeterminada
Validade	Decorrem de outras regras	Decorrem de seu próprio conteúdo
Conflito	Critérios cronológico, hierárquico e especialidade	Ponderação ou harmonização
Aplicação	Comportam subsunção	Não comportam subsunção

4.2.5.1 Princípios constitucionais

Em razão da citada abrangência dos princípios constitucionais, estes podem ser divididos em três espécies.[23]

4.2.5.1.1 Princípios constitucionais fundamentais

São normas constitucionais estruturantes do Estado brasileiro, constituindo seus atributos basilares.

a) ***Princípio democrático*** – Está ligado à ideia de soberania popular, em que o poder político pertence ao povo, que o exerce por meio de representantes ou diretamente.

b) ***Princípio republicano*** – Diz respeito à forma de governo escolhida pelo Estado brasileiro, caracterizado pela temporariedade do mandato, eletividade e responsabilidade do chefe de estado e governo.

c) ***Princípio federativo*** – Refere-se à forma de Estado adotada pelo Brasil, caracterizada por uma ordem soberana e diversas ordens políticas autônomas.

4.2.5.1.2 Princípios constitucionais gerais

Quatro princípios constitucionais limitam o poder do Estado e são aplicados aos diversos ramos do direito:

a) ***Princípio da legalidade*** – Está ligado à ideia de que as pessoas, órgãos ou autoridades devem se submeter aos preceitos legais. Existem dois tipos de legalidade:

A *legalidade genérica* (art. 5.º, II), na qual a pessoa pode fazer tudo o que a lei não proíbe, como constituir amizade, matar insetos, desfazer namoros etc.; e a *legalidade administrativa* (art. 37, *caput*), que é exatamente o inverso, ou seja, o administrador só pode atuar se houver previsão legal, seja em atos administrativos vinculados ou discricionários, na medida em que a competência (sujeito) para a prática do ato sempre estará em lei.

É bom frisar que a *legalidade penal* (art. 5.º, XXXIX) e a *legalidade tributária* (art. 150, I), embora recebam o nome de "legalidade", são, na verdade, *princípio da reserva legal* (estrita legalidade), posto que não têm o fim de submeter *pessoas* às suas normas, e sim visam a **exigir lei** *para determinadas disposições materiais* (normas penais incriminadoras e normas que versem sobre instituição ou majoração de imposto).

b) ***Princípio da igualdade*** – Na realidade, a Constituição da redemocratização "espalhou" a igualdade por seu texto. Além da ***igualdade formal*** (arts. 3.º, III; 5.º, *caput*, e I; 7.º, XXX a XXXII; 14, *caput*; 196, *caput*; 225, *caput*; 226, § 5.º; 227, § 7.º dentre outros), que prevê a igualdade a todos, independentemente das condições físicas, financeiras, sociais e regionais, existe a ***igualdade material*** (***substancial***), criada por Aristóteles em 325 a.C.,[24] que consiste em conceder tratamento diferenciado a pessoas que se encontram em situações diferentes. Esse tratamento distinto pode acontecer por previsão constitucional ou legal, expressa, *e.g.*, nos arts. 37, VIII; 40, § 1.º, III, *a e b*, § 4.º; 43, *caput*; 143, § 2.º,

ou em razão da existência de um pressuposto lógico-racional que justifique a desigualdade, como algumas prioridades concedidas a deficientes físicos.

c) ***Princípio do devido processo legal* (due process of law)** – Este princípio também é analisado sob dois prismas: o ***devido processo legal formal*** ou ***processual*** (procedural due process) busca assegurar a regularidade do procedimento, e deste derivam a demanda, contraditório, ampla defesa e igualdade entre as partes; e o ***devido processo legal material*** ou ***substancial*** (*substantive due process*), que tem por função assegurar o exame de atos legislativos, administrativos e judiciais, tendo como corolário o princípio da proporcionalidade, representada pelo tripé necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.[25]

d) ***Princípio do acesso ao Poder Judiciário*** (inafastabilidade do controle judicial ou ubiquidade da Justiça) – Este princípio, da mesma forma que os anteriores, se subdivide em:

d.1) ***Princípio do acesso à justiça formal*** (art. 5.º, XXXV), que estabelece que nenhuma lesão pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário. É bom notar que este princípio resguarda a prestação judicial, e não a tutela jurisdicional, pois, como observa Humberto Theodoro Júnior, "todo litigante que ingressa em juízo, observando os pressupostos processuais e as condições da ação, tem direito à prestação jurisdicional (sentença de mérito ou prática de certo ato executivo); mas nem todo litigante faz jus à tutela jurisdicional".[26]

São exceções a este princípio os arts. 52, I, II, parágrafo único (em que o Legislativo julgará determinadas autoridades pela prática de crime de responsabilidade), e 142, § 2.º (que impede *habeas corpus* contra as punições disciplinares militares).

Posição dominante sustenta que o art. 217, § 1.º (em que ações referentes às competições e disciplinas desportivas devem ser propostas na justiça desportiva) também seria exceção à regra do acesso ao Judiciário.[27] Entretanto, não concordamos com tal posicionamento, na medida em que o § 2.º do mesmo art. 217 concede o prazo de 60 (sessenta) dias para a justiça desportiva proferir a decisão final. Por óbvio, escoado esse prazo, com ou sem decisão final, a ação poderá ser proposta no Judiciário.[28] Sendo assim, o art. 217, § 1.º, não impede ações no Judiciário, somente representa uma postergação de aplicação do princípio em tela e um pressuposto especial da ação.

A justiça arbitral não é exceção a esta regra porque decorre da vontade das partes, que optaram em dirimir eventual litígio pela via arbitral, isto é, esta via é legitimada pela vontade das partes.[29]

Da mesma forma, não é exceção ao citado princípio o art. 7.º, § 1.º, da Lei 11.417/2006, que afirma que ação de reclamação contra omissão ou ato da administração pública que descumprir súmula vinculante só é possível depois de esgotar a via administrativa. Isso porque é possível a impetração de outras ações judiciais.

d.2) ***Princípio do acesso à justiça material*** – Não é possível resguardar o acesso ao Poder Judiciário se a Constituição não prever meios para este acesso. Desta forma, este princípio busca materializar o acesso à justiça, prevendo meios e condições para que o cidadão possa, efetivamente, buscar a prestação jurisdicional.

A título de exemplo, verifica-se que as pessoas que não possuem condições de pagar advogado podem valer-se da **Defensoria Pública** (arts. 5.º, LXXIV, e 134). Com a **justiça itinerante** (arts. 115, § 1.º, e 125, § 7.º), o Poder Judiciário vai até o cidadão. Os **Juizados Especiais** estão espalhados por diversos locais do Brasil para garantir que demandas de pequeno valor possam ser propostas sem necessidade de recolher custas e, por vezes, sem advogado.[30]

4.2.5.1.3 Princípios constitucionais setoriais[31]

Diferentemente dos princípios gerais, estes informam um ramo específico do direito positivo.

Na realidade, todo ramo do direito é informado por princípios constitucionais. À guisa de exemplo, podemos citar alguns artigos:

a) *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo* – arts. 37, *caput*, II, §§ 1.º, 3.º e 4.º; 173, § 1.º, III, da CR.
b) *Princípios Constitucionais de Direito Tributário* – arts. 145, § 1.º; 150, I ao V; 151, I, da CR.
c) *Princípios Constitucionais de Direito Previdenciário* – arts. 194, parágrafo único, I e II; 195, *caput*, da CR.
d) *Princípios Constitucionais do Direito Processual* – arts. 5.º, XXXVII, LIII, LV, LVI, LX; 93, IX, da CR.

e) *Princípios Constitucionais do Direito Trabalhista* – arts. 5.º, XXXVI; 7.º, I, VI, XIII e XIV e XXXIV, da CR.

f) *Princípios Constitucionais do Direito Penal* – art. 5.º, XXXIX, XL, XLV, XLVI e LVII, da CR.

g) *Princípios Constitucionais do Direito Civil* – arts. 1.º, III; 5.º, XXIII, XXX, XXXII; 226, *caput*; 227, §§ 6.º e 7.º, da CR.

h) *Princípios Constitucionais do Direito Empresarial* – arts. 1.º, IV; 5.º, XVII ao XX; 170, IV, da CR.

4.2.5.2 Superabilidade, derrotabilidade[32] *ou* defeasibility

Apesar de as regras possuírem uma função extremamente importante no ordenamento jurídico, sendo essenciais para a estrutura jurídica de qualquer país, é possível que, em alguns casos, estas possam ser superadas ou derrotadas.

Antes de tudo, **não** se quer dizer que as regras são normas "de segunda categoria", como os festejos aos princípios podem fazer crer. Contudo, elas devem ser cumpridas não porque estão escritas em determinado diploma, e sim porque são moralmente boas,[33] asseguram segurança, paz e igualdade.[34]

Contudo, já analisamos que seguir regras cegamente pode ser extremamente prejudicial à sociedade. Por isso, é possível que em alguns casos excepcionais as regras possam ser superadas. Dizemos "excepcionais", pois, como preceitua Humberto Ávila, as regras possuem **eficácia de trincheira**, já que somente podem ser superadas "por razões extraordinárias e mediante ônus de fundamentação maior".[35]

Nesse passo, o mesmo autor elenca[36] condições formais e materiais a serem observadas, essenciais para possibilitar a superação de regras:

I) Requisitos procedimentais – a superação da regra deve conter:

I. a) Justificativa condizente – deve ser demonstrado o descompasso entre a hipótese da regra e sua finalidade e, mais, provar que o afastamento da regra não gerará insegurança jurídica.

II. b) Fundamentação condizente – esta decorre da hipótese anterior. O afastamento da regra deve ser fundamentado. Expor o motivo do afastamento, possibilitando a ampla defesa e o contraditório.

III. c) comprovação condizente – o afastamento da regra deve ser

provado, não sendo possível mera alegação de que esta não está adequada aos anseios normativos e sociais.

II) Requisito Material – Ávila explica que "há casos em que a decisão individualizada, ainda que incompatível com a hipótese da regra geral, não prejudica nem a promoção da finalidade subjacente à regra, nem a segurança jurídica que suporta as regras, em virtude da pouca probabilidade de reaparecimento frequente de situação similar, por dificuldade de ocorrência ou comprovação".[37]

4.3 EXERCÍCIO DE FIXAÇÃO

1. **(Magistratura/PR – 2012) Em relação à aplicabilidade e à eficácia das normas constitucionais, assinale a alternativa INCORRETA.**

   A) A norma do art. 5.º, III da Constituição Federal, segundo a qual "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante", é dotada de eficácia plena.

   B) De acordo com o STF, o art. 192, § 3.º da Constituição Federal, revogado pela Emenda Constitucional n.º 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano e estabelecia que "a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar", veiculava norma constitucional de eficácia contida.

   C) O art. 7.º, XI da Constituição Federal, que institui o direito do trabalhador à "participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei", veicula norma de eficácia limitada.

   D) O art. 5.º, XIII da Constituição Federal, que assegura a liberdade de "exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer", constitui norma de eficácia contida, passível de ser restringida pelo legislador, como no caso da restrição imposta pela exigência de aprovação do exame da OAB para o exercício da profissão de advogado.

2. (Magistratura/SC – 2010) Considerando o texto da Constituição da República e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assinale a alternativa correta:

I – Considerando a supremacia e a força normativa da Constituição, o seu preâmbulo adquire extrema relevância jurídica, criando direitos e obrigações.

II – O poder constituinte originário é inicial, autônomo, ilimitado juridicamente e soberano em suas decisões, sendo certo que poderá, inclusive, estabelecer a pena de morte. Por sua vez, o poder constituinte derivado deve obedecer às regras colocadas e impostas pelo poder constituinte originário, sendo limitado e condicionado aos parâmetros impostos a ele.

III – A desconstitucionalização é o fenômeno por meio do qual as normas da Constituição anterior, desde que compatíveis com a nova ordem constitucional, permanecem em vigor com status de lei infraconstitucional. No sistema jurídico pátrio, o fenômeno somente será percebido quando a nova Constituição expressamente o prever.

IV – As normas constitucionais de eficácia contida estão aptas a todos os seus efeitos desde a promulgação da Constituição da República, podendo a norma infraconstitucional reduzir sua abrangência. Porém, enquanto isso não ocorrer, a norma tem eficácia plena.

A) Somente as proposições I e III estão corretas.

B) Somente as proposições III e IV estão corretas.

C) Somente as proposições II, III e IV estão corretas.

D) Somente as proposições I e II e IV estão corretas.

E) Todas as proposições estão corretas.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

[1]MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 71.

[2]Idem, p. 72.

[3]MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional* cit., p. 18.

[4]DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 97-98.

[5]NOVELINO, Marcelo. Op. cit., p. 127.

[6]MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional* cit., 2008. p. 76.

[7]BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 48, passim.

[8]O RE 603.583 do STF (pendente de julgamento) está analisando a constitucionalidade da obrigatoriedade do exame da Ordem dos Advogados do Brasil.

[9]O STJ foi mais longe ao admitir, mesmo não havendo lei exigindo literalmente, que os conselhos regionais de medicina exijam residência médica para reconhecer especialização dos profissionais, o que é imprescindível para o exercício de algumas funções (REsp 1.038.260, rel. Min. Eliana Calmon, 10.02.2010).

[10]SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 122 e ss.

[11]Idem, p. 147 e ss.

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

[13]BULLOS, Uadi Lammêgo. *Direito constitucional ao alcance de todos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 147.

[14]MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional* cit., 2008. p. 81.

[15]Idem, ibidem.

[16]Nesse sentido, STA 175, 211 e 278; SS 3.724, 2.944, 2.361, 3.345 e

3.355; e SL 47, todos sob relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em que o Plenário do Supremo Tribunal Federal indeferiu nove recursos interpostos pelo Poder Público contra decisões judiciais que determinaram ao Sistema Único de Saúde (SUS) o fornecimento de remédios de alto custo ou tratamentos não oferecidos pelo sistema a pacientes de doenças graves que recorreram à Justiça.

[17]BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 89.

[18]Idem, p. 89-90.

[19]Idem, p. 89.

[20]MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional* cit., 2008. p. 88.

[21]ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 16.

[22]ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 82-87.

[23]Sobre o tema, cf. MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional* cit., 2008. p. 91-109.

[24]ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nassetti. 4.ed. São Paulo: Martin Claret. p. 108-9.

[25]MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional* cit., 2008. p. 95.

[26]THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela jurisdicional de urgência* – medidas cautelares e antecipatórias. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001. p. 2.

[27]Por todos, AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional* cit., p. 177.

[28]TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional* cit., p. 479.

[29]CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 87.

[30]No Juizado Especial Estadual Cível, por exemplo, o acesso não depende, em primeiro grau, de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas (art. 54 da Lei 9.099/1995), e somente é

necessário contratar advogado para as demandas acima de 20 salários mínimos (art. 9.º da Lei 9.099/1995).

[31]MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional* cit., p. 96.

[32]LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado* cit., 2011. p. 141.

[33]Lembre-se de que, com o neoconstitucionalismo, já estudado, o direito e a moral voltaram a se comunicar, não se falando mais em uma "teoria pura do direito" como queria Hans Kelsen.

[34]ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 112-114.

[35]Idem, p. 119.

[36]Idem, p. 117-118.

[37]Idem, p. 117.

5

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Sumário: 5.1 Conceito – 5.2 Princípios de interpretação constitucional: 5.2.1 Princípio da unidade; 5.2.2 Princípio do efeito integrador (eficácia integradora); 5.2.3 Princípio da harmonização (ou concordância prática); 5.2.4 Princípio da força normativa; 5.2.5 Princípio da máxima efetividade (eficiência ou interpretação efetiva); 5.2.6 Princípio da correção funcional (conformidade funcional ou justeza); 5.2.7 Princípio da razoabilidade (proporcionalidade); 5.2.8 Princípio da interpretação conforme a Constituição – 5.3 Teoria dos poderes implícitos (*implied powers*) – 5.4 Métodos de interpretação constitucional: 5.4.1 Método jurídico (hermenêutico clássico); 5.4.2 Método tópico-problemático; 5.4.3 Método hermenêutico-concretizador; 5.4.4 Método normativo-estruturante; 5.4.5 Método científico-espiritual; 5.4.6 Método de comparação constitucional (interpretação comparativa) – 5.5 Exercícios de fixação.

5.1 CONCEITO

Hermenêutica deriva do grego *hermeneuein*. Por meio deste instituto procura-se tornar acessível aquilo que não é compreensível. Deste adveio a ideia de *Hermes*, mensageiro divino que torna acessível aos mortais a linguagem dos Deuses.[1]

A hermenêutica é a ciência que concede ao jurista, pesquisador, administrador ou estudante parâmetros suficientes que permitem interpretar a norma, retirar do texto positivado tudo o que ele contém.

É bom notar que hermenêutica não é sinônimo de interpretação; na realidade, da ciência filosófica hermenêutica retiram-se instrumentos para interpretação.

Interpretação da Constituição, por sua vez, é entender o texto constitucional, utilizando-se, para tanto, os parâmetros hermenêuticos.

De acordo com estes parâmetros, dividiremos os estudos em princípios e métodos de interpretação constitucional.

5.2 PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

5.2.1 Princípio da unidade

A Constituição deve ser interpretada como um bloco único, não se analisando artigos isolados. A interpretação deve considerar todo diploma de forma harmônica, buscando evitar contradições entre suas normas.

5.2.2 Princípio do efeito integrador (eficácia integradora)

Consequência do princípio da unidade da Constituição, o efeito integrador, como o próprio nome faz crer, significa que, ao arquitetar soluções para problemas jurídico-constitucionais, o intérprete deve priorizar critérios que favoreçam a integração política e social.

5.2.3 Princípio da harmonização (ou concordância prática)

Ainda sob influência da unidade da Constituição, o princípio da harmonização busca coexistência harmoniosa entre os bens jurídicos tutelados pela Constituição, levando em consideração a inexistência de hierarquia normativa entre eles. Com isso, busca-se evitar a supressão total de um direito em prol de outro.

5.2.4 Princípio da força normativa

O aplicador do direito deve dar preferência às interpretações que, ao solucionar conflitos, garantam “atualização” normativa, eficácia, eficiência e permanência da norma constitucional.[2]

5.2.5 Princípio da máxima efetividade (eficiência ou interpretação efetiva)

Entendido por parte da doutrina[3] como subprincípio do anterior (força normativa), o princípio da máxima efetividade informa que a interpretação deve conceder às normas constitucionais a maior eficácia possível.

Apesar de sua origem estar atrelada às normas programáticas, este princípio é

aplicável a todo tipo de norma constitucional e se reveste de grande importância quando se trata de direitos fundamentais.

5.2.6 Princípio da correção funcional (conformidade funcional ou justeza)

Os aplicadores do direito não podem chegar a um resultado que perturbe ou embarace o esquema organizatório-funcional instituído na Constituição.

Desta forma, o intérprete não pode alterar as funções estabelecidas pela Constituição, como, *e.g.*, a separação dos poderes. Nesse sentido, sem previsão expressa do sistema de freios e contrapesos[4] não se pode utilizar o instituto, vez que este exige interpretação restrita.[5]

5.2.7 Princípio da razoabilidade (proporcionalidade)[6]

Este se preocupa com os meios necessários para atingir os fins previstos pela norma Constitucional.

Em razão da subjetividade deste princípio, faz-se necessário observar três subprincípios, que lhe conferem maior grau de objetividade:

a) ***Necessidade*** (exigibilidade) – A conduta deve ser necessária e somente tomada se não houver outro meio menos gravoso ou oneroso para a sociedade;
b) ***Adequação*** (pertinência ou idoneidade) – O meio adotado deve ser compatível com o fim;
c) ***Proporcionalidade em sentido estrito*** – As vantagens conquistadas com a prática do ato devem superar as desvantagens.

5.2.8 Princípio da interpretação conforme a Constituição

O ordenamento jurídico brasileiro está recheado de normas plurissignificativas ou polissêmicas, isto é, normas que possibilitam mais de uma interpretação. Em razão disso, este princípio busca vincular a interpretação dada ao texto legal ou constitucional ao sentido que mais se aproxime da filosofia constitucional.

Partindo deste princípio, diversas “regras” surgem:[7]

a) ***Prevalência da Constituição*** – Sempre a interpretação deve obedecer à

intenção da Constituição;

b) ***Conservação de normas*** – Sempre que for possível conceder interpretação de acordo com a Constituição, esta deve ser aplicada para evitar a declaração de invalidade da norma;

c) ***Exclusão de interpretação* contra legem** – O intérprete não pode violar o texto literal da norma para buscar interpretação de acordo com a Constituição;

d) ***Espaço de interpretação*** – a interpretação conforme a Constituição só será aplicada após diversas decisões, para nascer o interesse na aplicação deste princípio, que só será observado em caso de controvérsia;

e) ***Impossibilidade de atuação como legislador positivo*** – Se, do processo de hermenêutica, for extraída norma nova, totalmente distinta daquela que o legislador objetivou, não será possível a aplicação deste princípio, sob pena de ofensa à separação dos poderes.

Princípios de interpretação constitucional
Princípio da unidade
Princípio do efeito integrador (eficácia integradora)
Princípio da harmonização (concordância prática)
Princípio da força normativa
Princípio da máxima efetividade (eficiência ou interpretação efetiva)
Princípio da correção funcional (conformidade funcional ou justeza)
Princípio da razoabilidade (proporcionalidade)

5.3 TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS (*IMPLIED POWERS*)

Instituto concebido pela Suprema Corte norte-americana em 1819 e acolhido pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, no qual a outorga expressa de determinada competência a um órgão estatal importa, implicitamente, em deferimento a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos.[8]

Em outros termos, a atribuição da competência constitucional expressa implica, necessariamente, atribuição implícita de todos os poderes necessários (observada a proporcionalidade) para atingir o objetivo insculpido na norma constitucional.

Diversos são os julgados do STF nesse sentido;[9] contudo, reputamos dois como os mais importantes nesse sentido:

a) O **Tribunal de Contas da União pode conceder medidas cautelares** no desempenho de suas atribuições estabelecidas expressamente no art. 71 da CR (MS 26.547 MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, 29.05.2007).

b) O ***Ministério Público pode***, por autoridade própria, ***realizar investigação de natureza penal***, desde que respeitados os direitos e garantias fundamentais, as prerrogativas profissionais, sem prejuízo do controle judicial dos atos praticados pelo *parquet* (HC 89.837/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, 20.11.2009).

5.4 MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

5.4.1 Método jurídico (hermenêutico clássico)

A Constituição deve ser interpretada como uma lei, utilizando para isso os métodos tradicionais de interpretação.

De acordo com esse entendimento, os elementos de interpretação são:

a) *elemento literal* (gramatical, filológico, textual ou semântico) – a análise é puramente literal, textual;

b) *elemento sistemático* – busca o estudo da Constituição como um todo;

c) *elemento lógico* – analisa a Constituição de forma a harmonizar suas normas;

d) *elemento genético* – investiga as origens dos conceitos utilizados no texto constitucional;

e) *elemento histórico* – analisa o momento em que ocorreu o procedimento constituinte, o contexto que levou os constituintes a positivarem o texto daquela forma;

f) *elemento teleológico* (*sociológico*) – estuda a finalidade da norma;

g) *elemento judicial* – é a realizada por órgão integrante do Poder Judiciário;

h) *elemento administrativo* – é exercida por servidor com atribuições para tanto, pertencente aos quadros do Poder Executivo;

i) *elemento doutrinário* – parte da interpretação doutrinária realizada sobre o instituto ou texto constitucional;

j) *elemento evolutivo* – inerente à mutação constitucional.

5.4.2 Método tópico-problemático

Ao mesmo tempo em que a Constituição deve possuir caráter prático, constata-se que o diploma maior não abrange todas as situações constantes na realidade social.

Diante desse dilema, este método busca conceder à Constituição um caráter aberto de interpretação, buscando adaptar o texto constitucional ao problema concreto.

Assim, parte-se do problema concreto para adaptar a norma constitucional que melhor se ajuste.

5.4.3 Método hermenêutico-concretizador

Este método é o contrário do método anterior. Enquanto o tópico-problemático parte do problema para encontrar a norma que melhor se adapte, o método hermenêutico-concretizador parte da norma Constitucional para o

problema.

Este método é mais aceito que o anterior pelos pesquisadores jurídicos que defendem o caráter subjetivo da interpretação.

Na prática, este método é aplicado por meio de diversas leituras sobre o mesmo texto. A cada leitura há um amadurecimento do entendimento, o que permite que se extraiam novos significados ao escrito. A cada nova releitura o texto deve ser analisado diante da realidade social, para que, assim, se alcance a melhor solução para o problema.

Este "movimento de ir e vir" mediante frequentes leituras do mesmo texto é o que se chama de ***círculo hermenêutico*** ou ***espiral hermenêutica***.

Este método traz à tona diversos pressupostos interpretativos, dos quais podemos destacar:

a) ***Pressupostos subjetivos*** – O intérprete se utiliza de sua pré-compreensão (registro de aprendizagem) para obter o sentido da norma;
b) ***Pressupostos objetivos*** – O intérprete atua como mediador do texto constitucional e do fato concreto;
c) ***Círculo hermenêutico*** – É o movimento de releitura do mesmo texto até que o intérprete chegue a uma compreensão da norma e possa aplicá-la ao fato concreto.

5.4.4 Método normativo-estruturante

Este método parte da ideia de não haver identidade entre a norma jurídica e o texto normativo.

Explica-se: a norma fria, literal (criada pelo legislador constituinte), de nada adianta se não for estudada com vias de aplicá-la à realidade social, e isso só será possível pela atividade judicial (Poder Judiciário de regra) e administrativa (Poder Executivo de regra).

5.4.5 Método científico-espiritual

As normas constitucionais devem ser interpretadas de acordo com a realidade social. Desta feita, se a sociedade é mutante e dinâmica, as normas constitucionais também devem ser, renovando-se a interpretação sempre, para

adequar-se aos anseios sociais.

Assim, o hermeneuta deve realizar a “captação espiritual” da realidade social.

5.4.6 Método de comparação constitucional (interpretação comparativa)

Busca realizar estudo comparado da Constituição brasileira atual com diversas outras Constituições, o que permite analisar a evolução das normas e dos institutos jurídicos, possibilitando, assim, elucidar o significado de determinado enunciado linguístico utilizado na elaboração das normas constitucionais.

Métodos de interpretação constitucional
Método jurídico (hermenêutico clássico)
Método tópico-problemático
Método hermenêutico-concretizador
Método normativo-estruturante
Método científico-espiritual
Método de comparação constitucional (interpretação comparativa)

5.5 EXERCÍCIOS DE FIXAÇÃO

1. (26.º Procurador da República – MPF 2012) Dentre os enunciados abaixo:

I. Não é possível o uso do mecanismo da interpretação conforme a Constituição em relação a dispositivo legal que reproduz norma estabelecida pelo legislador constituinte originário.

II. A interpretação constitucional caracteriza-se como um ato descritivo de um significado previamente dado.

III. Muito embora seja possível o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, este, no que diz respeito ao aspecto material, fica restrito à compatibilidade ou não da reforma constitucional às chamadas "cláusulas pétreas".

IV. O poder de revisão constitucional deve respeitar o núcleo essencial dos principais valores constitucionais, não convindo ao intérprete afastar-se de uma visão prospectiva, que permita às gerações vindouras decidir sobre o seu destino coletivo. São corretas as assertivas:

A) I e III.

B) I, II e III.

C) II e III.

D) III e IV.

2. (Advogado Fundação Casa – VUNESP/2010) De acordo com a consagrada teoria da interpretação das normas constitucionais, qual é o princípio que estabelece que a interpretação constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradição entre suas normas?

A) Da máxima efetividade.

B) Da unidade da Constituição.

C) Do efeito integrador.

D) Da justeza ou da conformidade funcional.

E) Da concordância prática ou da harmonização.

3. (MP/SC – 2013) Analise o enunciado da questão abaixo e assinale certo ou errado:

Assinalando preceitos de eficácia plena, a Carta Federal estabelece que às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, a execução de serviços administrativos de trânsito, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. .

4. **(Procurador do MPT – 2013) À luz da doutrina e da jurisprudência do STF, analise as assertivas seguintes:**

I – A reforma da Constituição decorre do poder constituinte derivado ou instituído, que não dispõe da plenitude criadora do poder constituinte originário e se superpõe ao legislativo ordinário. Tendo por objeto de sua atuação a norma constitucional, o poder de reforma, na ampla acepção do termo, apresenta-se como o constituinte de segundo grau, subordinado ao poder constituinte originário, que é o responsável pela sua introdução no texto da Constituição e autor das regras que condicionam o seu aparecimento e disciplinam a sua atividade normativa.

II – A perda da representação parlamentar superveniente à propositura da ação direta de inconstitucionalidade retira do partido político a qualidade de legitimado ativo.

III – A interpretação conforme a Constituição pode ser apreciada como um princípio de interpretação e como uma técnica de controle de constitucionalidade. Como princípio de interpretação, o aplicador da norma infraconstitucional, entre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que se compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra do seu texto. Como técnica de controle, consiste na expressa exclusão de uma determinada interpretação da norma.

IV – O princípio da igualdade tributária relaciona-se com a justiça distributiva em matéria fiscal, dizendo respeito à repartição do ônus fiscal do modo mais justo possível. Assinale a alternativa CORRETA:

A) apenas as assertivas I, III e IV estão corretas;

B) apenas as assertivas I e III estão corretas;

C) apenas as assertivas II e IV estão corretas;

D) todas as assertivas estão corretas.

5. **(Defensoria Pública/PI – CESPE/2009) Relativamente à mutação constitucional e aos princípios de interpretação constitucional,**

assinale a opção correta:

A) A mutação constitucional não se pode dar por via de interpretação, mas apenas por via legislativa, quando, por ato normativo primário, procura-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional.

B) Em constituições rígidas como a CF, a mutação constitucional se manifesta por meio da reforma constitucional, procedimento previsto no próprio texto constitucional disciplinando o modo pelo qual se deve dar sua alteração.

C) De acordo com o princípio da unidade da CF, as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados em um sistema unitário de regras e princípios que não comporta hierarquia, impondo ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições eventualmente existentes entre elas.

D) O princípio da máxima efetividade significa que, entre interpretações possíveis das normas infraconstitucionais, os aplicadores da CF devem prestigiar aquela que consagre sua constitucionalidade e que tenha mais afinidade com os valores e fins constitucionais.

E) O princípio da supremacia constitucional, mediante o qual nenhuma lei ou ato normativo poderá subsistir validamente se for incompatível com a CF, tem uma dimensão material, mas não formal. Nesse sentido, o descumprimento de preceitos constitucionais de natureza formal não permite a fiscalização judicial da validade do ato, resolvendo-se pelos métodos de controle parlamentar ou administrativo.

6. (Defensoria Pública/PI – CESPE/2009) Acerca dos princípios jurídicos e das regras de direito, bem como das técnicas de interpretação constitucional, assinale a opção correta:

A) Pelo seu caráter abstrato e em razão do seu grau de indeterminação, os princípios jurídicos não são considerados, sob o prisma constitucional, normas jurídicas.

B) Pela sua natureza finalística, as regras de direito são mandatos

de otimização ou preceitos de intensidade modulável, a serem aplicados na medida do possível e com diferentes graus de efetivação.

C) Os princípios constitucionais identificam as normas que expressam decisões políticas fundamentais, valores a serem observados em razão de sua dimensão ética ou fins públicos a serem realizados, podendo referir-se tanto a direitos individuais como a interesses coletivos.

D) Todas as normas constitucionais desempenham uma função útil no ordenamento jurídico, mas, diante de contradição entre elas, as normas que compõem a Constituição material têm primazia e possuem *status* hierárquico superior em relação às que veiculam conteúdo formalmente constitucional.

E) Em face de normas infraconstitucionais de múltiplos significados, e visando preservar a supremacia da Constituição, o intérprete constitucional deve, como regra, promover o descarte da lei ou do ato normativo cuja constitucionalidade não seja patente e inequívoca.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

[1]STRECK, Lênio. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 430.

[2]CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 229.

[3]MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional* cit., p. 111.

[4]De forma resumida, o sistema de freios e contrapesos (*check and balances*) é o conjunto de normas que regulamenta a interferência de um Poder em outro.

[5]"Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Impugnação da expressão 'Presidente do Tribunal de Justiça', contida nos §§ 1.º e 2.º do art. 57 da Constituição do Estado do Espírito Santo. Os dispositivos impugnados contemplam a possibilidade de a Assembleia Legislativa capixaba convocar o Presidente do Tribunal de Justiça para prestar, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência injustificada desse Chefe de Poder. Ao fazê-lo, porém, o art. 57 da Constituição capixaba não seguiu o paradigma da Constituição Federal, *extrapolando as fronteiras do esquema de freios e contrapesos – cuja aplicabilidade é sempre estrita ou materialmente inelástica* – e maculando o Princípio da Separação de Poderes. Ação julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão: 'Presidente do Tribunal de Justiça', inserta no § 2.º e no *caput* do art. 57 da Constituição do Estado do Espírito Santo" (ADI 2.911/ES, rel. Min. Carlos Britto, *DJU* 02.02.2007) (grifo do autor).

[6]Em que pese posição que traça distinção entre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade (cf. STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 185-192), filiamo-nos ao entendimento da maior parte da doutrina que trata os dois princípios como sinônimos, somente havendo diferença de berço: princípio da

proporcionalidade (ou proibição de excesso) nascido na Alemanha (inspirado na limitação ao poder de polícia do Direito Administrativo francês) e princípio da razoabilidade criado nos Estados Unidos da América.

[7]LENZA, Pedro. *Curso de direito constitucional esquematizado* cit., 2010, p. 137.

[8]"(*Omissis*) Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina – construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no célebre caso McCULLOCH v. MARYLAND (1819) – enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos (*omissis*)" (MS 26.547 MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJU* 29.05.2007).

[9]Cf. ADI 2.480, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* 15.06.2007 (Os Tribunais de Justiça estaduais são competentes para processar e julgar reclamação para preservação de sua competência e autoridade de suas decisões); RE 535.478, rel. Min. Ellen Gracie, *DJU* 21.11.2008 (a denúncia oferecida pelo MP pode ser baseada em peças de informação conquistadas pelo próprio *parquet*, dispensando, assim, inquérito policial).

6

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Sumário: 6.1 Conceito – 6.2 Origem – 6.3 Pressupostos – 6.4 Bloco de constitucionalidade – 6.5 Tipos de inconstitucionalidade: 6.5.1 Inconstitucionalidade formal, nomodinâmica ou extrínseca; 6.5.2 Inconstitucionalidade material, nomoestática, de conteúdo, doutrinária, substancial ou intrínseca; 6.5.3 Inconstitucionalidade por vício de decoro parlamentar ou finalística; 6.5.4 Inconstitucionalidade por ação; 6.5.5 Inconstitucionalidade por omissão; 6.5.6 Inconstitucionalidade total; 6.5.7 Inconstitucionalidade parcial; 6.5.8 Inconstitucionalidade consequente, consequencial, por arrastamento, secundária, por reverberação normativa ou por atração; 6.5.9 Inconstitucionalidade refl exa, por via oblíqua ou por ato interposto; 6.5.10 Inconstitucionalidade originária; 6.5.11 Inconstitucionalidade superveniente; 6.5.12 Inconstitucionalidade implícita; 6.5.13 Inconstitucionalidade progressiva ou lei “ainda” constitucional ou declaração de constitucionalidade de norma em trânsito para inconstitucionalidade; 6.5.14 Inconstitucionalidade causal; 6.5.15 Inconstitucionalidade circunstancial; 6.5.16 Inconstitucionalidade chapada, desvairada ou enlouquecida – 6.6 Decisões proferidas em controle de constitucionalidade: 6.6.1 Natureza; 6.6.2 Técnicas de decisão em sede de controle de constitucionalidade; 6.6.3 Atenuações do caráter retroativo do pronunciamento de inconstitucionalidade – 6.7 Classificação do controle de constitucionalidade: 6.7.1 Forma; 6.7.2 Espécies; 6.7.3 Modalidades – 6.8. Ações de controle concreto: 6.8.1 Arguição de inconstitucionalidade; 6.8.2 Ação Direta Interventiva (ADI) – 6.9 Ações de controle abstrato: 6.9.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); 6.9.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC); 6.9.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO); 6.9.4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF); 6.9.5 Quadro comparativo entre as ações de controle de constitucionalidade abstrato federal; 6.9.6 Representação de Inconstitucionalidade (RI); 6.9.7 Representação de Inconstitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade concomitantes; 6.9.8 Recorribilidade; 6.9.9 Outras ações de controle no âmbito estadual – 6.10 Fluxogramas – 6.11 Exercícios de fixação.

Seção I

Dos Aspectos Gerais do Controle de Constitucionalidade

6.1 CONCEITO

A famosa superioridade hierárquica da norma constitucional em relação às demais normas do ordenamento jurídico é o pilar de sustentação do controle de constitucionalidade.

Em razão dessa hierarquia, todas as normas jurídicas[1] devem encontrar seu fundamento de validade (direto ou indireto) na Constituição da República, que se encontra no topo do sistema normativo pátrio.

É óbvio que, em razão da necessidade de encontrar o alicerce de validade da norma na Constituição da República, as normas do ordenamento jurídico brasileiro são lidas e relidas de acordo com os preceitos constitucionais, tendo que ser submetidas ao que chamamos de controle de constitucionalidade.

Assim, o controle de constitucionalidade pode ser conceituado como a análise de conformação da norma infraconstitucional (objeto) à norma constitucional (parâmetro), em razão da relação ***imediata*** de conformidade vertical entre aquela e esta, com o fim de impor sanção de ***invalidade*** à norma que seja incompatível com o ***bloco de constitucionalidade***.[2]

Podemos entender que o controle de constitucionalidade é utilizado para pesquisar se as normas (leis ou atos normativos) estão respeitando as disposições constitucionais. Sempre haverá norma objeto (que está sendo questionada) e norma parâmetro (que está servindo de modelo para o controle).

Diferentemente do que acontece na Áustria, onde a inconstitucionalidade produz efeitos de anulabilidade,[3] no Brasil e na maioria dos países do mundo a inconstitucionalidade produz efeitos de ***nulidade*** da norma.

6.2 ORIGEM

Historicamente, o controle de constitucionalidade existe desde o séc. IV a.C., em Atenas, Grécia antiga, por meio do instituto chamado ***graphé paranomom,*** que era uma espécie de arguição de inconstitucionalidade, em que todos os cidadãos eram responsáveis pela defesa da lei e da Constituição.

Modernamente, o primeiro caso emblemático de controle de

constitucionalidade de que se tem registro ocorreu em 1610, com o ***Dr. Bonham's case***, em que Sir Edward Coke, em seu voto, que restou vencido, ergueu-se contra a validade da lei aprovada pelo legislador que concedia superpoderes ao *London College of Physicians*.

De acordo com a lei, o Conselho Londrino de Médicos concedia licença para exercício da medicina, punia quem a exercesse irregularmente e ainda tinha o direito de reter metade dos valores das multas aplicadas pelo exercício irregular da medicina. Thomas Bonham foi flagrado praticando exercício irregular da medicina e recorreu à *Court of Common Pleas*, da qual Sir Edward fazia parte. Em seu voto, Sir Coke decidiu que: "... quando um ato do Parlamento é contrário ao que é comumente tido como certo e razoável, ou é repugnante ou é impossível de ser executado, a *common law* limitará tal ato, atribuindo a ele a qualificação de nulo".[4]

Contudo, doutrinadores de vanguarda reputam a origem do controle de constitucionalidade ao histórico e famoso caso ***Marbury*** *vs*. ***Madison,*** o qual foi submetido à apreciação da Suprema Corte norte-americana em 1803.

Naquela oportunidade, o presidente da Suprema Corte, John Marshall, declarou, no caso concreto, a inconstitucionalidade da Seção 13 da Lei do Judiciário estadunidense, entendendo ser inconstitucional a competência da Corte soberana para aquele julgamento.[5]

Essa confusão sobre a origem do controle é gerada em virtude do fortalecimento do controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, seja em razão da judicialização, seja em razão do crescimento assombroso das disposições normativas ofensivas à Lei Maior e tudo que a cerca.

Ademais, considerando os "novos" pressupostos de controle, quais sejam, supremacia e rigidez constitucional, e tendo em vista que o mundo só presenciou as primeiras Constituições formais em 1776 (Constituição da Virgínia – EUA) e em 1791 (Constituição francesa), é natural que a grande maioria dos doutrinadores atribua a origem do controle ao caso norte-americano.

No Brasil, o controle de constitucionalidade demorou um pouco mais para aparecer.

A Constituição imperial de 1824 conferiu ao legislativo a missão de zelar pela guarda da Constituição, sendo esta a única forma de controle de constitucionalidade, sem qualquer possibilidade de o poder judiciário exercer o

controle de constitucionalidade das normas.[6]

Em 15 de novembro de 1889, o Marechal Deodoro da Fonseca editou o Decreto 1, que instituiu a proclamação da República, o federalismo e o governo provisório exercido por ele. A criação de uma Assembleia Constituinte foi retardada por questões políticas, o que só ocorreu em junho de 1890. Mesmo com constituinte reunida, o Ministro Manuel Ferraz de Campos Salles elaborou o Decreto 848, de 11.10.1890, conhecido por alguns como "Constituição provisória de 1890". Este diploma criou, além da Justiça Federal, o **controle de constitucionalidade difuso**, primeira hipótese de controle exercido pelos órgãos do Poder Judiciário.

Quatro meses após a edição do Decreto, foi promulgada a Constituição de 1891, a primeira republicana, federativa, presidencialista e liberal, mantendo a previsão do controle de constitucionalidade difuso, concedendo poderes de controle ao recém-criado Supremo Tribunal Federal.[7]

Por consequência da revolução constitucionalista de 1932, foi promulgada, em 16 de julho de 1934, pela Assembleia Nacional Constituinte, a Constituição de 1934. Esta Constituição, apesar de sua curta vida, foi importantíssima para a ampliação e o amadurecimento do sistema de controle de constitucionalidade pátrio. O art. 76, III, *c*, manteve a regra da Constituição pretérita.[8] Entretanto, a declaração de inconstitucionalidade só poderia ser conquistada pelo *quorum* de maioria absoluta, criando neste ato a **cláusula de reserva de plenário**.[9]

Além de inovar com a cláusula de reserva de plenário, esta Constituição trouxe a **representação interventiva** nos arts. 7.º, I, *a/h*; 12, § 2.º; e 41, § 3.º, da referida Carta.

Na mesma Constituição, nascia o **controle híbrido de constitucionalidade** brasileiro, porque, além do controle judicial, a carta política assegurava ao Senado Federal o controle político de constitucionalidade ao possibilitar a esse órgão suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, em previsão similar à que consta no art. 52, X, da atual Constituição.[10]

A Constituição de 1934 sobreviveu por apenas 3 (três) anos, sendo prontamente revogada pela Constituição de 10.11.1937, redigida por Francisco Campos e outorgada por Getulio Vargas. Esta Constituição, implantada com o Estado Novo, possuía claro conteúdo ditatorial, apesar dos discursos de que seria uma Constituição democrática. Em razão dos fatos históricos da época, esta Carta regrediu em diversas matérias, dentre as quais o controle de

constitucionalidade, que, apesar de ter mantido o controle difuso, trouxe em seu corpo dispositivo teratológico. O art. 96, parágrafo único, da Constituição de 1937 previa que o legislativo poderia derrubar julgados do Judiciário pelo voto de dois terços do Congresso Nacional.[11]

Com a queda de Getulio Vargas e o fim do Estado Novo no final de 1945, foi promulgada, no ano seguinte, 1946, uma nova Constituição, fazendo com que o Brasil retomasse as discussões jurídicas e livres sobre o tema. Mas um dos momentos mais importantes na história do controle de constitucionalidade brasileiro foi, em meio a atos institucionais do governo militar do Marechal Castelo Branco, a promulgação da Emenda Constitucional 16/1965 à Constituição de 1946. Além da representação interventiva que já existia, foi criado pela referida emenda o controle abstrato de normas estaduais e federais por meio da **ação direta de inconstitucionalidade**, concedendo ainda ao legislador a possibilidade de criar ação declaratória de inconstitucionalidade de lei ou ato municipal em conflito com a Constituição do Estado, cuja competência seria do Tribunal de Justiça local.

Após o conhecido golpe militar de 1964, foi publicado o Ato Institucional 4, que concedeu ao Congresso a função constituinte, gerando a Constituição de 1967. Sem muitas novidades, esta Constituição manteve parte das regras anteriores, esquecendo-se de dispor sobre a possibilidade de controlar a constitucionalidade de lei municipal ofensiva à Constituição estadual. Essa omissão foi sanada pela Emenda Constitucional 1/1969, que restabeleceu a regra. No mais, houve pequena alteração no objeto da representação interventiva, albergando não só ofensa aos princípios constitucionais sensíveis como também prover execução de lei federal, além de a competência para suspender o ato estadual ter sido transferida para o Presidente da República.

Sob o manto da redemocratização, foi promulgada a atual Constituição do Brasil, em 05 de outubro de 1988. Para não cansar o nobre leitor, a evolução do controle neste diploma será analisada a partir de agora.

6.3 PRESSUPOSTOS

O exercício do controle de constitucionalidade exige o cumprimento de alguns pressupostos; uns são inafastáveis, outros admitem exceções, que serão analisadas de imediato.

O primeiro pressuposto seria a **existência de uma Constituição rígida**, isto

é, uma Carta que possua processo legislativo mais solene e dificultoso para sua alteração.[12]

Esta regra não pode ser reputada como absoluta, na medida em que as Constituições flexíveis também admitem controle de constitucionalidade, seja sob o aspecto formal – caso haja em seu texto formas de exercício do trâmite legislativo –, seja controle material e formal sobre atos administrativos, ou ainda inconstitucionalidade por omissão.[13]

O segundo pressuposto é a **supremacia constitucional**, que, para muitos, advém da própria rigidez.[14] Em que pese esta posição respeitável, dissentimos da ideia de que a supremacia é gerada pela rigidez.

A supremacia da Carta Política é essencial para o controle de constitucionalidade, mas acreditamos que a supremacia não ocorre em razão da forma de sua modificação (rigidez constitucional), e sim em razão do fundamento de validade. Explica-se: a Constituição da República é o último degrau da hierarquia normativa, todas as normas do ordenamento jurídico pátrio possuem seu fundamento de validade, imediato ou mediato, na Lei Mãe. Se o ápice da hierarquia normativa é a Carta política e a norma superior é o fundamento de validade da norma imediatamente inferior,[15] a Constituição é suprema em relação às demais normas.

O terceiro e último pressuposto é a **existência de um órgão de controle**, um intérprete que assegure o respeito aos preceitos constitucionais.

No Brasil, quem faz as vezes de "filtro" é o STF, quando o assunto é a Constituição da República, e o Tribunal de Justiça estadual, quando o parâmetro for a Constituição estadual. Entretanto, não se pode olvidar que existe o controle difuso, possibilitando que todos os órgãos exerçam o controle de constitucionalidade.

Este pressuposto faz alguns autores[16] afirmarem que somente o órgão Supremo pode **julgar** e declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do poder público; os outros magistrados somente **conhecem** e afastam a aplicação da norma interpretada como inconstitucional.

6.4 BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

No Brasil, o bloco de constitucionalidade pode ser entendido como o conjunto de regras, princípios, valores constitucionais, dispositivos dos Atos das

Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), Emendas Constitucionais e tratados internacionais com hierarquia constitucional (art. 5.º, § 3.º, CRFB), que servem como **parâmetro** para controle de constitucionalidade.

O bloco de constitucionalidade possui origem francesa, tendo como *leading case* a decisão do seu Conselho Constitucional, que, em 16 de julho de 1971, reconheceu o valor jurídico do preâmbulo constitucional da atual Constituição francesa de 1958, assim como das normas a que este faz referência, que são a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e o preâmbulo da Constituição de 1946,[17] entendidos como incorporados ao texto da Constituição de 1958.[18]

É bom ressaltar que o preâmbulo daquela Constituição faz ainda referência aos princípios fundamentais da lei da República, deixando claro que o parâmetro para o controle de constitucionalidade daquele país não se limita às normas que integram ou extraem de seu texto constitucional, mas inclui outros textos normativos dotados de matéria constitucional, independentemente de sua hierarquia normativa.

No Brasil, o conceito de **bloco de constitucionalidade é intermediário** por ser mais restrito, sendo essencial a hierarquia normativa para servir de parâmetro para controle de constitucionalidade.

À guisa de exemplo, o Supremo Tribunal Federal aplicou a **teoria do Município putativo**[19] para manter a existência de ente federado que, quando criado, não cumpriu corretamente os requisitos previstos no art. 18, § 4.º, da CRFB. Os fundamentos da decisão foram princípios constitucionais que não estavam previstos expressamente no texto magno como princípio da "reserva do impossível", princípio da continuidade do Estado, princípio da confiança, princípio da força normativa dos fatos e princípio da situação excepcional consolidada.[20]

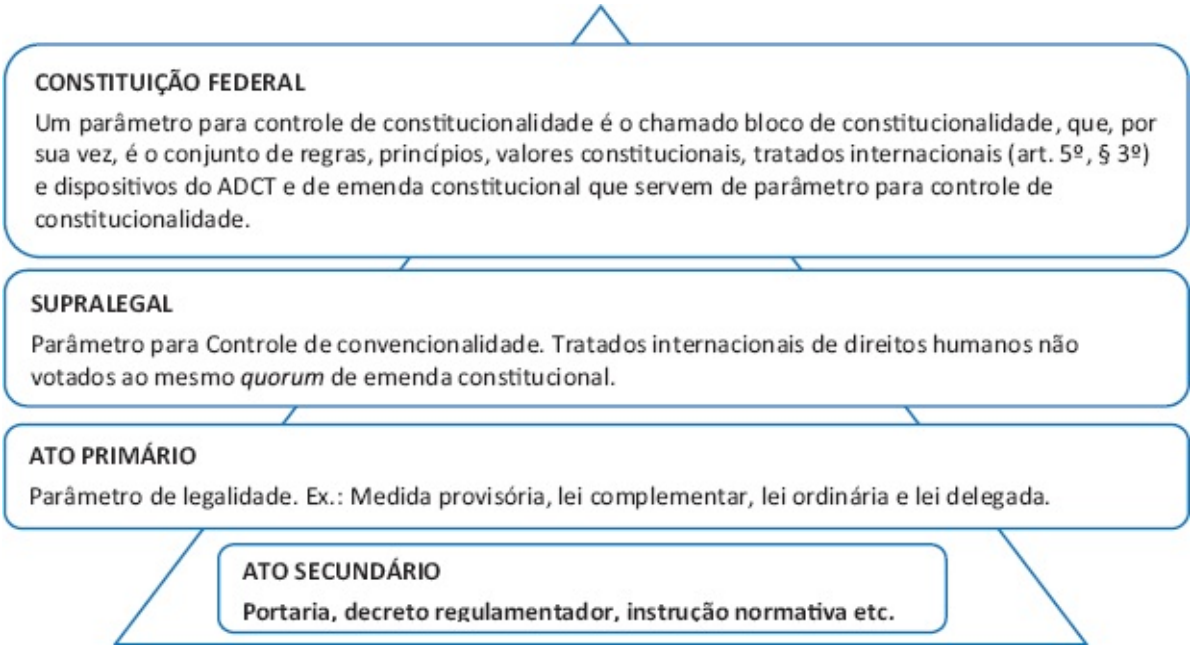
Em outro julgado, o Pretório Excelso[21] declarou constitucional a Lei 8.899/1994, que concede passe livre aos deficientes físicos nos transportes interestaduais por estar de acordo com os **valores** emanados pelo preâmbulo constitucional.

Essa decisão pode causar estranheza, na medida em que, no Brasil, preâmbulo constitucional não é considerado norma constitucional e, desta forma, não tem força normativa para, por si, servir como norma parâmetro de controle de constitucionalidade. Logicamente, com extrema técnica, o STF aplicou o bloco aqui referido, uma vez que a ofensa foi sobre o "valor" que o preâmbulo emana,

e não sobre o preâmbulo propriamente dito.

Em razão da Constituição brasileira dirigente e da ascensão do neoconstitucionalismo, os princípios constitucionais são cada vez mais utilizados como fundamento para declarar a inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais, sendo importante instrumento para o bloco estudado.

Fazendo uso do bloco de constitucionalidade, o parâmetro de controle cresce demasiadamente na medida em que, além de tudo que foi afirmado, existem dispositivos de emendas constitucionais que não são incorporados no texto da Constituição por possuírem natureza transitória. Estes permanecem no corpo da Emenda Constitucional, *v.g.*, art. 2.º da EC 32/2001; arts. 2.º e 4.º da EC 41/2003; e arts. 2.º e 8.º da EC 45/2004. Esses artigos também podem ser utilizados como parâmetro de controle de constitucionalidade. A explicação é simples: a natureza jurídica da emenda constitucional é de norma constitucional.



6.5 TIPOS DE INCONSTITUCIONALIDADE

6.5.1 Inconstitucionalidade formal, nomodinâmica ou extrínseca[22]

De forma simplificada, pode ser aplicada a inconstitucionalidade formal quando houver vício no processo legislativo.

Apesar do termo "processo legislativo", este deve aqui ser compreendido como o "procedimento" que tem *start* na iniciativa, passa pela deliberação, oferecimento de emendas ao projeto, sanção ou veto (quando houver), derrubada de veto (art. 66, § 4.º, CRFB), promulgação e publicação. É bom alertar que há doutrinador que sustenta a posição, à qual não nos filiamos, de que a iniciativa não faz parte do processo legislativo.[23]

Não se pode olvidar que há doutrinadores que utilizam a expressão "inconstitucionalidade formal" como gênero de onde se extraem as seguintes espécies:

a) ***Inconstitucionalidade formal subjetiva*** – incide quando há vício na iniciativa para a elaboração da proposta de emenda constitucional ou processo legislativo *lato sensu*.

O antigo verbete 5 do STF, editado em 13.12.1963, previa que "a sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo". Como já referendado pelo mesmo Tribunal, esta súmula foi cancelada,[24] motivada pelo entendimento de que esta forma de inconstitucionalidade não admite convalidação. A solução é a edição de outra norma de idêntico conteúdo, cumprindo, desta vez, as exigências constitucionais.

b) ***Inconstitucionalidade formal objetiva, ritual ou processual***[25] – ocorre quando existe vício no procedimento, isto é, na tramitação da proposta de emenda constitucional ou processo legislativo *lato sensu*.

c) ***Inconstitucionalidade formal orgânica*** – quando a falha está na competência legislativa para elaboração do ato; *v.g.*, lei federal (elaborada pelo Congresso Nacional) não pode dispor sobre tempo de permanência em fila de banco, uma vez que se trata de competência municipal (elaborada pela Câmara Municipal).[26]

Importante não confundir a inconstitucionalidade orgânica com a inconstitucionalidade subjetiva. Esta decorre de vício na iniciativa, ex., art. 61, § 1.º, II, da CRFB, enquanto aquela trata de conflito federativo, ex., arts. 22, 23 e 24 da CRFB.

d) ***Inconstitucionalidade formal por violação de pressuposto objetivo do ato normativo***[27] – quando o vício atingiria pressuposto obrigatório para a realização do ato, como, *v.g.*, *editar medida provisória sem relevância e urgência*,[28] *ou lei estadual criando novo município sem que haja os requisitos do artigo 18, § 4.º, da CRFB*.[29]

6.5.2 Inconstitucionalidade material, nomoestática, de conteúdo, doutrinária, substancial ou intrínseca[30]

Incide o instituto quando o vício está no assunto, na matéria versada na lei ou ato normativo.

André Ramos Tavares[31] sustenta que toda inconstitucionalidade material carrega entranhada a inconstitucionalidade formal, uma vez que, se tivesse sido votada e analisada corretamente, com o rigor exigido, passando pela comissão de constituição de justiça das casas legislativas (comissões criadas para analisar a constitucionalidade da norma), as normas não teriam sido aprovadas. Se foram confirmadas contendo vícios é porque não lhes foi dispensada a devida atenção.

Diferentemente da inconstitucionalidade material, que incide sobre o **direito** posto, a inconstitucionalidade formal incide sobre os **fatos**, por isso, para sua declaração, é necessária a análise das circunstâncias de fato e, por consequência, depende de provas.

Importante ficar registrado que a denominação inconstitucionalidade extrínseca (formal) e intrínseca (material) leva em consideração o conteúdo norma controlada. Desta feita, quando a inconstitucionalidade atinge fatores externos ao conteúdo da norma, será extrínseca. Ao revés, se a inconstitucionalidade for interna à norma objeto, será nomeada intrínseca.

Outro ponto que merece análise é o pseudoconflito sobre a ***inconstitucionalidade temporal.*** Discute-se se esta inconstitucionalidade é formal ou material. Na verdade, pode ser tanto formal[32] quanto material.[33] Na primeira hipótese, o vício está na elaboração de norma fora do período autorizado por lei, como a reanálise da emenda constitucional na mesma sessão legislativa de sua vedação, ao arrepio do art. 60, § 5.º, da CRFB. Já na hipótese de *inconstitucionalidade material temporal*, o tempo de vigência da norma estabelecido por ela ofende preceitos constitucionais, como a lei orçamentária anual ser publicada com previsão de vigência de 3 anos.

Por fim, cabe dizer que é possível a ocorrência de inconstitucionalidade

formal e material incidindo sobre a mesma norma.

6.5.3 Inconstitucionalidade por vício de decoro parlamentar[34] ou finalística[35]

Por vezes, não existe mácula na iniciativa, nem no procedimento, muito menos na matéria. Contudo, se houver vício na intenção do agente, elemento subjetivo, a norma também será inconstitucional.

O vício está entre a finalidade exigida pela Carta Magna e o motivo que impulsionou a elaboração da norma infraconstitucional.[36]

Não se pode esquecer que o cidadão outorgou poderes aos parlamentares para que atuem em seu nome e de acordo com os interesses do povo; logo, deve atender e satisfazer o interesse público.

Assim, *e.g.*, acordo realizado para acelerar e aprovar determinada lei (em consonância com a Constituição da República) em troca de dinheiro pode não gerar inconstitucionalidade material ou formal, mas o elemento subjetivo motivador do ato ofende preceitos constitucionais.

6.5.4 Inconstitucionalidade por ação

Quando a produção do ato normativo gera a inconstitucionalidade. Decorre de uma ação, seja incluindo dispositivos inconstitucionais na lei ou burlando a tramitação do projeto de lei ou de emenda constitucional.

6.5.5 Inconstitucionalidade por omissão

Quando a inércia normativa gera a inconstitucionalidade. Exemplo: o art. 37, § 3.º, da Constituição da República, conhecido como **princípio da participação,** determina, com respaldo do estado democrático de direito, que o particular pode participar da administração pública, exercendo o poder de fiscalização. No entanto, não existe lei prevendo como será esta participação, sendo certo que a inércia do legislador, nesse aspecto, está gerando uma inconstitucionalidade.

Há de ser observado que a inconstitucionalidade por omissão só se configura quando estivermos diante de norma constitucional de eficácia limitada, constituindo normas da Constituição que possuem aplicabilidade indireta e mediata na produção de efeito-fim. Desta forma, a inércia do poder público causa lesão, posto que, para o exercício de direito constitucional, é necessário atuação legiferante.

6.5.6 Inconstitucionalidade total

A inconstitucionalidade total acontece quando toda norma objeto de controle é atingida.

6.5.7 Inconstitucionalidade parcial

A inconstitucionalidade parcial ocorre quando a inconstitucionalidade atinge parte da norma jurídica.

Por vezes, o STF aplica, às inconstitucionalidades parciais, o **princípio da parcelaridade**, em que – diferentemente do veto parcial (art. 66, § 2.º, CRFB) – o vício pode atingir tanto parte do artigo, inciso ou alínea como uma simples palavra.

A inconstitucionalidade parcial pode gerar inconstitucionalidade total. Isso ocorre quando o dispositivo remanescente for dependente da parte declarada inconstitucional.

Como muito bem explica André Ramos Tavares:[37] "Considera-se relação de dependência a impossibilidade de conceber isoladamente a parcela da norma que seja constitucional, sem que isso acarrete desvirtuamento. Em tais situações, toda a norma (e não apenas a parte viciada) deverá ser declarada inconstitucional".

Há que se compreender que a referida dependência é conhecida de duas formas:

a) ***Dependência lógica***, como Edmund Husserl[38] (*distinção husserliana*) pregava, sobrevém quando a parte que restou não tiver existência autônoma; *v.g.*, o Tribunal Constitucional declara a inconstitucionalidade do *caput*, parágrafo e inciso de determinado artigo, só restando uma alínea. Como alínea não sobrevive sem o restante do corpo do artigo, o Supremo pode estender a declaração de inconstitucionalidade à alínea solitária.

b) ***Dependência teleológica***, que ocorre quando a declaração de inconstitucionalidade mudar o sentido ou a finalidade da norma que restar no ordenamento. Essa teoria assenta-se no raciocínio de que o STF não pode atuar como legislador positivo. À guisa de exemplo, imaginemos que o legislador elabora norma proibitiva. Se o Supremo declarar a inconstitucionalidade da palavra "não", a norma passará a ser permissiva, totalmente diferente da vontade legislativa; logo, a declaração de inconstitucionalidade será estendida para toda a

frase.

Normalmente, estamos acostumados, automaticamente, a raciocinar a inconstitucionalidade formal tendo como consequência a inconstitucionalidade total, mas é possível **inconstitucionalidade formal-parcial**. Em diversas hipóteses, por exemplo:

a) Se o mesmo projeto de lei versar sobre matéria atinente à lei complementar e lei ordinária e for aprovado por maioria simples. A parte que deveria ser regulada por lei ordinária é constitucional; porém, as matérias que deveriam vir por lei complementar não atingiram o *quorum* necessário para aprovação (maioria absoluta), sendo formalmente inconstitucionais.

b) Projeto de lei, em trâmite no Congresso Nacional, emendado em parte pela casa revisora, não retorna à casa iniciadora para análise do dispositivo emendado (art. 65, parágrafo único, CRFB/1988), sendo remetido diretamente para sanção presidencial. Neste caso, a lei será inconstitucional somente nos artigos que não passaram pela aprovação das duas casas legislativas.

6.5.8 Inconstitucionalidade consequente, consequencial, por arrastamento, secundária, por reverberação normativa[39] ou por atração[40]

A inconstitucionalidade consequente incide sobre a norma que encontrava seu fundamento de validade na norma tida por inconstitucional, isto é, ocorre quando a declaração da inconstitucionalidade de um dispositivo da norma é estendida a outro dispositivo, em razão da existência de dependência entre eles.

Esse tipo de inconstitucionalidade constitui **exceção ao princípio da adstrição** ou congruência, no qual o Magistrado está vinculado ao pedido. Em se tratando de controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal não está vinculado à causa de pedir, no entanto, como qualquer outro magistrado, está vinculado ao pedido. Contudo, na hipótese de inconstitucionalidade consequente, o Poder Judiciário poderá determinar a extensão da declaração da inconstitucionalidade a dispositivos ou normas não impugnados expressamente na petição inicial, excedendo o pedido realizado, em razão da dependência existente entre eles, porque eles integram um subsistema normativo compacto.

É de bom-tom explicar que a inconstitucionalidade por arrastamento pode ser horizontal ou vertical, a depender da hierarquia existente entre a norma declarada *a priori* inconstitucional e a norma arrastada:

a) ***Inconstitucionalidade por arrastamento horizontal*** são as hipóteses de inconstitucionalidade parcial geradoras da inconstitucionalidade total, isto é, quando dentro do mesmo sistema normativo existe relação de dependência entre elas, seja lógica ou teleológica, como já explicado no tópico "inconstitucionalidade parcial".

b) ***Inconstitucionalidade por arrastamento vertical*** é verificada quando a declaração de inconstitucionalidade incide, por consequência, em norma ligada hierarquicamente à norma objeto do pedido inicial. Explicando melhor: imagine que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de determinada lei. Agora, imagine que esta lei é regulamentada por um decreto regulamentador. Se a lei é declarada inconstitucional, o que deverá acontecer com o decreto que a regulamenta? Obviamente ser declarado, por consequência, inconstitucional! Esta seria uma hipótese de *inconstitucionalidade consequencial vertical*.

6.5.9 Inconstitucionalidade reflexa, por via oblíqua ou por ato interposto

Ao analisar o conceito de controle de constitucionalidade, percebe-se que o controle será realizado em análise de relação *imediata* entre a Constituição e a norma constitucional.

Pois bem, a inconstitucionalidade reflexa é a hipótese de declarar inconstitucionalidade de norma que não possui ligação imediata com a Lei Mãe. Entre a Carta Política e a norma objeto de análise existe um ato normativo. Neste caminho, por exemplo, a possibilidade de analisar a constitucionalidade de decreto regulamentador fica reduzida, na medida em que o fundamento de validade *imediato* do decreto é a lei que este regulamenta; a Constituição da República seria só o fundamento de validade *mediato* desta norma.

Assim, a irregularidade do decreto regulamentador, inicialmente, não estaria no confronto com a Constituição da República, e sim na colidência com dispositivo da lei ordinária (fundamento de validade imediato). Desta sorte, haveria um **controle de legalidade** ante o Superior Tribunal de Justiça, e não um controle de constitucionalidade frente ao Supremo Tribunal Federal.

Pelo exposto, o **Pretório Excelso não admite** controle de constitucionalidade para buscar a declaração de inconstitucionalidade reflexa.

Porém, é bom ressaltar que excepcionalmente é possível que o Supremo Tribunal controle a constitucionalidade de decreto regulamentador. Isso ocorrerá

quando o decreto ultrapassar o poder de regulamentar; *v.g.*, a lei trata de previdência social, o decreto regulamenta a matéria previdenciária disposta em lei e inclui dispositivos versando sobre saúde. Como saúde não faz parte da lei regulamentada, entende-se que esta matéria constante no decreto poderia sofrer controle de constitucionalidade porque "equivaleria" ao decreto autônomo.

Existe diferença sutil nessa questão, porque, se for perguntado se o Supremo Tribunal Federal admite o controle de constitucionalidade a fim de que se declare a inconstitucionalidade por ato interposto, a resposta será "não". Contudo, se a pergunta for sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade de decreto regulamentador, a resposta será "sim", pelo motivo disposto no parágrafo anterior e em razão do art. 49, V, da CRFB, que possibilita que o Congresso Nacional também exerça esse controle, como será visto adiante.

6.5.10 Inconstitucionalidade originária

A norma objeto nasce com a pecha da inconstitucionalidade. Assim, na primeira análise da norma pelo Supremo Tribunal Federal, a norma é declarada inconstitucional.

6.5.11 Inconstitucionalidade superveniente

Este instituto deve ser analisado com extrema cautela, na medida em que há divergência dentro da doutrina brasileira sobre sua real conceituação.

Aos olhos da grande maioria da doutrina europeia,[41] a inconstitucionalidade superveniente está intimamente ligada ao estudo do direito préconstitucional, ou seja, direito anterior à Constituição do país. A doutrina e os Tribunais de alguns países sustentam que a incompatibilidade da norma infraconstitucional anterior à nova ordem constitucional acarreta a inconstitucionalidade superveniente, podendo, por estes, conceituá-la como a incompatibilidade da norma infraconstitucional anterior diante da nova Constituição.

Curiosamente, diversos autores pátrios seguem esta linha conceitual e consideram inconstitucionalidade superveniente aquela que incide sobre ato normativo editado antes da promulgação da nova Constituição.[42]

Contudo, as normas infraconstitucionais materialmente incompatíveis com a nova Constituição não são por esta recepcionadas,[43] não tendo que se falar em inconstitucionalidade,[44] e sim em não recepção.[45]

Desta forma, o direito pátrio concede outro tratamento à inconstitucionalidade superveniente.

Para parte dos juristas brasileiros, posição na qual nos filiamos, o presente instituto ocorre quando a norma inicialmente constitucional passa a ser considerada inconstitucional, em virtude da mutação constitucional.[46]

Mutação constitucional, como já estudado, é o instituto que justifica a modificação informal da *Lex Mater*. O texto constitucional continua igual, porém, em virtude de alguns fatores, como novas circunstâncias fáticas, nova hermenêutica ou nova composição, o Supremo Tribunal Federal passa a entender (interpretar) a norma constitucional de outra forma.

Seguindo esta linha de raciocínio, imagine que a norma pós-1988 era constitucional, mas ocorreu mudança de entendimento sobre o dispositivo parâmetro. Sendo assim, o dispositivo objeto pode passar a ser considerado inconstitucional.

É possível a norma, declarada constitucional pelo STF, via ação declaratória de constitucionalidade, ser posteriormente declarada inconstitucional, por ação direta de inconstitucionalidade, exatamente por causa da mutação constitucional.[47] O STF pode declarar constitucional a norma e depois mudar o entendimento sobre a norma parâmetro.

O Pretório Excelso muda o entendimento e aquela norma infraconstitucional passa a ser incompatível com a norma constitucional. E essa é exatamente a inconstitucionalidade superveniente brasileira.

De pronto, é bom alertar que o contrário não é possível, ou seja, não pode uma norma “nascer” inconstitucional e, posteriormente, por edição de emenda constitucional superveniente, ser declarada constitucional. Em outros termos, **o STF não adota a teoria da constitucionalidade superveniente**, porque a inconstitucionalidade nunca poderá convalescer, pois, como já dissemos, o Supremo adota a teoria da contemporaneidade.[48]

A título de exemplo podemos citar a ADI 2.158/PR,[49] que discutia a constitucionalidade de normas paranaenses editadas em 1998 e 1999, que obrigavam os inativos a contribuir para a Previdência Social. Nesta época não havia dispositivo constitucional autorizando tal prática, o que só veio a ocorrer com a EC 41, editada no ano de 2003. Assim, em decisão adotada em dezembro de 2010, o STF fulminou as normas paranaenses por não se enquadrarem ao ordenamento constitucional à época de sua edição.

Outro ponto que merece relevo é que – em que pese posição em sentido contrário –,[50] **caso, após a declaração de constitucionalidade a norma parâmetro seja alterada por emenda constitucional, não será mais hipótese de inconstitucionalidade superveniente, e sim hipótese de recepção**.[51]

Em outros termos, quando emenda constitucional – que possui natureza jurídica de norma constitucional – alterar a Constituição, será necessário iniciar o processo de filtragem constitucional para analisar a compatibilidade material de todas as normas que possuem o fundamento de validade naquele dispositivo parâmetro alterado; caso haja discordância, deve ser aplicada a revogação por ausência de recepção.

6.5.12 Inconstitucionalidade implícita

A inconstitucionalidade implícita ocorre quando a norma ofende o espírito da Constituição.[52]

Doutrinadores positivistas rechaçavam a inconstitucionalidade implícita por falta de objetividade.[53] O receio é que essa teoria fosse aplicada indiscriminadamente, na medida em que "espírito" é algo extremamente vago.

Por tempos, o STF adotou esta rigidez positivista, contudo, para aplicar a inconstitucionalidade implícita, importou da França o chamado bloco de constitucionalidade.

Como explicado, o bloco de constitucionalidade é todo o conjunto normativo de hierarquia constitucional que pode ser utilizado como parâmetro para controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público.

Na esteira desse entendimento, o Supremo Tribunal pode declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos por ofensa a princípios, valores não previstos expressamente no texto constitucional. Isso retira um pouco da abstração da inconstitucionalidade implícita. E mais, não se admite declaração de inconstitucionalidade mencionando somente o "espírito constitucional". É necessário fazer referência à norma parâmetro que serviu como inspiração para a declaração de inconstitucionalidade da norma objeto.[54]

6.5.13 Inconstitucionalidade progressiva ou lei "ainda" constitucional[55] ou declaração de constitucionalidade de norma em trânsito para inconstitucionalidade

Instituto de grande importância no Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade progressiva tenta resolver um grave problema: por vezes, ainda não há como declarar a norma inconstitucional, porém é possível visualizar que, em pouco tempo, em razão de determinada circunstância, a norma objeto se tornará inconstitucional.

Por isso, o STF criou o instituto da inconstitucionalidade progressiva, de acordo com o qual a lei permanece válida no ordenamento jurídico por determinado tempo ou até que sobrevenha determinada circunstância.

O Ministro Moreira Alves, à época em que atuava no Tribunal Supremo, eternizou a expressão que explica bem o caso: "A lei **ainda** é constitucional".

Famoso caso envolvendo o Estado de São Paulo pode ilustrar o instituto.

O caso versava sobre a discussão da constitucionalidade (recepção) do art. 68 do Código Processual Penal, que prescreve: "Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre, a execução da sentença condenatória ou a ação civil será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público".

Este dispositivo ofende frontalmente o art. 5.º, LXXIV, c/c o art. 134, *caput*, da CRFB, que concede à Defensoria Pública a atribuição de assistir os portadores de necessidades econômicas.

Entretanto, não existia Defensoria Pública em São Paulo à época, como até hoje não existe em alguns Estados, e estes não podem ser prejudicados pela inércia legislativa. Desta forma, o STF afirmou que o art. 68 ainda é constitucional, mas deixará de ser quando todas as Defensorias Públicas forem materializadas.[56]

O assunto foi novamente debatido no STF, que decidiu no mesmo sentido.[57]

Nesses julgados, o Supremo Tribunal Federal rejeitou a arguição de inconstitucionalidade do art. 68 do Código de Processo Penal, deixando brecha para, no futuro, uma eventual alteração nas circunstâncias determinantes para aquela decisão (criação da Defensoria Pública).

6.5.14 Inconstitucionalidade causal[58]

Esta hipótese de inconstitucionalidade ocorre quando a norma não obedece à situação de fato prevista na CRFB, essencial para sua prática.[59]

Podemos citar como exemplo a edição de medida provisória sobre crédito extraordinário, sem que exista o requisito da imprevisibilidade exigido pelo art.

167, § 3.º, da CR.

6.5.15 Inconstitucionalidade circunstancial

Existem hipóteses em que, embora a norma seja constitucional, se aplicada em determinadas **circunstâncias**, situações específicas, poderia ser considerada inconstitucional.

Podemos citar como exemplo a ADI ajuizada pela OAB em face da Lei 11.457/2007, que criou a Super-Receita. O art. 16, § 1.º, determinou que, a partir de 1.º.04.2008, toda dívida ativa da União fosse transferida para a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN).

A OAB alega que, nas atuais **circunstâncias**, a PGFN não teria condições de arcar com toda carga de trabalho que isso geraria. Até o fechamento desta edição a matéria estava pendente de julgamento.

6.5.16 Inconstitucionalidade chapada, desvairada ou enlouquecida

Ocorre quando a inconstitucionalidade é clara e evidente, não sendo necessário sequer um juízo aprofundado para visualizá-la.[60]

6.6 DECISÕES PROFERIDAS EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

6.6.1 Natureza

Quando se discute sobre a natureza das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, duas possibilidades brotam.

A primeira, de berço austríaco, que entende que a decisão pela inconstitucionalidade da norma possui natureza *constitutiva-negativa*, sendo o ato *anulável*. A consequência é que, por ser anulável, esta decisão produzirá efeito não retroativo, ou seja, *ex nunc*, uma vez que a norma nasce válida e se torna inconstitucional com a decisão.

A segunda, de nascente norte-americana e que agrega mais simpatia no Brasil e no mundo, é a posição segundo a qual a decisão possui **natureza *declaratória***, sendo a norma *nula*.[61] Por conseguinte, a norma é considerada natimorta, nascendo inválida, sem força para produzir efeitos, sem possibilidade, por

exemplo, de revogar a lei anterior.

A consequência disso é que as decisões proferidas em controle de constitucionalidade no Brasil, de regra, possuem natureza declaratória e efeitos *ex tunc*, gerando inclusive o efeito repristinatório (art. 11, § 2.º, da Lei 9.868/1999), fazendo com que a norma anterior (revogada pela norma inconstitucional) volte a vigorar imediatamente, independentemente de declaração expressa do órgão julgador, salvo decisão em sentido contrário.

Entretanto, não se pode perder de vista que o art. 27 da Lei 9.868/1999 excepcionou a eficácia retroativa das decisões em controle de constitucionalidade abstrato, concedendo poderes para o STF **modular os efeitos**, escolhendo o melhor momento para a decisão produzir resultados completos, podendo ser retroativo, não retroativo ou prospectivo; a depender de *quorum* de oito ministros e razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, questão que será analisada adiante.

Para os doutrinadores que entendem que a ação direta interventiva é uma forma de controle de constitucionalidade, a decisão proferida nesta ação não será meramente declaratória, mas também condenatória.[62]

Importante alertar que as decisões declaratórias de nulidade, proferidas em controle de constitucionalidade, não atingem a existência da norma. Não se pode confundir invalidade com inexistência, que ocorrerá quando ausente um elemento constitutivo do ato.[63]

6.6.2 Técnicas de decisão em sede de controle de constitucionalidade

Diferentemente da Áustria, onde a declaração de inconstitucionalidade gera a anulabilidade da norma,[64] no Brasil a decisão que afere a inconstitucionalidade da norma gera a sua **nulidade**. Em outros termos, a norma existe, porém é **inválida,**[65] até mesmo porque nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido.[66]

Há dois momentos da norma inconstitucional: I – quando a norma inconstitucional é editada, mas ainda não sofreu controle de constitucionalidade, ela será ***inválida, mas eficaz***,[67] em razão do princípio de presunção de constitucionalidade das leis; II – quando a norma é declarada inconstitucional, a vigência é fulminada. Assim, a norma, além de inválida, não é mais vigente; III – quando a norma é declarada inconstitucional, mas o STF modula os efeitos da declaração de inconstitucionalidade (art. 27 da Lei 9.869/1999), é uma hipótese

excepcional, em que **norma nula produz efeitos** com a chancela do Judiciário.[68]

De forma objetiva, pode-se afirmar que o Supremo Tribunal Federal possui como principais técnicas de decisão as seguintes:

Declaração de inconstitucionalidade com pronúncia de nulidade

a) **Declaração de nulidade total** – A mais usual, ocorre quando toda norma é declarada inconstitucional.

b) **Declaração parcial de nulidade com redução de texto (nulidade parcial quantitativa)** – Ocorre quando o órgão julgador declara a inconstitucionalidade de uma fração da norma, que pode ser uma palavra, uma alínea, um artigo, e assim por diante.

c) **Declaração parcial de nulidade sem redução de texto (nulidade parcial qualitativa)** – Quando a norma é declarada inconstitucional em relação a determinadas situações ou pessoas e constitucional em relação a outras.[69] Em outros termos, a redução não ocorre no texto, e sim na abrangência da norma.

d) ***Inconstitucionalidade por omissão*** – Nesta hipótese, a inconstitucionalidade é a inércia, e esta não gera nulidade porque a intenção é o *facere*. Mesmo que haja a inconstitucionalidade por omissão parcial, a técnica será no sentido de buscar complemento normativo, e não nulidade da parte existente.

Declaração de constitucionalidade

a) ***Interpretação conforme a constituição*** – Ao contrário das anteriores, nesta hipótese de declaração, originária da doutrina alemã, o STF declara a *constitucionalidade*[70] de determinada norma desde que interpretada de acordo com a Constituição.

Como a interpretação conforme a Constituição é declaração de constitucionalidade, há posicionamento que sustenta a desnecessidade de obediência ao princípio da reserva de plenário (art. 97 da CR).[71] A esta posição não nos inclinamos, e o verbete da Súmula Vinculante 10 proferida pelo STF

sinaliza nesse sentido: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”. Ora, a interpretação conforme a Constituição declara a constitucionalidade em determinada situação; logo, está negando todas as outras hipóteses de incidência da norma objeto, atingindo assim o âmago da súmula vinculante destacada.

A prova do que acaba de ser relatado é que, quando o STF adota a técnica de interpretação conforme a Constituição, julga procedente a ação direta de inconstitucionalidade, pois, em outros termos, declara a inconstitucionalidade de todas as demais interpretações.

É muito comum confundir esta técnica de decisão com a declaração parcial de nulidade sem redução do texto; a **diferença** é extremamente sutil. Muitos nem enxergam diferença, mas as duas técnicas não se confundem, não são expressões sinônimas. Caso contrário, o legislador não teria destrinchado estas duas técnicas no art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/1999.

Na interpretação conforme, há declaração de inconstitucionalidade das demais hipóteses de interpretação. Já na nulidade sem redução de texto, não é declarada a inconstitucionalidade das demais hipóteses de aplicação, somente de uma determinada.[72]

Melhor explicando, as duas técnicas de decisão são aplicadas diante de **normas polissêmicas** (normas que admitem várias interpretações); assim, na **declaração de nulidade sem redução de texto** há restrição de determinada interpretação (**declarando a inconstitucionalidade de uma interpretação**), admitindo diversas outras (o leque interpretativo continua amplo). Já no caso da **interpretação conforme a Constituição** diante de diversas interpretações possíveis, uma é indicada como certa (**declarando a constitucionalidade de uma interpretação**), e isso restringe o leque interpretativo a uma interpretação somente.

Técnica de decisão	Declaração de nulidade sem redução de texto	Interpretação conforme a Constituição
	Declara a inconstitucionalidade de	Declara a constitucionalidade de

Consequência	uma interpretação	uma interpretação

b) Declaração de constitucionalidade – Pelo próprio nome, percebe-se que, nesta hipótese, uma ação direta de inconstitucionalidade improcedente ou uma ação declaratória de constitucionalidade procedente têm o condão de confirmar a constitucionalidade das normas que possuem presunção relativa de constitucionalidade.

Em tempo, é bom explicar que *quase* todas as leis possuem presunção relativa de constitucionalidade. As únicas que possuem presunção absoluta de constitucionalidade desde o nascimento são as normas constitucionais produzidas pelo poder constituinte originário, como analisado no capítulo próprio.[73]

6.6.3 Atenuações do caráter retroativo do pronunciamento de inconstitucionalidade

A todo momento se deixou claro que a norma inconstitucional é nula. Nessa linha de raciocínio, a norma nula/inconstitucional não poderia produzir efeitos, uma vez que "nulidade não produz efeitos". A ideia da nulidade e da não produção de efeitos já está sedimentada na doutrina e na jurisprudência. No entanto, existem algumas situações em que o Supremo Tribunal Federal pode atenuar os efeitos retroativos de suas decisões em sede de controle de constitucionalidade.

Há decisões antigas em que o Supremo Tribunal, utilizando-se de valores como boa-fé, justiça e segurança jurídica, já atenuava o caráter retroativo de suas decisões, como, por exemplo:

a) Em 1982, o Pretório Excelso valeu-se da boa-fé e da teoria da aparência para manter como válidos atos praticados por funcionários investidos em cargo público com base em lei declarada inconstitucional.[74]
b) Em 1993 o STF utilizou-se da irredutibilidade de vencimentos para decidir que "a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem – mas

tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade".[75]

Com a edição da Lei 9.868/1999, a mudança dos efeitos temporais da decisão foi, enfim, positivada. Atualmente, o instituto que recebe o nome de modulação dos efeitos está albergado pelo art. 27 da Lei 9.868/1999, *in verbis*:

> "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."

Assim, exige-se que seja cumprido um requisito material e um requisito formal:

a) requisito material – razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social;
b) requisito formal – dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal. Na prática são necessários oito votos para mudar os efeitos temporais.

Sendo assim, a decisão sobre a inconstitucionalidade pode não gerar efeitos retroativos quando oito Ministros do Supremo Tribunal Federal concordarem que, por razões de segurança jurídica, é melhor que sua decisão produza efeito de nulidade em outro momento ou quando oito Ministros entenderem que, por motivos de excepcional interesse social, a nulidade seja aplicada em outro momento.

Cumprindo estes requisitos, o STF pode aplicar efeitos *ex nunc* (não retroativos) ou prospectivos (*pro futuro*).

À guisa de exemplo, o STF tem precedente no sentido de dar efeitos apenas prospectivos às suas decisões que importem em alteração da jurisprudência dominante.[76]

Em que pese a previsão legal estar dentro da lei que regulamenta a ação direta de inconstitucionalidade por ação e omissão e ação declaratória de constitucionalidade, o STF aplica esse artigo, se necessário, a todas as decisões

em que seja declarada a inconstitucionalidade de alguma norma, inclusive no controle difuso de constitucionalidade.[77]

Há algumas situações em que a doutrina antecipa-se aos julgados entendendo que é clara a necessidade de modular os efeitos. Por exemplo, a hipótese em que há consenso doutrinário, segundo o qual, em nome da **proteção a coisa julgada**, a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes*, não desconstitui automaticamente a decisão baseada na lei que veio a ser invalidada e que transitou em julgado, sendo cabível ação rescisória, se ainda não decorrido o prazo legal.[78]

6.7 CLASSIFICAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A classificação de controle triparte o controle de constitucionalidade em **forma, espécie e modalidades,** as quais passaremos a analisar detidamente:

6.7.1 Forma

6.7.1.1 Quanto ao objetivo

• ***Controle concreto*** – Quando o controle é exercido sob um caso específico, um caso concreto posto em juízo, envolvendo direitos *subjetivos*. Exemplo: empresa move ação em face do Município do Rio de Janeiro porque não concorda em pagar contribuição de iluminação pública (art. 149-A da CR). Para se esquivar da cobrança, alega a inconstitucionalidade da referida contribuição porque não se enquadra em nenhuma espécie tributária (arts. 145, 148 e 149 da CR). Perceba que existe um caso concreto: Empresa-autora e Município-réu. É uma situação específica.

• ***Controle abstrato*** – Quando exercido em face da norma, abstratamente considerada. Processo de índole estritamente *objetiva*. Neste caso, e aproveitando o exemplo anterior, a demanda versa sobre a constitucionalidade do art. 149 da CRFB, independentemente da insatisfação da empresa "x". Neste tipo de controle (abstrato), o órgão competente estará exercendo o controle em face de uma norma, em abstrato – independentemente de saber sobre o que, ou sobre quem, a norma vai incidir. Estará preocupado com a norma, não com os casos concretos.

6.7.1.2 Fusão das formas de controle de constitucionalidade

O sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil é único, porque une criações do próprio País, com institutos de diversos países como França (bloco de constitucionalidade), EUA (controle difuso de constitucionalidade), Áustria (controle concentrado de constitucionalidade), Alemanha (ação declaratória de constitucionalidade), Portugal (ação direta de inconstitucionalidade por omissão), além de diversos outros.

Talvez por isso, e para melhor efetividade do controle de constitucionalidade pátrio, o Brasil mescla, por vezes, o controle concreto com o controle abstrato.

6.7.1.2.1 Concretização do controle abstrato de constitucionalidade

Permite que o controle abstrato seja concretizado, especificando situações em que, a princípio, as normas somente seriam analisadas abstratamente.

Na verdade, sempre que no controle abstrato houver preocupação com situações específicas podemos afirmar que está ocorrendo a citada concretização, *e.g.*, a *modulação dos efeitos* (art. 27 da Lei 9.868/1999) acaba por externar uma preocupação com situações concretas, o que possibilita a mudança nos efeitos da decisão em ação abstrata de constitucionalidade.

6.7.1.2.2 Abstrativização do controle concreto de constitucionalidade

Possibilita a utilização de institutos próprios do controle abstrato no controle concreto de constitucionalidade, como a transcendência dos motivos determinantes, em que os efeitos da decisão em controle de constitucionalidade podem, mesmo no caso concreto, ultrapassar os limites da demanda e atingir efeitos *erga omnes*, alcançando pessoas que nem tinham conhecimento da demanda. Esta é, senão, uma forma de **tornar objetivo o processo subjetivo**.

Sobre a transcendência, falaremos em tópico próprio.

Outro exemplo de abstrativização de casos concretos é a análise da repercussão geral em recurso extraordinário (art. 102, § 3.º, da CR, c/c o art. 543-B, §§ 2.º e 3.º, do CPC), em que o processo individual influenciará todas as causas similares.

6.7.2 Espécies

6.7.2.1 Quanto à natureza do órgão de controle

Controle judicial ou judiciário – Quando exercido por órgão integrante do Poder Judiciário. Esse sistema permite no Brasil o controle de constitucionalidade eclético, que será analisado no tópico referente às modalidades de controle.

Controle político ou francês[79] – Quando exercido por órgão político sem poder jurisdicional típico.

É conhecido como controle francês porque este país é a nascente das tentativas de implementação desta espécie de controle. São chamadas de tentativas porque todas as propostas realizadas pelo influente Emmanuel Sieyès foram rejeitadas ou subutilizadas por aquele país,[80] somente sendo efetiva na Constituição francesa de 1958 (arts. 56 a 63). Porém, a esta altura, já existia a Constituição soviética de 1936 (art. 121, n. 4), que adotara este tipo de controle.[81]

Exemplos de controle político seria o veto do Executivo a projeto de lei por entendê-lo inconstitucional (veto jurídico), bem como a rejeição de projeto de lei pela Comissão de Constituição de Justiça (CCJ) do Poder Legislativo.[82]

• ***Controle misto*** – Neste tipo de controle, algumas espécies normativas são submetidas ao controle judicial e outras são submetidas ao controle político, como na Suíça, onde as leis federais são submetidas ao controle político, enquanto as leis locais têm seu controle submetido ao Poder Judiciário.[83]

No Brasil, o controle é eminentemente judicial, porém também possibilita o exercício do controle político. O sistema brasileiro não é misto porque a *mesma* lei pode ser submetida ao controle do Judiciário e do Poder Legislativo.

6.7.2.2 Quanto ao momento de controle

• ***Controle preventivo ou* a priori** – Esta espécie é exercida antes do aperfeiçoamento do ato normativo, que ocorre com a promulgação.[84]

No Brasil, esta espécie de controle é exercida pelos seguintes entes:

✔ **Poder Legislativo –** pelos seguintes meios:

a) *As Comissões de Constituição e Justiça (CCJ)* – A Câmara dos Deputados e o Senado Federal possuem, cada um, a sua Comissão de Constituição e Justiça

e Cidadania.[85] A esses órgãos cabe, além de outras atribuições, analisar a constitucionalidade da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) e de projetos de lei. As CCJs estão entre as raras comissões que possuem parecer vinculativo,[86] pois a grande maioria das comissões possui parecer opinativo. Assim, se estes órgãos, em suas devidas casas legislativas, entenderem que a PEC ou o projeto de lei são inconstitucionais, são de pronto arquivados. Porém, não se pode esquecer que essas casas legislativas têm poderes para desarquivar o projeto rejeitado pelas CCJs.

Na esteira desse raciocínio, se algum Deputado Federal não concordar com o arquivamento da PEC ou do projeto de lei realizado pela CCJ, pode impetrar recurso endereçado à mesa da Câmara dos Deputados, que, entendendo pela constitucionalidade, pode colocar a proposta ou o projeto em votação na referida casa legislativa. Entretanto, se o arquivamento ocorrer no Senado Federal, a solução para senadores descontentes é formular impugnação subscrita por 1/10 dos Senadores, e a análise desta impugnação só será possível se o parecer da CCJ não foi unânime.

É de bom-tom ressaltar que as Comissões de Constituição e Justiça não atuam em todos os projetos do processo legislativo. O projeto de lei de conversão de medida provisória,[87] resolução de tribunal e decreto legislativo não passam pelo crivo das CCJs.

b) *Plenário da casa legislativa* – Em matéria de controle preventivo de constitucionalidade, além das CCJs, não podemos nos esquecer do próprio plenário, que pode rejeitar determinado projeto de lei ou Proposta de Emenda Constitucional por entender inconstitucional.

c) *Rejeição do veto do Presidente da República* – Na hipótese de o Chefe do Poder Executivo vetar um projeto de lei, total ou parcialmente, cabe ao Congresso Nacional analisar as razões do veto, podendo mantê-lo ou rejeitá-lo (art. 66, § 4.º, da CR). Nesta última hipótese, caso envolva fundamento constitucional, será uma forma de controle, pois a posição do Poder Legislativo estará prevalecendo sobre o entendimento do Executivo.[88]

✔ **Poder Executivo –** por meio do *veto jurídico*, que acontece quando o Presidente da República veta projeto de lei por entender inconstitucional (art. 66, § 1.º, da CRFB). Cumpre lembrar que Proposta de Emenda Constitucional (PEC)

não se submete ao crivo do Executivo, não sendo possível esse controle sobre PEC.

É de bom alvitre recordar que o art. 66, § 1.º, da Constituição da República prevê dois tipos de veto, a depender de sua fundamentação. O veto político, quando o Presidente da República rechaça o projeto por entender que ele é contrário ao interesse público, e o veto jurídico, quando o Presidente da República repele o projeto por entender que este afronta a Lei Maior, e este é o exercício do controle político-preventivo de controle de constitucionalidade.

✔ **Poder Judiciário –** na hipótese de mandado de segurança repressivo impetrado por parlamentar, para impedir a tramitação de **Proposta de Emenda Constitucional** (PEC) ofensiva às cláusulas pétreas.[89]

Observe que no MS 20.257/DF o STF deixou aberta a possibilidade de esse mandado de segurança ser impetrado contra **projeto de lei** que ofender o procedimento, *v.g.*, ser votado na mesma sessão legislativa em que foi rejeitado, sem que haja manifestação de maioria absoluta da casa, ao arrepio do art. 67 da CR.

Em suma, o controle preventivo exercido pelo Judiciário pode ocorrer quando existir vedação **na própria Constituição** ao trâmite da espécie normativa.[90]

No julgamento do MS 32.033/DF, o Tribunal máximo foi cirúrgico ao lembrar que:

> "o sistema constitucional pátrio não autorizaria o controle de constitucionalidade prévio de atos normativos, e que a jurisprudência da Corte estaria consolidada no sentido de, em regra, deverem ser rechaçadas as demandas judiciais com essa finalidade.
>
> Delimitou haver duas exceções a essa regra:
>
> a) proposta de emenda à Constituição manifestamente ofensiva a cláusula pétrea; e
> b) projeto de lei ou de emenda em cuja tramitação se verificasse manifesta afronta a cláusula constitucional que disciplinasse o correspondente processo legislativo.
>
> Aduziu que, em ambas as hipóteses, a justificativa para excepcionar a

> regra estaria claramente definida na jurisprudência do STF. O vício de inconstitucionalidade estaria diretamente relacionado aos aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa.
>
> Nessas circunstâncias, a impetração de segurança seria admissível porque buscaria corrigir vício efetivamente concretizado, antes e independentemente da final aprovação da norma."[91]

Esse último parágrafo deixa claro que, em que pese ser uma forma de controle de constitucionalidade preventivo, o mandado de segurança é repressivo, uma vez que visa "corrigir vício efetivamente concretizado".

Explica-se: Em primeiro lugar, porque não cabe mandado de segurança preventivo contra projeto de lei ou Proposta de Emenda Constitucional. Isso porque o art. 1.º da Lei 12.016/2009, quando se refere ao remédio preventivo, utiliza a expressão "justo receio". Justo receio significa receio (temor) justo (certo e iminente) de lesão. Para que haja interesse de agir (necessidade, utilidade e adequação do provimento jurisdicional), é necessário que exista certeza de que a lesão ocorrerá e esteja prestes a acontecer. E é óbvio que, em projeto de lei ou PEC, não se tem nem certeza nem atualidade de lesão; a PEC ou projeto podem ser rejeitados, emendados ou demorar anos para serem aprovados.

Em segundo lugar, porque já ocorreu lesão no direito líquido e certo do parlamentar, legitimamente eleito pelo povo (titular do poder), de participar do devido processo legislativo, isto é, de processo legislativo justo.

Observe ainda que, no caso da PEC, o art. 60, § 4.º, da CRFB impede a "deliberação", leia-se, discussão de Proposta de Emenda Constitucional ofensiva às *cláusulas pétreas*; logo, se a PEC está em tramitação na casa legislativa, já há "deliberação", legitimando o parlamentar para impetrar o devido *writ*.

Em tempo, o partido político não possui legitimidade para impetrar este mandado de segurança (art. 5.º, LXX, CRFB), porque o direito violado é do parlamentar, e não do partido político. E mais, neste caso, a jurisprudência não admite atuação do partido político como legitimado extraordinário, não sendo possível, nessa hipótese, mandado de segurança coletivo.

Para finalizar, este mandado de segurança é a prova de que, em classificação de controle de constitucionalidade, não se pode extrair regras preconcebidas, pois é hipótese de **controle de constitucionalidade preventivo, concentrado,**

concreto e incidental.

Questão interessante e não pacífica é a possibilidade de controle preventivo por meio de ação direta de inconstitucionalidade. Explica-se: a internalização do tratado internacional é um ato complexo, que inclui a autorização para ratificação expedida pelo poder legislativo, mediante **decreto legislativo** e promulgação do executivo por meio de **decreto executivo** que efetivamente internaliza o tratado internacional, passando a valer na ordem interna.

Se antes da edição do decreto executivo é proposta uma ação direta de inconstitucionalidade em face do decreto do legislativo a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade da norma que autorizou a internalização do tratado, essa declaração de inconstitucionalidade tem o condão de impedir, evitar a internalização do tratado internacional, fazendo com que seja uma forma de controle preventivo. Contudo, muitos poderão afirmar que o controle é repressivo, já que foi exercido em face da norma já em franco vigor, o decreto legislativo.[92]

✔ **Povo –** por meio de plebiscito. É o chamado ***controle social de constitucionalidade*** *ou* ***controle de constitucionalidade popular***.

Se o povo, *e.g*., for convocado a se manifestar, por meio de plebiscito (art. 49, XV, CRFB), sobre projeto de lei que busca revogar as disposições do Código Penal que preveem o aborto como fato típico, legalizando a prática (art. 5.º, II, CRFB). Pela consulta popular, o povo vota contra este projeto. Por óbvio, o povo, em outros termos, entende que o aborto ofende o direito à vida do nascituro (direito fundamental de primeira dimensão previsto no art. 5.º, *caput*, da CRFB). Desta feita, o povo controlou a constitucionalidade do projeto de lei.

• ***Controle repressivo, sucessivo ou*** **a posteriori** – Exercido após o aperfeiçoamento do processo legislativo.

Os órgãos que exercem este controle são:

✔ **Poder Judiciário –** Por meio das ações de controle de constitucionalidade, que serão analisadas individualmente no próximo

tópico.

✔ **Poder Legislativo –** Este órgão pode exercer o controle de diversas formas, a começar pela rejeição de medida provisória inconstitucional, se, *e.g.*, *não for caso de relevância ou urgência (art. 62 da CRFB) ou versar sobre matéria proibida* (*v.g.*, arts. 62, § 1.º, e 246, da CRFB).

A segunda hipótese parte da regra pela qual o Poder Executivo deve editar decreto para regulamentar leis (art. 84, IV). No entanto, se o decreto dispõe sobre mais matérias do que deveria, ultrapassando as previsões legais que este regulamenta, criando ou suprimindo direito ou obrigações além da função regulamentadora, o Poder Legislativo pode sustar os dispositivos do decreto que ultrapassaram o poder regulamentar (art. 49, V).

Neste mesmo sentido, pode ocorrer a suspensão dos artigos exorbitantes em lei delegada. Explica-se: o Congresso Nacional pode conceder, por resolução, poder legiferante ao Presidente da República, possibilitando que o Chefe do Executivo elabore lei delegada sobre determinado assunto previsto expressamente na resolução (art. 68, § 2.º). Se o Presidente da República legislar sobre matérias não autorizadas pela resolução, o Congresso Nacional pode sustar os dispositivos da lei delegada que versam sobre matérias não autorizadas (art. 49, V).

A possibilidade de o Senado Federal sustar os efeitos de lei declarada inconstitucional pelo STF, quando analisada pelo controle difuso (art. 52, X), está sendo analisada pelo órgão Supremo por meio da Reclamação 4.335/AC.[93] A tendência é que este dispositivo deixe de ser uma forma de controle de constitucionalidade e subsista somente para dar publicidade às decisões do Supremo Tribunal. Esta questão será desenvolvida no tópico pertinente aos efeitos da decisão proferida em controle difuso.

Por fim, há conceituados doutrinadores[94] que sustentam que a aprovação de Emenda Constitucional superadora de interpretação fixada pelo Supremo Tribunal Federal também seria forma de controle repressivo. Explica-se: caso o Poder Legislativo discorde da inteligência dada pelo STF à norma constitucional, poderá sempre emendá-la. Há precedentes nesse sentido, quando, por exemplo, o Legislativo aprovou a EC 19/98 (relativamente à inclusão de vantagens pessoais no limite máximo de remuneração dos servidores públicos), a

EC 29/00 (relativamente à admissibilidade de IPTU progressivo), a EC 32/01 (no tocante aos limites de matérias e ao tempo de eficácia da medida provisória) e a EC 39/02 (no que diz respeito à cobrança, por Municípios e Distrito Federal, de contribuição para custeio de iluminação pública).

✔ **Poder Executivo –** Grande parte da doutrina sustenta a impossibilidade de o Poder Executivo exercer esta espécie de controle.[95] Não concordamos com esta orientação. Seguindo posição antagônica,[96] acreditamos que o Poder Executivo poderá exercer o controle de constitucionalidade repressivo em três hipóteses:

a) Valendo-se do princípio da **autotutela administrativa**,[97] previsto, dentre outras disposições, nos verbetes 346 e 473 sumulados pelo STF. Em resumo, estas prescrições rezam que o Poder Executivo pode negar vigência de seus próprios atos.[98]

Assim, se depois de editado um ato normativo o Poder Executivo percebe sua inconstitucionalidade, pode declarar a sua nulidade, controlando, desta forma, a constitucionalidade de todos os atos expedidos pelo Poder Executivo.

b) Hipótese de **decretação de intervenção federal** (Presidente da República) ou estadual (Governador de Estado) na forma dos arts. 34 ao 36 e 84, X, da CRFB.

Se um ente da federação ofender preceitos constitucionais tipificados materialmente nos arts. 34 e 35 da Carta Política, pode o Chefe do Executivo decretar intervenção para restabelecer o respeito aos preceitos constitucionais.

c) Quando o Chefe do Executivo deixa de cumprir uma lei ou determina seu descumprimento para órgãos subordinados, por entender que a norma é inconstitucional, que é o chamado **direito de resistência**.[99]

É bom alertar que nenhum outro servidor pode deixar de cumprir norma por entender inconstitucional; toda norma publicada presume-se constitucional. Tal prerrogativa é conferida somente ao chefe do Poder Executivo (Presidente da República, Governador de Estado e Prefeito Municipal).

Quanto a esta última hipótese, o STJ decidiu: “O Poder Executivo deve negar execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional”.[100]

Esse entendimento foi similar no STF, que possui julgado admitindo tal

possibilidade afirmando que os Poderes Executivo e Legislativo, por sua chefia, "podem tão só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais".[101]

Doutrinariamente, Luís Roberto Barroso[102] explica que antes da Constituição de 1988 a doutrina e a jurisprudência haviam consolidado o entendimento a favor da possibilidade de o chefe do executivo deixar de aplicar lei que reputasse inconstitucional. Entretanto, após o advento da atual Constituição essa possibilidade começou a ser questionada, vez que a nova CRFB eliminou a exclusividade antes exercida pelo Procurador-Geral da República para propositura da ação direta de inconstitucionalidade, passando a admitir que ela fosse instaurada, dentre outros, pelo Presidente da República e Governador do Estado (art. 103, I e V, da CR). Nesse passo, se os chefes dos executivos federal e estadual podem mover a ação própria para declaração de inconstitucionalidade, não faria sentido, para essa posição doutrinária, que lhes fosse facultado o direito de deixar de aplicar a norma.

Esse argumento não se sustenta. Primeiro porque o prefeito não poderia mover a ação direta de inconstitucionalidade, devendo ser aplicado o entendimento antigo. Nesses termos, o chefe do executivo municipal passaria a ter mais poderes que o presidente e o governador, pois poderia praticar atos vedados aos dois últimos.

Mas o principal argumento é o da **supremacia constitucional**. Aplicar a lei notadamente inconstitucional é negar aplicação da Constituição. Barroso reforça esta tese com outro fundamento: é que até mesmo o particular pode se recusar a cumprir lei que considere inconstitucional, sujeitando-se a defender sua convicção caso seja demandado. Assim, com mais razão pode fazê-lo o chefe do Poder Executivo.

Por fim, acredita-se que a Emenda Constitucional 3/93 corroborou com esse entendimento ao acrescentar ao art. 102 o § 2.º, prevendo que a decisão proferida na ação declaratória de constitucionalidade é vinculante "ao Poder Executivo".[103] Ao estabelecer que a declaração de inconstitucionalidade vincula o Poder Executivo, pressupõe que até que essa decisão ocorra, é possível que o chefe deste órgão possa considerar a norma inconstitucional.

✔ **Povo** – Assim como o plebiscito, esta hipótese é conhecida como controle social de constitucionalidade ou controle de constitucionalidade popular. Este

controle é exercido mediante **referendo,** quando assuntos de grande relevância constitucional são submetidos à manifestação popular.

✔ **Tribunal de Contas –** o verbete 347 do STF assenta que "o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público". Neste sentido, o Tribunal de Contas, ao exercer suas atribuições nos termos dos arts. 70 e seguintes da Lei Maior, pode, no caso concreto, afastar a aplicação das normas que entender inconstitucionais.

À guisa de exemplo, suponha que o administrador se utilize de norma expedida pelo Poder Executivo para fundamentar gastos não previstos na lei orçamentária anual. Nesta hipótese, pode o Tribunal de Contas, por maioria absoluta dos votos (art. 97), declarar a norma executiva inconstitucional, por ofensa ao art. 167, I, da CRFB.

É bom frisar que o controle de constitucionalidade será repressivo e concreto, incidindo sobre a hipótese analisada. Nada impede que o Poder Judiciário analise a constitucionalidade da referida norma.

6.7.3 Modalidades

6.7.3.1 Quanto ao número de órgãos

• ***Controle difuso, aberto, norte-americano ou por via de exceção –*** Quando o poder de controlar a constitucionalidade das normas é atribuído a vários órgãos do Poder Judiciário.

No controle difuso, diversos órgãos analisam a constitucionalidade da mesma norma, passando pelo crivo de vários tribunais.

É voz corrente na doutrina que este controle nasceu nos Estados Unidos da América por meio da célebre decisão do *Chief Justice* John Marshall, no famoso, e já citado nesta obra, caso Marbury *vs*. Madison.

No Brasil, esta foi a primeira forma de controle instituída em 1891 por meio da primeira Constituição republicana e federativa do País.

Cumpre realizar críticas ao termo "controle por via de exceção", pois, de regra, exceção induz ao entendimento de que se trata de instrumento de defesa, tal como exceção de incompetência, exceção de pré-executividade e assim por diante. Em sede de controle de constitucionalidade, o controle por exceção não

significa defesa, na medida em que este sistema pode ser utilizado pelo autor, réu, Ministério Público, terceiros intervenientes e até mesmo pelo magistrado, de ofício.

• ***Concentrado, austríaco, europeu ou reservado*** – Quando exercitado, com exclusividade, por um único órgão do Poder Judiciário.

Por influência de Hans Kelsen, esta espécie de controle surgiu em 1920, na Áustria, com a promulgação da Constituição daquele país. Contudo, a previsão original somente concedia ao governo federal a iniciativa das leis que questionassem a inconstitucionalidade de normas e, por óbvio, este não era o sistema mais adequado para defender direitos fundamentais ofendidos por normas inconstitucionais. Por isso, em 1929 ocorreu grande reforma constitucional, ampliando o controle outrora restrito e, a partir desta data, admitindo o controle pela via incidental, concedendo caráter híbrido ao controle de constitucionalidade austríaco.[104]

No Brasil, este controle surgiu por meio da Emenda Constitucional 16/1965 à Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946.

É comum o leitor realizar ligações, acreditando que todo sistema difuso é concreto e que todo sistema abstrato é concentrado.

Certo é que na maioria das hipóteses se constata esta realidade, porém não a única. O controle concentrado e concreto é verificado em várias hipóteses, por exemplo:

a) Mandado de segurança impetrado por parlamentar para trancar tramitação de PEC ofensiva às cláusulas pétreas.

Como já afirmado, nesta hipótese existe uma situação concreta e subjetiva, devendo ser proposta somente no Supremo Tribunal Federal.

b) Processos de competência originária do Supremo Tribunal Federal em que haja arguição incidental de constitucionalidade.

c) Processos de intervenção federal, na hipótese de violação dos princípios constitucionais sensíveis. Neste caso, determinado estado violou direitos esculpidos no art. 34, VII (caso concreto) e será analisado necessariamente pelo Supremo Tribunal Federal nos termos do art. 36, III (controle concentrado).

d) Arguição de descumprimento de preceito fundamental incidental. Explica-se: segundo o art. 102, § 1.º, da CRFB, toda arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) deve ser analisada pelo Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, se em processo subjetivo, envolvendo situação concreta, houver o descumprimento de algum preceito fundamental, qualquer dos legitimados para propor ADPF (art. 2.º da Lei 9.882/1999) poderá fazê-lo diretamente no STF (controle concentrado).

• ***Controle misto, híbrido, combinado ou eclético*** – Ocorre quando o país adota os dois critérios, *difuso* e *concentrado*, como é o caso do Brasil[105] e Portugal.

6.7.3.2 Quanto ao modo de exercício

• ***Controle incidental*** – É o controle instaurado por via de exceção, sendo a questão constitucional provocada na causa de pedir. Em razão disso, a inconstitucionalidade será declarada na fundamentação da decisão.[106]

Tomando por premissa que, em sentença, somente o dispositivo faz coisa julgada material, e sendo nesta modalidade a inconstitucionalidade declarada na fundamentação da decisão, a decisão que declara a inconstitucionalidade **não faz coisa julgada material** nesta modalidade de controle.

Importante notar que controle incidental não é sinônimo de controle difuso. Este se preocupa com o número de órgãos, enquanto aquele com o modo de exercício. Pode-se vislumbrar a diferença quando se verifica a possibilidade de controle incidental concentrado, como a arguição de descumprimento de preceito fundamental incidental, já estudada.

• ***Controle principal*** – É o controle instaurado por ação direta, sendo a questão constitucional requerida no pedido. Por isso, a inconstitucionalidade será decidida no dispositivo, fazendo, por conseguinte, coisa julgada.[107]

Para melhor diferenciar as duas modalidades expostas, deve-se ter em mente que, de regra, a peça processual denominada inicial (exordial ou peça vestibular) possui partes, causa de pedir e pedido.

No controle incidental, a discussão acerca da inconstitucionalidade estará na causa de pedir, e não no pedido. O impetrante está buscando outro tipo de tutela, mas, para alcançar seu objetivo, argui incidentalmente a questão constitucional,

que atua como prejudicial de mérito, fazendo com que o Magistrado seja obrigado a analisar a inconstitucionalidade para, só então, apreciar o mérito.

Por seu turno, no controle principal, o que se busca é a inconstitucionalidade de norma ou ato do poder público, por isso o mérito versa sobre a questão constitucional, em autêntico processo objetivo.

Seção II
Das Ações em Espécie

6.8. AÇÕES DE CONTROLE CONCRETO

6.8.1 Arguição de inconstitucionalidade

6.8.1.1 Conceito

A arguição de inconstitucionalidade, hipótese de controle de constitucionalidade incidental, não é propriamente uma ação, e sim um incidente processual que será arguido perante qualquer juízo, instância ou Tribunal e atuará como prejudicial de mérito, obrigando o magistrado a analisar a questão constitucional incidente para, só então, alcançar o mérito.

Como incidente, não faz parte o pleito principal; seu objetivo é usar a inconstitucionalidade como meio para proteger direitos subjetivos, atuando como questão prejudicial de mérito.

6.8.1.2 Parâmetro e objeto de controle difuso

Qualquer norma formalmente constitucional pode servir como **parâmetro** de controle de constitucionalidade, mesmo as já revogadas; neste caso, a violação a direito subjetivo deve ter ocorrido, por óbvio, ao tempo de sua vigência.

No tocante ao **objeto** de controle incidental, é possível impugnar normas **federais, estaduais, distritais e municipais, posteriores ou anteriores à Constituição, sejam primários ou secundários, como regulamentos, resoluções ou portaria.**[108]

Mesmo normas já revogadas podem ser objeto de controle, **desde que, da mesma forma, a violação tenha ocorrido ao tempo de sua vigência**.

Na verdade, a orientação do STF é que, em se tratando de revogação da lei

objeto no curso da ação de controle principal, esta deve ser extinta, e os prejudicados devem perseguir a satisfação de seus direitos pelo controle incidental.

Curioso caso ocorreu quando o STF, analisando pedido extradicional, se pronunciou sobre a possibilidade de controle difuso de **normas estrangeiras**, entendendo pela possibilidade de controle de atos normativos estrangeiros à luz do ordenamento de origem, negando aplicação quando conflitar.[109]

Entretanto, **não** é possível arguição de inconstitucionalidade para **fiscalizar desobediência de normas por parte das autoridades administrativas** (crises de legalidade), **norma de efeito concreto** (por só terem roupagem de norma, mas essência de providência político-administrativa), **súmulas persuasivas, de repercussão geral ou vinculantes**, **ementas de leis diversas de seu conteúdo e normas regimentais do processo legislativo**.[110]

Há controvérsia sobre a possibilidade de incidir o referido controle sobre **atos normativos privados,** como estatuto de empresa e convenção de condomínio, sendo Uadi Lammêgo Bulos favorável à prática[111] e Gilmar Ferreira Mendes e José Carlos Barbosa Moreira contrários à ideia.[112]

A arguição de inconstitucionalidade pode ser utilizada no controle concentrado, mas, de regra, é mais estudada no controle difuso de constitucionalidade, e é o que faremos.

6.8.1.3 Cabimento

O incidente de inconstitucionalidade pode ser discutido em qualquer processo, sob qualquer procedimento, *v.g*., conhecimento, cautelar, execução, procedimentos especiais, remédios constitucionais e assim por diante.

Mesmo em sede de **ação civil pública,** em que há um foco de resistência doutrinária,[113] o STJ[114] e o STF[115] admitem tal possibilidade, desde que seja realizada pela via incidental.

Explica-se: como informado anteriormente, se a declaração de inconstitucionalidade proferida em ação civil pública for incidental, esta declaração será firmada na fundamentação da decisão, e não no dispositivo. Desta forma, como só o dispositivo faz coisa julgada, somente esta parte da sentença (em que não está a declaração de inconstitucionalidade) produzirá efeito *erga omnes*, posto que o art. 16 da Lei 7.347/1985 preceitua que “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*”.

Em outros termos, não é toda sentença em ação civil pública que produz efeito para todos, e sim somente o dispositivo (que produz coisa julgada); desta forma, como a inconstitucionalidade está na fundamentação do julgado, produzirá efeito *inter partes*, não usurpando a competência do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, não existe limitação quanto às instâncias, podendo ser arguido em processos de competência de qualquer juízo ou Tribunal.

Só merece ressalva a utilização desta arguição em sede de recurso extraordinário, caso não tenha havido prequestionamento da matéria constitucional. Neste caso, a regra de que a inconstitucionalidade pode ser declarada de ofício deve ser recebida com temperamento.[116]

Em outro julgado interessante o STJ entendeu que "não é possível conhecer de incidente de inconstitucionalidade suscitado em recurso especial cujo fundamento seja o reconhecimento da inconstitucionalidade de dispositivo legal. Embora *questões constitucionais possam ser invocadas pela parte recorrida, é indubitável que, em nosso sistema, não cabe ao recorrente invocar tais questões em recurso especial como* ***fundamento*** *para reforma do julgado*, sendo o recurso próprio para essa finalidade o extraordinário para o STF".[117]

Isso não significa dizer que é vedado arguição de inconstitucionalidade em Recurso Especial. O que o STJ pretendeu expor é que a inconstitucionalidade não pode ser a **questão central** que será usada para reformar a sentença, pois isso é matéria de competência do STF.

6.8.1.4 Iniciativa

A arguição incidental, originalmente, era reconhecida como argumento de defesa deduzido pelo réu, por isso também é denominada controle por "via de defesa" ou "por via de exceção".[118]

Contudo, atualmente não existem maiores restrições quanto à legitimidade para sua propositura, podendo ser suscitada pelo Juiz de ofício, Ministério Público, terceiros intervenientes, autor, réu e assim por diante.

Por isso, não usaremos a expressão "controle de constitucionalidade por via de exceção", geralmente usada como sinônimo de controle incidental. Normalmente, "exceção" induz defesa, o que não é necessariamente o caso; por isso, para não gerar confusão, nos restringiremos a utilizar a expressão "incidental".

6.8.1.5 Controle incidental de inconstitucionalidade nos tribunais

A inconstitucionalidade, quando incidente (questão prejudicial de mérito), na primeira instância é conhecida na fundamentação pelo Juiz competente, mas as questões mais instigantes surgem nos Tribunais.

Nos Tribunais, a arguição de inconstitucionalidade é regulamentada pelo regimento interno e pelo Código de Processo Civil, que traz um trâmite extremamente claro nos arts. 480 a 482 do Diploma Processual Civil.

Dispõe que, na arguição de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo (art. 480, CPC). Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao Tribunal Pleno (art. 481 do CPC).

Esta obrigatoriedade deriva do art. 97 da CRFB, que condiciona a declaração de inconstitucionalidade de normas ao voto da maioria absoluta do plenário ou do órgão especial.[119-120] É o que chamamos de **princípio da reserva de plenário**, também conhecida como ***full bench, full court*** ou **julgamento *en banc*.**

José Carlos Barbosa Moreira ensina que a decisão do plenário (ou do órgão especial), num sentido ou noutro, é naturalmente vinculativa para o órgão fracionário, no caso concreto. Mais ainda, a solução dada à prejudicial *incorpora-se no julgamento do recurso ou da causa, como premissa inafastável*.[121]

Assim, segundo o art. 97, um órgão analisará o incidente (plenário ou órgão especial) e outro órgão analisará o mérito da ação, ou seja, o pedido (órgão fracionário – Câmara, Grupo ou Turma). Como no mesmo processo há dois órgãos distintos, mas com mesma hierarquia, competentes para analisar diferentes questões, o que ocorre em razão da competência funcional de cada um, o art. 97 gera a chamada **cisão funcional de competência no plano horizontal**.

Cumpre observar que a decisão do órgão especial vincula o órgão fracionário, ocorrendo o chamado **efeito vinculante horizontal**.[122]

Por vezes, a questão constitucional não chegava ao órgão especial ou ao plenário, uma vez que o órgão fracionário afastava a aplicação do dispositivo questionado – sem declarar expressamente sua inconstitucionalidade. O que, por óbvio, configura fraude ao art. 97 da CRFB.[123] Por isso, o Supremo Tribunal

Federal editou a **Súmula Vinculante 10**, que estabelece: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

Desta sorte, o órgão fracionário **deve** observar a regra da *full bench* quando:

a) declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo **com** redução de texto;
b) declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo **sem** redução de texto;[124]
c) afastar a aplicação da norma questionada.

Contudo, é bom atentar que o art. 97 da CR determina a observância da cláusula de reserva de plenário quando houver necessidade de ser declarada a “**inconstitucionalidade**” da norma. Caso a análise seja de **não recepção** (revogação), o órgão fracionário não precisará observar esta necessidade, não sendo necessária a remessa dos autos ao Plenário do respectivo Tribunal.

Ainda existe uma previsão legal isentando o órgão fracionário de submeter a questão constitucional ao órgão especial ou ao pleno. O art. 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil afirma que 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. Em outros termos, **o órgão fracionário só é obrigado a submeter o dispositivo constitucional ao órgão especial ou ao plenário quando a questão for inédita**.

Importante notar que o princípio da reserva de plenário e sua dispensa[125] (art. 481, parágrafo único, CPC) é aplicável tanto ao controle difuso quanto ao **controle concentrado**; contudo, neste último caso, **o princípio deve ser observado também para declarar a constitucionalidade**.[126]

6.8.1.5.1 Participação no incidente de inconstitucionalidade

O Código de Processo Civil ainda traz último artigo regulamentando o procedimento de análise da possível inconstitucionalidade (o que ocorrerá no órgão especial ou no plenário). O art. 482 do CPC dispõe que, remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de

julgamento, possibilitando ao Ministério Público e às pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, manifestarem-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal.

Possibilita ainda que os legitimados para promover as ações de controle abstrato, referidos no art. 103 da Constituição, manifestem-se, **por escrito**, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos.

Por fim, o art. 482, § 3.º, **admite a presença do *amicus curiae*,** quando dispõe que "o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades".

6.8.1.5.2 Controle de constitucionalidade por elevação de causa

É a possibilidade de se levar a arguição de inconstitucionalidade diretamente para o órgão judiciário supremo.

A arguição é motivada no caso concreto, mas o magistrado da causa remete a questão ao órgão judicial supremo.

Embora seja técnica muito utilizada em diversos países, como Canadá, Áustria, Espanha, Alemanha e Itália, no Brasil existe divergência quanto a sua existência em controle de constitucionalidade pátrio.

Toda discussão gira em torno da arguição de descumprimento de preceito fundamental pela via incidental, pois este tipo de ação só poderá ser analisado pelo STF (art. 102, § 1.º).

Parte da doutrina[127] admite que a ADPF concreta e incidental pode ser suscitada perante o magistrado. Quando isso ocorre, o juiz deverá aplicar a elevação de causa e remeter o processo ao STF para que profira decisão quanto ao incidente. A segunda posição[128] somente admite ADPF concentrada, mesmo que se discutam casos concretos.

6.8.1.6 Efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade

Normalmente, a decisão em controle de constitucionalidade incidental produz efeitos entre as partes envolvidas no processo (*inter partes*), vinculante e

retroativa (*ex tunc*).

No que se refere ao **efeito temporal**, cabe dizer que **é possível modulação dos efeitos em sede de controle difuso de inconstitucionalidade**, ou seja, o Supremo Tribunal já admitiu a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/1999 no controle incidental e difuso,[129] escolhendo um melhor momento para a decisão produzir efeitos.

Mais do que isso, no julgamento do RE 600.885/RS, o STF admitiu modular efeitos temporais (concedendo efeitos pró-futuro) em caso que analisou a não recepção de lei ordinária editada em 1980.

O caso analisava a constitucionalidade do art. 10 da Lei 6.880/1980, que admite o ingresso nas Forças Armadas na forma da lei e dos regulamentos da Marinha, Exército e Aeronáutica. Por entender que o ingresso nas Forças Armadas, de acordo com normas do regulamento, ofende o art. 142, § 3.º, inciso X, da CR (que exige lei), reputou o artigo objeto como não recepcionado. Porém, considerando o número de pessoas que ingressaram nas Forças Armadas na forma do Regimento, o Supremo entendeu por bem modular os efeitos da decisão proferida em 09.02.2011 para que a não recepção só produzisse efeitos a partir de 31.12.2011.[130]

Desta forma, pode-se afirmar que, de regra, a decisão em controle incidental e difuso retroage (*ex tunc*), porém, por 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 (efeito *ex nunc*) ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (efeito prospectivo, *pro futuro ou a posteriori*).

No tocante ao **efeito pessoal**, se o Supremo Tribunal Federal quiser que sua decisão no controle incidental e difuso produza efeitos para todos (*erga omnes*), deve adotar uma das três opções:

a) Comunicar ao Senado Federal, para que este órgão, na forma do art. 52, X, suspenda a eficácia da norma declarada inconstitucional pelo STF, fazendo com que a decisão produza efeitos *erga omnes e ex nunc*.[131]

Esta norma que será encaminhada ao Senado pode ser federal, estadual, distrital ou municipal e caberá àquele órgão a suspensão de todas essas normas.

Importante observar que o encaminhamento da mensagem ao Senado Federal

gera duas questões interessantes: se, por um lado, o Senado Federal não pode ampliar ou restringir a decisão do STF, por outro a mensagem não obriga o órgão legislativo, que suspenderá a norma se achar oportuno.

Atenção! Assim como explanado na análise do art. 97 da CR, se o STF analisar norma anterior à Constituição de 1988 para declarar a não recepção (revogação), **não precisa** remeter o feito ao Senado Federal para que produza efeito *erga omnes*.

b) Editar súmula vinculante sobre o tema, *v.g*., Súmula Vinculante 2, 8, 26, 28 e 31. Inclusive, em razão desta possibilidade, alguns doutrinadores[132] acreditam que a súmula vinculante enfraquece o art. 52, X, vez que o Supremo pode, por si, declarar a inconstitucionalidade com efeito *erga omnes* sem precisar do órgão legislativo.

c) Aplicar a *transcendência dos motivos determinantes*, cujo instituto passaremos a analisar.

6.8.1.6.1 Teoria da transcendência dos motivos determinantes ou transcendência da *ratio decidendi* ou transcendência da *holding*[133]

Quase[134] toda sentença possui três partes: relatório (em que o magistrado resume a lide), fundamentação (os motivos que levaram o magistrado a decidir) e o dispositivo (em que o magistrado analisa o mérito).

Normalmente, o dispositivo produz efeitos *erga omnes*, sendo que o relatório e a fundamentação produzem efeitos *inter partes*.

O instituto analisado permite que os motivos postados na fundamentação, que foram determinantes para a decisão, produzam efeitos *erga omnes*.

Impende notar que não é toda a fundamentação que produz efeitos *erga omnes*.

Isso porque, dentro dela, temos o ***obter dictum*** (argumentos acessórios que não são determinantes para o julgado) e a ***ratio decidendi*** (fundamentos jurídicos que sustentam a decisão, essenciais para alcançar a decisão de mérito da forma como foi decidida).

Desta forma, somente a *ratio decidendi* (razão de decidir) produz efeito *erga omnes*, tendo o *obter dictum* efeitos apenas endoprocessuais.

O instituto da transcendência não pode ser confundido com

abstrativização do controle concreto, pois este é o gênero, isto é, todo instituto típico do controle abstrato utilizado no controle concreto é uma forma de abstrativização. Já a transcendência é um instituto, uma espécie do gênero abstrativização.

Existe uma boa discussão na Corte sobre a aplicação da transcendência no controle concentrado de constitucionalidade.[135] O instituto se mostra útil nesta espécie de controle, pois não importa para os outros entes da federação, por exemplo, que a lei do Estado "x" ofende a Constituição (o que estará previsto no dispositivo), e sim que lei estadual que disponha sobre consórcios e sorteios é inconstitucional (o que estará previsto na fundamentação).

No controle difuso, apesar de existir hipótese já aplicada pelo STF,[136] a questão está sendo novamente analisada, desta vez na Reclamação 4.335/AC.

Para entender esta ação, é necessário, antes, citar o HC 82.959/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, cuja decisão, proferida em 23.02.2006, declarou, no caso concreto, incidental e difuso, a inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/1990, entendendo que é inconstitucional o dispositivo que proibia a progressão de regime para crime hediondo por ofender o princípio da individualização da pena (art. 5.º, XLVI, CR).

O que gerou palpitação doutrinária foi a parte final do julgado suprarreferido, quando o Supremo afirmou: "Sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão".

Com isso, muitos magistrados entenderam que a decisão do STF no controle incidental foi *erga omnes*, aplicando a transcendência dos motivos determinantes. Contudo, na Comarca de Rio Branco, no Acre, um juiz negou a progressão de regime ao entender que a decisão proferida no HC 82.959/SP havia sido *inter partes*, na medida em que não houve menção expressa ao efeito *erga omnes*.

A decisão *a quo* gerou um *habeas corpus* ao TJAC e a citada Reclamação 4.335/AC ao STF, obrigando o órgão máximo a afirmar se a decisão foi *erga omnes* ou *inter partes*.

Ao prestar informações, o magistrado do Acre afirmou: "Sobre o tema, verifica-se do Regimento Interno do STF: 'Artigo 178. Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos artigos 176 e 177, far-se-á a comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão

interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do artigo 42, VII, da Constituição.' Assim, não havendo qualquer notícia de que o Senado Federal tenha sido comunicado e que tenha suspendido a eficácia do artigo declarado *incidenter tantum* inconstitucional, o que se tem até a presente data é que ainda está em vigor o artigo 2.º, § 1.°, da Lei 8.072/1990, que veda a progressão de regime".[137]

Até o momento (fechamento desta edição), a decisão está 3 x 2 pela aplicação do efeito *inter partes*: os Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Grau, entendendo que o efeito foi *erga omnes*; e os Ministros Joaquim Barbosa, Sepúlveda Pertence e Ricardo Lewandowski, decidindo pelo efeito *inter partes*.

Os dois primeiros sustentam a mutação constitucional sobre o art. 52, X, cabendo ao Supremo declarar a inconstitucionalidade com efeito *erga omnes* (transcendência dos motivos determinantes), cabendo ao Senado Federal suspender os efeitos da lei, para conceder simples efeito de publicidade.[138]

Já os Ministros Joaquim Barbosa e Sepúlveda Pertence afastaram a ocorrência da mutação constitucional perseguida pelo Ministro Gilmar Mendes, alegando que "ainda que se aceitasse a tese da mutação, seriam necessários dois fatores adicionais não presentes: o decurso de um espaço de tempo maior para verificação da mutação e o consequente e definitivo desuso do dispositivo. Por fim, enfatizou que essa proposta, além de estar impedida pela literalidade do artigo 52, X, da CF, iria na contramão das conhecidas regras de autorrestrição",[139] alegando ainda que, se o Supremo quiser conceder eficácia *erga omnes* as suas decisões, basta editar súmula vinculante sobre o tema, sem precisar realizar mutação sobre o art. 52, X.

Essa posição foi colmatada pelo Min. Ricardo Lewandowski, entendendo que "suprimir competências de um Poder de Estado, por meio de exegese constitucional, colocaria em risco a própria lógica desse sistema".[140]

Paralelamente a esta ação e, ao que parece, em atenção à teoria de Joaquim Barbosa, foi editada a Súmula Vinculante 26, que afirma: "Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o Juízo da execução observará a inconstitucionalidade do artigo 2.º da Lei 8072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche ou não os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico".

Apesar de este julgamento não ter terminado, a edição da Súmula Vinculante

e a manifestação expressa dos Ministros em alguns julgados tendem a afastar a transcendência dos motivos determinantes em casos concretos.[141]

Ademais, outros Ministros, que ainda não votaram na Rcl 4.335/AC, já se mostraram contrários à citada transcendência.[142]

6.8.2 Ação Direta Interventiva (ADI)

Apesar de a Ação Direta Interventiva ser uma espécie de ação de controle de constitucionalidade concreto, na medida em que analisa um caso concreto de ofensa à Constituição (art. 34, VII, c/c o art. 36, III), didaticamente se enquadra melhor no capítulo que trata de intervenção federal, o qual será estudado adiante.

6.9 AÇÕES DE CONTROLE ABSTRATO

O processo em si, realizado pela via abstrata, possui natureza objetiva. Isso significa dizer que o processo de controle de constitucionalidade abstrato não pode ser regido pelas mesmas regras do processo subjetivo comum. Os princípios constitucional-processuais, por exemplo, só serão usados se necessários e compatíveis com o processo objetivo.

Grande parte do regramento do processo objetivo encontra-se entre os arts. 169 e 175 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF). Acrescente-se a este as Leis 9.868/1999 e 9.882/1999, que regulamentam as ações usuais de controle de constitucionalidade abstrato.

O Código de Processo Civil não se aplica ao processo objetivo, tendo o referido regimento interno força de lei.[143]

Atualmente, existem cinco ações de controle de constitucionalidade abstrato:

a) ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade);
b) ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade);
c) ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental);
d) ADO (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão);
e) Representação de inconstitucionalidade.

6.9.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)

6.9.1.1 Base legal

A ADI, como é usualmente chamada, está prevista nos arts. 102, I, *a* e *p, § 2.º e 103, caput*, §§ 1.º e 3.º, da CRFB e é regulamentada pelos arts. 1.º ao 12 e 22 a 28 da Lei 9.868/1999 e arts. 169 a 175 do RISTF.

6.9.1.2 Conceito

A ADI é a ação de controle abstrato, de competência do Supremo Tribunal Federal, que tem por fim declarar a inconstitucionalidade de lei[144] ou ato normativo[145] em tese **federal, estadual e distrital no exercício de competência legislativa estadual**.

Em que pese a previsão do art. 102, I, *a*, 1.ª parte, se referir somente a normas federais e estaduais, é certo que lei distrital também pode ser objeto de controle. Contudo, o Distrito Federal acumula competência legislativa estadual e municipal (art. 32, § 1.º). Desta forma, em ADI que tenha por objeto norma distrital, antes da análise do mérito, o STF tem que analisar a competência para editar a norma, se estadual ou municipal. Se a competência for estadual, o STF prosseguirá e analisará o mérito; se municipal, o Supremo declarará o pleito extinto, pela impossibilidade de analisar normas municipais por meio de ADI.

Neste sentido, a Súmula 642 do STF determina: “Não cabe ação direta de inconstitucionalidade de lei do Distrito Federal derivada da sua competência legislativa municipal”.

Esta ação visa derrubar a presunção relativa de constitucionalidade de que quase toda norma goza.

6.9.1.3 Cabimento

No tocante ao **ente federado** que edita a norma, como afirmado, é cabível ação direta de inconstitucionalidade genérica, ora estudada, tendo por objeto lei federal, estadual e distrital (quando no exercício de competência estadual).

Por suposto, **não cabe ADI de norma municipal**. A constitucionalidade desta será aferida pela via do controle difuso, da ADPF ou da representação de inconstitucionalidade (art. 125, § 2.º); neste último caso, apenas se a norma municipal ofender a Constituição Estadual.

No tocante às diversas **espécies normativas**, cabe elencar as principais

discussões acerca do cabimento de ADI:

a) ***Lei* lato sensu –** Em que pese a orientação do Supremo Tribunal em não admitir a possibilidade de ADI em face de **normas originárias da Constituição da República,**[146] é cabível ADI que tenha por análise **emenda constitucional, lei ordinária, lei complementar, lei delegada, de medida provisória.** Quanto a esta última, por ser provisória, algumas ponderações podem ser feitas:

a.1) se a MP for rejeitada ou caducar (art. 62, § 3.º), a ADI será extinta;

a.2) se a MP for convertida em lei sem alterações substanciais sobre o dispositivo objeto da ADI, a ação continuará;[147]

a.3) se a MP for convertida em lei com alterações substanciais sobre o dispositivo objeto da ADI, a ação será extinta;

a.4) se for proposta ADI em face de determinada medida provisória e no curso desta é editada uma segunda medida provisória dispondo diferentemente sobre o mesmo assunto, a primeira MP fica suspensa[148] (não será revogada) e, por consequência, a ADI é sobrestada, aguardando a deliberação da nova MP.

Se a segunda MP for rejeitada ou não for analisada dentro do prazo constitucional (art. 62, § 3.º), a MP anterior voltará a vigorar pelo tempo que resta e a ADI voltará a ser analisada pelo Supremo. Porém, se a MP suspensiva for convertida em lei, a MP suspensa será extinta e a ADI, arquivada.

b) ***Resolução e decreto legislativo*** – Há possibilidade de ADI contra **resolução** e **decreto legislativo**, desde que estejam diretamente ligados à Constituição e gozem de generalidade e abstração. Nesse sentido, não cabe ADI contra a resolução prevista no art. 51, I, nem contra o decreto legislativo insculpido no art. 49, III, pois faltam exatamente a generalidade e abstração citadas.

c) ***Decreto autônomo*** – É possível ADI para impugnar **decreto autônomo.**

d) ***Regimento interno dos Tribunais* –** Não há vedação quanto à possibilidade de ADI contra **regimento interno dos Tribunais** (art. 96, I, *a*).

e) ***Atos secundários* –** Como já afirmado, de regra, não é cabível ADI de atos secundários, por gerar ofensa reflexa, indireta ou obliqua à Constituição.[149] Neste

caso, teremos a chamada **crise de legalidade,** em razão da insubordinação normativa à lei que o decreto regulamenta.

f) ***Súmulas –*** O Supremo não admite ADI em face de súmula, seja persuasiva, seja vinculante.

No caso da **súmula persuasiva**,[150] o fundamento é de que estas não possuem efeito vinculante, podendo o juiz não utilizá-las quando, de acordo com sua independência, não concordar com elas. Já as **súmulas vinculantes** possuem um procedimento próprio para cancelamento, previsto na Lei 11.417/2006, tendo mais legitimados que a própria ADI, cabendo *amicus curiae* etc.

g) ***Tratado internacional –*** O STF não admite ADI que tenha por objeto tratado internacional, pois é norma externa, não se aplicando no Brasil.[151] De acordo com esse raciocínio, é possível ADI em face do **decreto legislativo** que autoriza sua internalização e do **decreto executivo** que efetivamente o internaliza. Explica-se: antes de o tratado internacional ser aplicado no Brasil, deve passar por um procedimento complexo. Dentre todas as fases, existe a votação no Legislativo, que expede decreto autorizando a internacionalização. Após o aceite, o executivo edita um decreto descrevendo *ipsis litteris* as disposições do tratado. E em face destes dois decretos é possível ADI, pois são normas internas, abstratas, que estão em vigor.

h) ***Lei ou ato normativo estrangeiro –*** Por vezes, é necessário aplicar no Brasil leis ou atos normativos estrangeiros, seja em razão de conflito de leis no espaço (arts. 7.º, 10 e 13 da LINDB[152]), seja por ser mais benéfica aos brasileiros (art. 5.º, XXXI, da CR).

Caso a lei ou ato normativo estrangeiro conflitem com a Constituição da República, não serão declarados inconstitucionais, pois "quando a Constituição é invocada para recusar a aplicação de direito estrangeiro, este não é rejeitado por ser inconstitucional, mas, sim, por ser contrário à ordem pública, constitucionalmente informada".[153] Nesse sentido, não cabe ADI de lei ou ato normativo estrangeiro.

i) ***Direito pré-constitucional –*** Não é cabível ADI em face de direito pré-constitucional; a análise de recepção ou não de norma anterior à Constituição é realizada por meio de ADPF (art. 1.º, parágrafo único, I, Lei 9.882/1999) em

nível abstrato. Nada impede a possibilidade de controle difuso. Neste caso, a análise será realizada entre a norma e a Constituição anterior, se o direito pleiteado foi violado àquela época.

j) ***Lei orçamentária –*** O STF **mudou** orientação e passou a **admitir a análise de norma orçamentária mediante ADI**, o que, tempos atrás, era inconcebível. Porém, o STF não adentrará no assunto material (concreto) exposto na norma, e sim sobre questões abstratas que envolvam as leis orçamentárias.[154]

Assim, na análise da ADI 4.048/DF, que envolvia o controle de medidas provisórias que teriam aberto créditos extraordinários sem atender aos requisitos de urgência e imprevisibilidade (art. 167, § 3.º, CR), por maioria o STF admitiu realizar a análise dos requisitos, analisando o caráter abstrato da fiscalização realizada em ação direta, que dizia respeito a questão constitucional posta em tese (desvinculada do caso concreto), e não sobre o conteúdo do ato específico.[155]

l) ***Lei revogada –*** Da mesma forma, não cabe ADI de lei revogada, pois é um requisito para propositura de ADI que a lei esteja em vigor ou já apta a produzir efeitos (o caso de ADI sobre lei em *vacatio*). Se, no curso da ADI, a norma objeto é revogada, ocorre a **revogação intercorrente**, ou seja, a ADI será julgada extinta, por perda superveniente do objeto, e as eventuais lesões, perseguidas pelo controle difuso. Entretanto, se a ADI já foi incluída na pauta para julgamento, e a revogação tiver o intuito de furtar a norma do julgamento, não há extinção da ação.

No caso analisado pelo STF,[156] a revogação da norma objeto de controle foi entendida como fraude processual, para se furtar da declaração de inconstitucionalidade, o que geraria efeitos retroativos e prejuízos maiores para os que se beneficiaram com a lei inconstitucional.

Logo, se a revogação da norma decorrer de um processo de superação normativa natural, há extinção da ADI. Contudo, se a revogação tiver o intuito de fraude processual, a ADI continuará.

m) ***Divergência entre a ementa da norma e seu conteúdo –*** O STF não admite ADI para questionar ementa que é diversa ao conteúdo da norma que a acompanha.[157]

6.9.1.4 Pressupostos para o cabimento de ADI

a) Lei objeto tem que ter sido editada na vigência da atual Constituição;
b) Lei objeto tem que estar em vigor;[158]
c) Deve ser dotada de abstração e generalidade – As normas submetidas a ADI devem ser revertidas de generalidade e abstração. Entretanto, o STF amenizou este entendimento ao afirmar que "o Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, **independente** do caráter geral ou específico, **concreto** ou abstrato de seu objeto".[159] Ademais, segundo nova orientação da Corte Constitucional, é possível ADI sobre **lei** de efeito concreto, mas não sobre outra espécie normativa;
d) Deve possuir natureza autônoma, e não meramente regulamentar;
e) Supremacia da Constituição da República;
f) Existência de um órgão de controle.

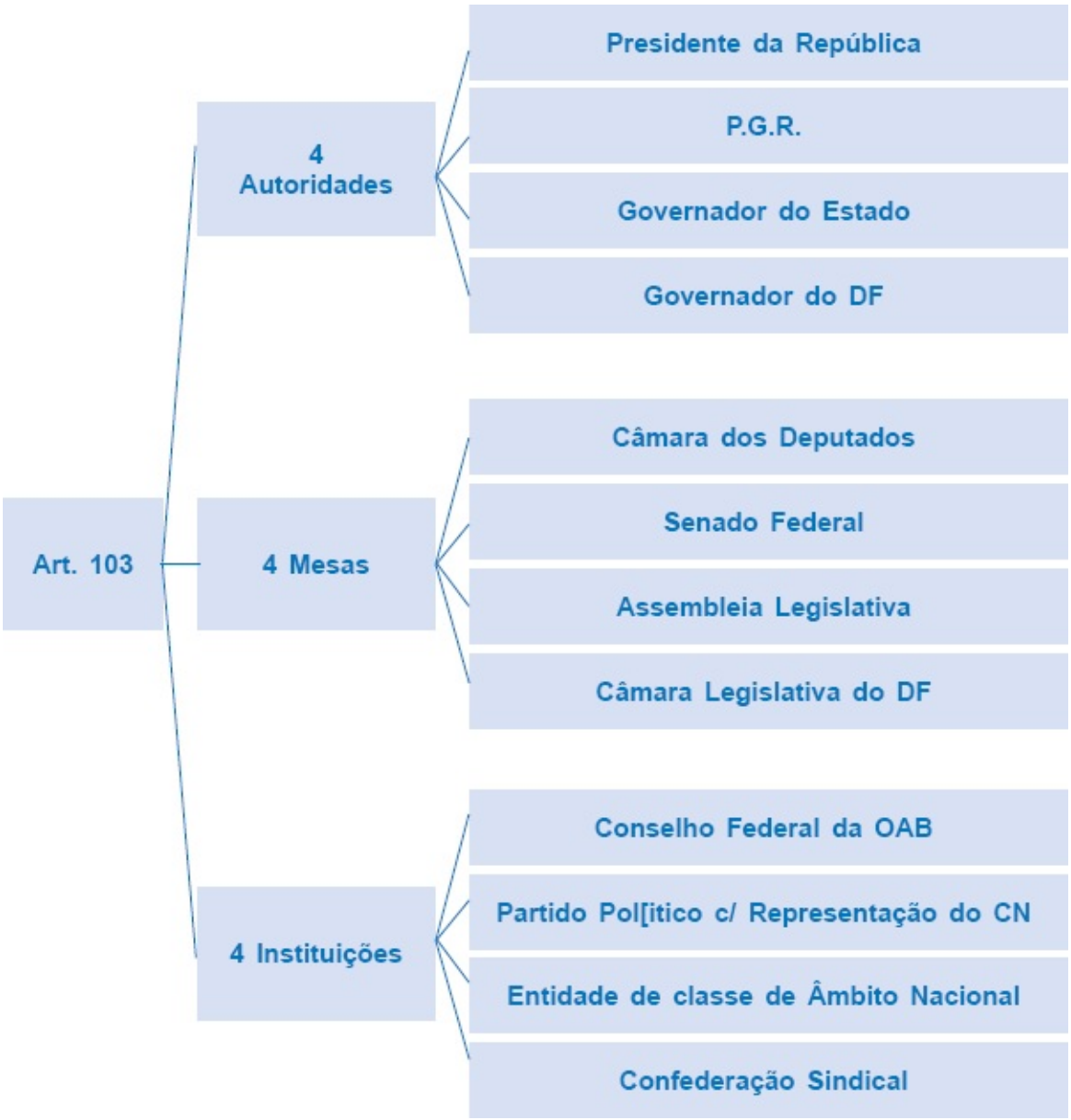
6.9.1.5 Legitimidade

Geralmente, o STF utiliza a expressão requerente e requerido para se referir aos legitimados ativos e passivos das ações de controle abstrato.

No tocante ao legitimado passivo não há maiores controvérsias: são os órgãos responsáveis pela edição da lei ou do ato normativo questionado.

Já quanto ao legitimado ativo, a Constituição de 1988 encerrou um monopólio que era exercido pelo Procurador-Geral da República. Até a edição da atual Constituição era aquela autoridade que possuía legitimidade exclusiva para mover ação direta de inconstitucionalidade.

O art. 103 da CR/88 ampliou e muito os legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade, podendo ser esquematizado em 4 (quatro) autoridades, 4 (quatro) mesas diretoras e 4 (quatro) órgãos:



Algumas considerações merecem ser feitas:

a) Presidente da República e Governadores de Estados e Distrito Federal – A legitimidade dos chefes do Poder Executivo aqui referidos não se estende aos seus vices, salvo se estiverem substituindo ou sucedendo o chefe do poder. Este mesmo entendimento se aplica ao Subprocurador-Geral da República.

E mais, a legitimidade subsiste mesmo que o chefe do executivo respectivo tenha sancionado o projeto que gerou a lei que se busca impugnar.

b) Partido político com representação no Congresso Nacional – Para que esta

pessoa jurídica tenha a “representação no Congresso Nacional”, é necessário apenas um Deputado Federal ou um Senador, pois o Congresso é a união das duas casas. A função de mover a ação cabe ao diretório nacional, que deverá agir em nome da agremiação.

A aferição da legitimidade é realizada no momento da propositura da ação; por isso, a perda da representação do partido político no Congresso Nacional após o ajuizamento da ADI por este órgão não gera ilegitimidade.[160]

c) Confederação sindical – Segundo o art. 535 da CLT, a confederação sindical é formada por, no mínimo, três federações e tem sede no Distrito Federal.[161] Nesse sentido, é vedada a propositura da ação por federação sindical.

d) Entidade de classe de âmbito nacional – Quanto à entidade de classe, cumpre afirmar que há exigência de que seja categoria profissional; por isso, a União Nacional dos Estudantes (UNE) não tem legitimidade para propositura de ADI, pois é entidade de classe estudantil.

No tocante ao requisito “âmbito nacional”, em analogia ao art. 7.º, § 1.º, da Lei 9.096/1995, é necessário que a entidade de classe seja homogênea (devem ser da mesma categoria econômica ou profissional) e esteja presente, no mínimo, em um terço (nove) dos Estados.[162]

O Supremo Tribunal Federal mudou o entendimento para passar a admitir a legitimidade de entidades de classe formadas por pessoas jurídicas (**associações de associações**) que atuam na defesa de uma categoria, ainda que se reúnam “associações regionais correspondentes a cada unidade da Federação, a fim de perseguirem, em todo o País, o mesmo objetivo institucional de defesa dos interesses de uma determinada classe”.[163]

Ainda há entendimento de que não podem interpor ADI: I – Central Geral dos Trabalhadores; II – entidades internacionais sediadas no Brasil; III – conselhos de farmácias e de preços; IV – entidades que congregam civis e órgãos públicos.[164]

6.9.1.5.1 Pertinência temática

Pertinência temática é a relação entre o legitimado que propõe a ADI e a norma impugnada. Assim, o STF dividiu os legitimados ativos em dois grupos em igual número:

Legitimados neutros (ou **universais**) – são aqueles que podem propor ADI sem necessidade de comprovar sua relação com a norma impugnada, ou seja, não precisam demonstrar o interesse que possuem na demanda. São eles: I – Presidente da República; II – Procurador-Geral da República; III – Mesa do Senado Federal; IV – Mesa da Câmara dos Deputados; V – Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI – Partido político com representação no Congresso Nacional.

Legitimados interessados (ou **especiais**) – são aqueles que, para propor ADI, têm que demonstrar sua relação com a norma impugnada, como a norma guerreada possui pertinência com o legitimado. São eles: I – Governador de Estado; II – Governador do Distrito Federal; III – Mesa de Assembleia Legislativa; IV – Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – Confederação sindical; VI – Entidade de classe de âmbito nacional.

6.9.1.5.2 Capacidade postulatória

O STF entende que diversos legitimados não precisam de representante judicial para propor ADI, possuindo capacidade postulatória plena.[165]

Nesse sentido, somente o partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional precisam de advogados para propor ADI; os demais (art. 103, I ao VII) podem propor a demanda praticando atos privativos de advogados.

Contudo, sempre que o legitimado que possui capacidade postulatória plena quiser se fazer representar por advogado, a petição inicial deverá ser acompanhada de instrumento de procuração específica, na qual conste expressamente os dispositivos impugnados.[166]

6.9.1.6 Intervenção de terceiros e amicus curiae

A regra disposta na lei de ação direta de inconstitucionalidade é de que não se admite intervenção de terceiros (art. 7.º, Lei 9.868/1999). O art. 169, § 2.º, do RISTF confirma, afirmando que "não se admitirá assistência a qualquer das partes".

O STF não admite intervenção de terceiros, nem mesmo de legitimado que não seja parte. No caso concreto, o Conselho Federal da OAB tentou ingressar no feito como assistente, o que foi indeferido com base no art. 7.º, *caput*, da Lei

9.868/1999 e art. 169, § 2.º, do RISTF.[167]

Entretanto, o art. 7.º, § 2.º, da Lei 9.868/1999 traz a figura do ***amicus curiae***, estabelecendo que "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".

Cumpre analisarmos alguns pontos deste tão importante instituto jurídico:

• **Natureza Jurídica** – Gustavo Santana Nogueira sustenta que *amicus curiae* é uma modalidade de intervenção de terceiros.[168] Em importante voto, o Ministro Celso de Mello afirmou: "A regra inovadora constante no artigo 7.º, § 2.º, da Lei 9.868/1999, que, em caráter excepcional, abrandou o sentido absoluto da vedação pertinente à intervenção assistencial".[169] Nesse mesmo sentido, o art. 131, § 3.º, do RISTF, utilizado pelo STF em matéria de *amicus curiae*, refere-se à intervenção de terceiros.

• **Finalidade** – a intervenção do *amicus curiae* tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional,[170] "ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões".[171]

• **Admissão** – a admissão ou não do *amicus curiae* é decidida pelo relator; porém, o Tribunal pode recusar a intervenção, deixando de referendar a decisão do relator.[172]

• **Requisitos –** relevância da matéria e representatividade dos postulantes (art. 7.º, § 2.º, da Lei 9.868/1999) e pertinência temática.[173]

Exatamente em razão do requisito de "representatividade" e por se apegar ao termo "órgãos ou entidades", o STF tem reservas ao admitir a intervenção de pessoas físicas como *amicus curiae*.[174]

• **Prazo** – o prazo para admissão estava no art. 7.º, § 1.º, da Lei 9.868/1999, que foi vetado. Segundo o parágrafo suprimido, o *amicus curiae* poderia intervir no prazo para informações (30 dias). Com o amadurecimento da jurisprudência sobre o tema, o entendimento atual é de que o *amicus curiae* pode intervir até a data em que o "Relator liberar o processo para pauta".[175]

• **Recorribilidade** – por ser considerado despacho de mero expediente, a decisão sobre a admissão ou não do *amicus curiae* é irrecorrível.[176]

É bom lembrar que o art. 7, § 2.º, considera irrecorrível a decisão que admite o *amicus curiae, omitindo-se quanto à decisão que o inadmite. Isso gera divergência no STF e atualmente está ocorrendo debate neste tribunal sobre a recorribilidade da decisão que inadmite este sujeito processual*.[177] *Até o fechamento desta edição o processo estava 5x4 pela inadmissibilidade recursal*.

• **Poderes** – o *amicus curiae* (amigo da corte) participa formalmente do pleito, podendo juntar documentos, pareceres, memoriais, auxiliando a Corte a encontrar soluções de acordo com os aspectos técnicos. Ademais, em recente alteração de jurisprudência, o STF passou a admitir, excepcionalmente, a **sustentação oral** pelo *amicus curiae*,[178] utilizando, para tanto, a regra do art. 131, § 3.º, c/c o art. 132, § 2.º, do RISTF,[179] ou seja, tempo de sustentação oral de 15 minutos, sendo que, se houver litisconsortes não representados pelo mesmo advogado, o prazo, que se contará em dobro, será dividido igualmente entre os do mesmo grupo, se diversamente entre eles não se convencionar. Em interessante julgado, foi negado ao *amicus curiae* o direito de interpor recurso.[180]

• **Outras hipóteses de *amicus curiae*** – o *amicus curiae* não é instituto exclusivo do controle de constitucionalidade, podendo ser encontrado em diversos outros procedimentos, tais como: a) controle difuso de constitucionalidade (art. 482, § 3.º, do CPC); b) análise de repercussão geral em recurso extraordinário (art. 543-A, § 6.º, do CPC); c) processos de interesse da CVM (art. 31, Lei 6.385/1976); d) processos de interesse do CADE (art. 118 da Lei 12.529/2011; anterior art. 89, Lei 8.884/1994); e) processo de competência dos Juizados Especiais Federais (art. 14, § 7.º, Lei 10.259/2001); f) procedimento de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante (art. 3.º, § 2.º, da Lei 11.417/2006) e assim por diante.

6.9.1.7 Procedimento

6.9.1.7.1 Inicial

A petição inicial deve indicar o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado, os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações e o pedido, com suas especificações (art. 3.º da Lei 9.868/1999).

Esta será apresentada em duas vias, devendo conter cópias da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Como afirmado anteriormente, nem sempre é necessário advogado, mas se for subscrita por advogado, deve conter procuração específica.

A inicial pode ser indeferida liminarmente pelo relator, em decisão monocrática, se for inepta, não fundamentada ou manifestamente improcedente. Desta decisão cabe **agravo interno** no prazo de **cinco dias**.

Uma vez proposta a ação, **não se admitirá desistência** (art. 169, § 1.º, do RISTF e art. 5.º da Lei 9.868/1999), arguição de suspeição ou impedimento.[181]

Quanto ao **aditamento,**é possível ainda que ocorra após a concessão da liminar, desde que **antes do requerimento de informações** à autoridade ou órgão que emanou a lei ou ato normativo impugnado.[182]

Outro fator interessante é a **imprescritibilidade** desta ação, posto que a inconstitucionalidade não pode convalescer pelo decurso do prazo.

6.9.1.7.1.1 Causa de pedir e pedido

A **causa de pedir** em processo objetivo é **aberta**.[183] Isso significa que o STF pode declarar um dispositivo inconstitucional por ofensa a uma norma constitucional não suscitada pela parte, *v.g*., mesmo que o legitimado tenha alegado inconstitucionalidade de determinada lei por ofensa ao art. 6.º da CRFB, o Supremo pode declarar a inconstitucionalidade com base no art. 205 da Lei Maior, segundo o qual nem foi suscitado pelo demandante.

Entretanto, o **pedido** é **fechado**, isto é, o STF está vinculado ao pedido, não podendo declarar a inconstitucionalidade de dispositivo não perseguido na ação. Em outros termos, os Ministros do STF devem obedecer ao princípio da adstrição (ou congruência).

A exceção é, como dito anteriormente, a inconstitucionalidade consequente, em que o STF pode estender a declaração de inconstitucionalidade a dispositivos dependentes da norma declarada inconstitucional.

Ainda sobre o pedido, é possível **cumulação de pedidos** em ADI, desde que guardem pertinência entre si. O STF já admitiu cumulação entre duas normas de espécies diferentes, editadas por entes federados distintos (lei estadual e medida provisória federal), porque a declaração de inconstitucionalidade de um (medida

provisória federal) poderia tornar-se questão prejudicial da invalidade da outra (lei estadual).[184]

6.9.1.7.2 Liminar

Como não poderia deixar de ser, o art. 102, I, *p*, da CRFB afirma que compete ao STF processar e julgar "medida cautelar" em ação direta de inconstitucionalidade.

Regulamentando esta alínea, o art. 10 da Lei 9.868/1999 estabelece que, salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, após a audiência dos **órgãos ou autoridades** dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de **cinco dias**.

Durante o recesso da Corte, pode o relator conceder a liminar, em **decisão monocrática**. Porém, deverá submeter a decisão ao referendo do Tribunal, quando do retorno do recesso (art. 10 da Lei 9.868/1999).

Seja em recesso ou não, o relator, julgando indispensável, ouvirá o **Advogado-Geral da União** e o **Procurador-Geral da República**, no prazo de **três dias** (art. 10, § 1.º, da Lei 9.868/1999).

A lei prevê ainda a possibilidade de concessão de liminar sem abrir ao contraditório, o que ocorrerá quando for o caso de excepcional urgência (art. 10, § 3.º, da Lei 9.868/1999).

Os **pressupostos** para concessão da liminar são o ***fumus boni juris***, caracterizado pela relevância da fundamentação jurídica,[185] e o ***periculum in mora,*** caracterizado pela necessidade de concessão liminar para evitar dano irreparável ou de difícil reparação.[186]

Em que pese interpretação literal, a liminar em ADI possui **natureza jurídica de tutela antecipada**, na medida em que antecipa os efeitos da decisão final, suspendendo a eficácia da norma impugnada.

Quanto aos **efeitos da liminar**, podem ser diferenciados em efeito pessoal e temporal:

Efeito pessoal – *erga omnes* e vinculante

O efeito *erga omnes* está ligado à eficácia horizontal da decisão, isto é, à repercussão do julgado em relação aos atingidos pela decisão. Neste caso, todas

as pessoas são atingidas pela decisão liminar.

O efeito vinculante, por sua vez, se refere à eficácia vertical do julgado, ou seja, à força produzida pela decisão do STF. Neste caso, a decisão gera força obrigatória, não podendo o magistrado se recusar a cumprir a decisão liminar.

Efeito temporal – *ex nunc* (não retroativa)

Isto significa dizer que, como a decisão liminar não declara a inconstitucionalidade e somente suspende a eficácia da norma, não há que se falar em retroatividade dos efeitos.

Contudo, o STF tem admitido a aplicação da **modulação dos efeitos** (art. 27 da Lei 9.868/1999) **na decisão liminar**. Assim, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o STF, pelo *quorum* de oito (dois terços) dos Ministros, aplicar efeitos retroativos (*ex tunc*) ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

A liminar ainda produz o **efeito repristinatório** (art. 11, § 2.º, da Lei 9.868/1999), segundo o qual a concessão da tutela antecipada, suspendendo a lei impugnada, torna automaticamente aplicável a legislação anterior, se existente, salvo expressa manifestação do STF em sentido contrário.

E mais, não cabe pedido de reconsideração da decisão que defere a liminar suspendendo o ato impugnado.[187]

Caso a liminar seja indeferida, não se poderá falar em efeito vinculante.

6.9.1.7.3 Procedimento sumário

O art. 12 da Lei 9.868/1999 prevê a possibilidade de ser instaurado o procedimento sumário em ADI, o que ocorrerá quando houver pedido liminar, e o relator, em vez de conceder a medida precária, resolver imprimir prazos mais curtos para informações (dez dias), a manifestação do Advogado-Geral da União (cinco dias) e do Procurador-Geral da República (cinco dias).

Neste caso, ao submeter o processo ao Plenário do STF, o órgão **pode** julgar definitivamente a ação.

Este procedimento somente será utilizado quando estiverem presentes dois requisitos: I – relevância da matéria; II – especial significado para a ordem social e a segurança jurídica.

6.9.1.7.4 Informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado

Distribuída a inicial, o relator tem quatro opções: a) indeferir liminarmente a inicial; b) submeter os autos ao Pleno para análise da liminar, salvo período de recesso; c) instaurar o procedimento sumário; ou d) instaurar o procedimento comum, solicitando informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Neste último caso, os órgãos ou autoridades irão se pronunciar no prazo de **30 dias**.

6.9.1.7.5 Advogado-Geral da União (AGU)

A Constituição estabelece que, 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** (art. 103, § 3.º) no prazo de **quinze dias**.

Levando em conta que toda lei, quando editada, goza da presunção de constitucionalidade, o AGU atua exercendo a função de **curador do princípio da presunção de constitucionalidade da lei**.

A função constitucional de **defender** a norma (*defensor legis*) é obrigatória,[188] **salvo** em **duas hipóteses**:

I – Quando o STF já fixou entendimento pela inconstitucionalidade da norma impugnada;[189]

II – Quando a norma impugnada ofender os interesses da União, pois, nesse caso, haverá conflito entre as funções do AGU. De um lado, defensor da norma (art. 103, § 3.º); de outro, defensor dos interesses da União (art. 131), e, nesse caso, prevalece a função primordial de defender os interesses da União.[190]

6.9.1.7.6 Procurador-Geral da República (PGR)

O Procurador-Geral da República exerce uma importante função nos processos de controle de constitucionalidade abstrato. Além de estar legitimado para mover ações (art. 103, VI), ele será previamente ouvido como ***custos legis*** ou ***custos constitutionis*** em todas as ações de controle de constitucionalidade abstrato (art. 103, § 1.º).

Diferentemente do AGU, que possui atuação vinculada ao reconhecimento da constitucionalidade da norma, salvo nas hipóteses supramencionadas, o PGR possui atuação independente, podendo opinar livremente pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma no prazo de **quinze dias**, pois sua função é defender a Constituição e a harmonia do ordenamento jurídico-constitucional.[191]

Mesmo se o PGR for autor, poderá exercer a função de fiscal do sistema jurídico, inclusive opinando pela improcedência da ação que ele mesmo moveu, se entender necessário.

O STF reconhece o direito à sustentação oral ao PGR.[192]

6.9.1.7.7 Dilação probatória e audiência pública

Após as informações da autoridade que emanou o ato no prazo de 30 dias, a oitiva do Advogado-Geral da União em quinze dias e do Procurador-Geral da República no mesmo prazo, é possível que o relator lance o relatório, com cópia a todos os Ministros, solicitando dia para julgamento, ou realize dilação probatória.

O art. 9.º, § 1.º, da Lei 9.868/1999 possibilita que, 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.

As informações, perícias e audiências serão realizadas no prazo de **trinta dias**, contado da solicitação do relator.

Ademais, 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, no prazo de **trinta dias**.

De regra, provas são necessárias em questões que envolvam matéria de fato, o que é perfeitamente possível em ação direta de inconstitucionalidade que discuta inconstitucionalidade formal, *v.g.*, assim, se uma lei não passou corretamente pela deliberação legislativa, cabe ao Judiciário exigir cópia dos documentos que comprovam todo o trâmite do projeto de lei que gerou a lei discutida.

As audiências públicas estão cada vez mais frequentes no STF. Por meio de audiência convocada pelo relator do processo, o Órgão Supremo se aproxima do

povo, ouve setores da sociedade civil, democratiza o processo de decisão.

Já foram realizadas grandes audiências em questões de acentuada relevância social, como a audiência pública para analisar a Lei de Biossegurança, em que se discutiu a possibilidade de **pesquisas com células tronco embrionárias;**[193] audiência pública em que se discutiu a possibilidade de **importação de carcaças de pneus para fabricação de pneus usados;**[194] audiência pública sobre a possibilidade de **aborto de feto anencéfalo;**[195] audiência pública sobre o **direito à saúde;**[196] e a audiência pública sobre ação afirmativa para **reserva de vagas no ensino superior por critérios raciais**.[197]

6.9.1.7.8 Decisão

A sessão de julgamento de ação direta de inconstitucionalidade só se inicia se estiverem presentes oito (dois terços) dos Ministros (art. 22 da Lei 9.868/1999).

Para se declarar a inconstitucionalidade, é necessária **maioria absoluta,** isto é, voto de seis Ministros concordando que a norma não está de acordo com o bloco de constitucionalidade.

Na verdade, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade possuem **natureza dúplice** ou **ambivalente,** tratando-se de **ações com sinal trocado,**[198] ou seja, a improcedência de uma ação de inconstitucionalidade gera os efeitos perseguidos na ação declaratória de constitucionalidade e vice-versa. O art. 24 da Lei 9.868/1999 explica bem quando descreve que "proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória".

A ação direta de inconstitucionalidade procedente declara a **norma nula**. No sentido técnico, antes de a norma viciada ser declarada inconstitucional, será inválida, mas eficaz. Somente após a declaração de inconstitucionalidade, a norma, além de inválida, será ineficaz.

Os efeitos pessoais da declaração de inconstitucionalidade serão ***erga omnes*** e **vinculante**. A vinculação atinge os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 102, § 2.º, da CRFB). Isto significa dizer que **não vincula o poder legislativo na sua função típica (legislativa),** "que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão".[199]

Somente a declaração de inconstitucionalidade produz coisa julgada material. A declaração de constitucionalidade não produz a citada coisa julgada sob pena de petrificação do direito. Assim, mesmo que o Supremo Tribunal tenha julgado a ação improcedente (declarando a constitucionalidade), poderá, a qualquer momento, analisar novamente a matéria e, se houver mudado o entendimento (mutação constitucional), declarar a inconstitucionalidade da norma impugnada.

Pode ocorrer ainda a **transcendência dos motivos determinantes no controle concentrado**.[200] De acordo com esse raciocínio, "o alcance da eficácia vinculante pode estender-se, para além da parte dispositiva do acórdão, também aos próprios fundamentos subjacentes à decisão emanada do Supremo Tribunal Federal".[201]

Este instituto ganha grande importância quando o STF julga a inconstitucionalidade de leis estaduais ou municipais (por meio de ADPF). Neste caso, um único julgado poderá ter seus efeitos otimizados para atingir todos os Estados e Municípios do Brasil.

Outra consequência do efeito vinculante da decisão é que o seu descumprimento gera **ação de reclamação**[202] (art. 102, I, *l*, CRFB), impetrada por qualquer pessoa física ou jurídica, atingida pela decisão que descumpriu a decisão vinculante do STF. A citada reclamação, julgada procedente, tem o condão de cassar a decisão que contrariou precedente vinculante.

Entretanto, a Súmula 734 do STF limita a reclamação, estabelecendo que "não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal".

E o efeito temporal será ***ex tunc***, com a mesma possibilidade de **modulação de efeitos** (art. 27 da Lei 9.868/1999) comentada linhas atrás, no tópico referente à liminar.

Consequência lógica da declaração de inconstitucionalidade é o **efeito repristinatório.** Neste sentido, a declaração de inconstitucionalidade torna aplicável a legislação anterior caso existente, salvo expressa manifestação do STF em sentido contrário.

Em que pese posição doutrinária que sustenta a inexistência do efeito repristinatório quando há modulação dos efeitos, entendemos que mesmo que o STF estabeleça efeitos *ex nunc*, ou até mesmo prospectivo na decisão final de controle, é possível a existência do efeito repristinatório. Caso contrário, não haveria sentido aplicar efeito repristinatório na decisão liminar, pois neste caso o

efeito também é *ex nunc* (art. 11, § 2.º, da Lei 9.868/1999).

Por vezes, a norma que voltará a produzir efeitos em razão do efeito repristinatório possui o mesmo vício da norma objeto de ADI. Neste caso, é necessário que o legitimado ativo requeira **expressamente** a declaração de inconstitucionalidade das duas normas (atual e repristinada), sob pena de não conhecimento da ADI.[203]

É aplicado às decisões em controle de constitucionalidade proferidas pelo STF o **princípio da parcelaridade**. Significa dizer que o Tribunal Máximo pode declarar a inconstitucionalidade de uma palavra do texto de um dispositivo, desde que não altere o sentido da norma ou que o dispositivo tenha existência autônoma sem a palavra suprimida.

Cumpre notar que o princípio lançado não se aplica ao veto parcial, pois o Presidente da República deve extirpar toda a frase da lei vetada (art. 66, § 2.º).

No tocante à **recorribilidade da decisão** proferida em ADI, cumpre dizer que a decisão é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.

Os embargos de declaração somente poderão ser oferecidos pelo requerente ou requerido, sendo vedado o manejo desse recurso por terceiros ou pelo Advogado-Geral da União.

6.9.1.7.9 Coisa julgada inconstitucional

A coisa julgada inconstitucional ou sentença inconstitucional são as decisões judiciais que têm por fundamento lei ou ato normativo, posteriormente declarado inconstitucional pelo STF no controle abstrato.

Como vimos antes, as decisões em sede de controle concentrado e abstrato possuem, de regra, efeitos *erga omnes*, vinculante e *ex tunc*.

Apesar disso, a declaração de inconstitucionalidade com efeitos retroativos não possui força de, por si, desconstituir sentenças ou acórdãos que utilizaram os dispositivos inconstitucionais. Porém, nada impede a utilização da **ação rescisória** (art. 485, V, do CPC) para desconstituir o julgado[204] dentro do prazo de dois anos previsto para propositura da referida ação (art. 495 do CPC), devendo ser afastada a incidência da Súmula 343 do STF.

Se, por um lado, a coisa julgada deve ser respeitada, em razão do princípio da segurança jurídica e da autoridade das decisões judiciais, por outro há de

prevalecer o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, a força normativa da Constituição e a igualdade.

Inclusive, qualquer juiz ou Tribunal, diante de sentença inconstitucional, pode deixar de cumpri-la, uma vez que ninguém é obrigado a cumprir decisões manifestamente inconstitucionais.

Apesar de a posição apresentada ser majoritária, há aqueles que, como Teresa Arruda Alvim Wambier, entendem que a sentença inconstitucional sequer transita em julgado, não cabendo assim ação rescisória, *in litteris*: "Na esteira do que entende a doutrina mais qualificada e felizmente boa parte da jurisprudência, estas sentenças não têm aptidão para transitar em julgado e, portanto, não devem ser objeto de ação rescisória, já que não está presente o primeiro dos pressupostos de cabimento daquela ação: sentença de mérito transitada em julgado. Em nosso entender, pode-se pretender, em juízo, a *declaração* no sentido de que aquele ato se consubstancia em sentença juridicamente inexistente por meio de ação de rito ordinário, cuja propositura não se sujeita à limitação temporal".[205]

Bem, voltemos à majoritária. Além da ação rescisória, se a sentença respaldada em artigo inconstitucional ainda não foi executada na data da declaração de inconstitucionalidade, pode o futuro executado impugnar a execução alegando inexigibilidade do título executivo (sentença ou acórdão) com base no art. 475-L, II, § 1.º, do CPC.[206]

E mais, sustentamos que, caso já tenha transcorrido dois anos do trânsito em julgado da sentença inconstitucional, seria possível a propositura de *querela nullitatis*.

6.9.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC)

6.9.2.1 Introdução

Única ação de controle de constitucionalidade adicionada à Constituição por emenda constitucional (EC 03/1993), a ação declaratória de constitucionalidade é ação que busca conceder segurança jurídica aos dispositivos legais federais.

Na realidade, toda lei ou ato normativo, quando editado, goza de presunção relativa de constitucionalidade. Por ser "relativa", possibilita prova em contrário, sendo possível qualquer particular mover arguição incidental de inconstitucionalidade. Nesse sentido, qualquer juiz pode declarar a norma

constitucional ou inconstitucional. Por isso, pode existir uma série de decisões em um e outro sentido, gerando insegurança jurídica quanto à manutenção do dispositivo no ordenamento jurídico.

Para isso, foi criada a ADC. Por meio desta, o STF poderá confirmar a constitucionalidade do dispositivo duvidoso, concedendo a sua decisão efeito *erga omnes* e vinculante, para evitar novas controvérsias.

Tanto é fato que o art. 14, III, da Lei 9.868/1999 exige que a inicial indique "a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória", isto é, não se admite ADC sobre matéria pacífica.

Na ADC 8, a Corte se manifestou sobre a exigência de controvérsia e ainda afirmou que é essencial instruir a inicial com diversas decisões antagônicas.[207]

Por outro lado, não é correto pensar que, com ADC procedente, a presunção relativa de constitucionalidade se transformaria em presunção absoluta. Isso porque ainda é possível o STF reanalisar, tempos depois, a norma declarada constitucional e mudar de entendimento, passando a declará-la inconstitucional.[208]

Explica-se: após declarar a constitucionalidade da norma, o STF muda o entendimento sobre a norma parâmetro (mutação constitucional). Com isso, a lei, outrora constitucional, passa a ser incompatível com a nova interpretação concedida à norma constitucional, podendo, assim, o STF declarar a norma inconstitucional por meio de ADI, por exemplo.

Em tempo, é bom que se reforce que as únicas normas que gozam de presunção absoluta de constitucionalidade são as normas constitucionais produzidas pelo poder constituinte originário.[209]

6.9.2.2 Conceito

Ação declaratória de constitucionalidade é a ação de processo objetivo que tem por fim confirmar a constitucionalidade de lei ou ato normativo **federal** cuja legitimidade esteja sendo questionada por diversas **decisões judiciais** contraditórias.

É bom observar que, como visto no tópico anterior, só será possível a impetração da referida demanda quando houver controvérsia judicial, **não sendo possível propositura de ADC para questionar dispositivo pacífico, nem para analisar controvérsia doutrinária**.

6.9.2.3 Natureza jurídica

Em que pese respeitável posição de José Afonso da Silva, segundo o qual o processo de ação declaratória de constitucionalidade é um processo subjetivo, na medida em que é necessário provar controvérsia em situações concretas e subjetivas,[210] acolhemos o posicionamento chancelado pelo STF,[211] segundo o qual a ação declaratória de constitucionalidade é um **processo objetivo**, de controle abstrato.

Isso porque, apesar da juntada de documentos que comprovem a divergência jurisprudencial, o que é julgado na ADC é a norma, abstratamente considerada, ou seja, se o dispositivo suscitado está de acordo com os preceitos constitucionais, independentemente sobre quem este incide.

6.9.2.4 Finalidade

A ADC visa a confirmar a constitucionalidade, diminuindo a incerteza jurídica na aplicação da lei em defesa do princípio de presunção de constitucionalidade da norma.

6.9.2.5 Objeto

Pela dicção do art. 102, I, *a*, somente é cabível ADC sobre **lei ou ato normativo federal primário posterior à Constituição**.

É bom esclarecer que norma primária é a que encontra seu fundamento de validade diretamente na CRFB, não havendo nenhum ato entre a norma analisada e a Constituição.

Desta forma, não cabe ADC de norma secundária, norma estadual, distrital, municipal ou anterior à Constituição.

É possível que os Estados-membros criem ADC por meio de suas Constituições, por diversos motivos:

a) a autonomia dos Estados lhes concede o poder de auto-organização e autolegislação;
b) a Constituição da República concedeu aos Estados o poder de criarem a representação de inconstitucionalidade (art. 125, § 2.º). Nestes termos, ao julgar improcedente a citada representação, faz com que o

Tribunal de Justiça declare a norma objeto constitucional, gerando os mesmos efeitos de uma ADC em âmbito estadual;

c) a competência residual conferida aos Estados (art. 25, § 1.º) concede ao ente o poder de legislar sobre as matérias que não lhes seja vedada pela Constituição. Desta sorte, como não há vedação expressa, é possível os Estados criarem ADC.

6.9.2.6 Legitimidade

Inicialmente, cabe afirmar que não existe legitimidade passiva na ação declaratória de constitucionalidade, uma vez que não faz sentido intimar um órgão para prestar informações sobre a edição de uma norma "supostamente constitucional". O STF possibilita a manifestação de qualquer legitimado da ADI, que pode se insurgir contra a norma objeto.

Quanto à legitimidade ativa, o art. 13 da Lei 9.868/1999, reproduzindo o texto do revogado § 4.º do art. 103 da CRFB, concedeu legitimidade restrita para propositura da ADC. Somente poderia propor a referida ação o Presidente da República, o Procurador-Geral da República e as Mesas diretoras da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Este cenário mudou com a publicação da Emenda Constitucional 45/2004, que revogou o § 4.º do art. 103 e alterou o *caput* do referido artigo e, onde estava escrito "Podem propor a ação de inconstitucionalidade", passou a vigorar a seguinte redação: "Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade", ampliando o rol de legitimados para ADC.

Nesse sentido, os legitimados para ADI e ADC passaram a ser os mesmos, com as mesmas exigências quanto à pertinência temática e prerrogativas quanto à capacidade postulatória, motivo pelo qual, para evitar ser prolixo, remetemos o leitor ao capítulo sobre legitimidade, pertinência temática e capacidade postulatória destinado à ADI.

Quanto ao ***amicus curiae,*** apesar do veto presidencial ao art. 18, § 2.º, da Lei 9.868/1999, que concedia *amicus curiae* à ADC, o STF admite o "interventor" mediante a aplicação analógica ao art. 7.º, § 2.º, da mesma lei, que concede *amicus curiae* em ADI.

Nas razões ao veto do art. 18, § 2.º, o próprio Presidente da República afirmou: "O veto ao § 2.º constitui consequência do veto ao § 1.º. Resta assegurada, todavia, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, por meio de

interpretação sistemática, admitir no processo da ação declaratória a abertura processual prevista para a ação direta no § 2.º do artigo 7.º".[212] Nesse passo, por aplicar as regras pertinentes à ADI no que diz respeito ao *amicus curiae*. Da mesma forma, para não nos tornarmos repetitivos, remeto o leitor ao capítulo pertinente à intervenção de terceiro e *amicus curiae* tratado na ADI.

6.9.2.7 Procedimento

Tratado na mesma Lei (9.868/1999), o procedimento em ADC se assemelha ao que ocorre na ADI. Poderíamos falar que é a mesma estrutura com algumas nuances, as quais passaremos a analisar.

6.9.2.7.1 Inicial

A petição inicial em ADC deve indicar o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido, o pedido, com suas especificações e a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória (art. 14 da Lei 9.868/1999).

Quando subscrita por advogado, a petição inicial deve ser instruída com instrumento de procuração, sendo apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato normativo questionado e dos documentos necessários para comprovar a procedência do pedido de declaração de constitucionalidade.

Proposta a ação declaratória, não se admitirá desistência.

6.9.2.7.2 Indeferimento liminar

Assim como na ADI, a petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator, sendo possível o recurso de agravo interno da decisão que indeferir a petição inicial, no prazo de 5 (cinco) dias (art. 15 da Lei 9.868/1999).

Esse agravo possibilitará ao plenário do STF analisar a decisão de indeferimento liminar.

6.9.2.7.3 Medida cautelar

A medida cautelar em ADC será concedida pelo *quorum* de maioria absoluta do STF, salvo período de recesso, em que o relator poderá deferir a liminar, devendo submeter ao plenário ao retornarem do recesso.

O STF pode analisar a liminar ao receber a inicial ou determinar a oitiva do Procurador-Geral da República antes de proferir a decisão precária.

A liminar consiste na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

Ocorre que, após a publicação da decisão liminar, o Pretório Excelso passa a ter o prazo de **180 (cento e oitenta) dias** para proferir a decisão final. Caso não o faça, escoado o prazo citado, a liminar perde a eficácia e os processos que discutem a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ADC voltam a ser analisados pelos juízes das instâncias inferiores, mesmo correndo o risco de decisões conflitantes.

A medida cautelar produz efeitos ***erga omnes*, vinculante e *ex nunc*** (não retroativos).

6.9.2.7.4 Informações

Como na ADC o objetivo é buscar a confirmação de constitucionalidade da norma, não há necessidade de solicitar informações do ente que editou a lei ou ato normativo.[213]

Entretanto, é possível que, com base no art. 20, § 2.º, da Lei 9.868/1999, sejam solicitadas informações de Tribunais Superiores, Tribunais federais e/ou Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma questionada no âmbito de sua jurisdição, que serão prestadas no prazo de 30 (trinta) dias. Isso certamente trará mais subsídios para o julgador e, consequentemente, segurança ao julgado.

O mesmo art. 20, em seu § 1.º, autoriza que, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, o relator poderá 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, o que também ocorrerá no prazo de 30 (trinta) dias (art. 20, § 3.º, da Lei 9.868/1999).

6.9.2.7.5 Advogado-Geral da União (AGU) e Procurador-Geral da República (PGR)

Como o AGU funciona como ***defensor legis***, sustentando a constitucionalidade da norma, não há necessidade de ser ouvido, pois somente

reforçaria o coro do legitimado ativo, que busca exatamente o mesmo.

Ademais, a lei que trata do tema em nenhum momento se referiu ao AGU em processo de ação declaratória de constitucionalidade.

Já o Procurador-Geral da República será ouvido em todos os processos de competência do STF, inclusive na ADC.

Em razão de sua independência, o PGR poderá mover a referida ação, buscando a constitucionalidade da norma e, posteriormente, mudar seu raciocínio sobre a norma questionada e dar parecer, como *custos legis*, insurgindo-se contra a norma.

6.9.2.7.6 Decisão final

Os efeitos da decisão são similares aos proferidos em ADI, inclusive são tratados nos mesmos artigos (arts. 22 e seguintes).

Desta forma, os efeitos serão ***erga omnes*, vinculante e *ex tunc***.

O efeito *erga omnes* e vinculante limita as decisões a serem proferidas, impedindo que o magistrado *a quo* profira julgamentos conhecendo da inconstitucionalidade de norma que o STF declarou constitucional.

Como afirmado anteriormente, o efeito vinculante não vincula o legislativo, que poderá revogar a norma declarada constitucional, nem o próprio STF, que pode proferir decisões contrárias ao reconhecimento da constitucionalidade. Este raciocínio visa a evitar a **fossilização do direito**, pois, caso contrário, concederíamos petricidade a normas infraconstitucionais.

Da decisão citada não caberá nenhum recurso, ressalvada a possibilidade de embargos de declaração. Da mesma forma, não é cabível a propositura de ação rescisória de decisões proferidas em ADC.

Repise que a ADC e a ADI são ações com sinal trocado,[214] pois a improcedência de uma ação gera os efeitos da outra. Nestes termos, o art. 24 da Lei 9.868/1999 preceitua que, “proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória”.

6.9.2.7.7 Modulação dos efeitos

O art. 27 da Lei 9.868/1999 dispõe que “ao declarar a **inconstitucionalidade**

de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

Por falar em "inconstitucionalidade", somos induzidos a pensar que não há possibilidade de modulação de efeitos em ADC. Porém, devemos lembrar que a ADC improcedente gera os efeitos da ADI, isto é, declaração de inconstitucionalidade (art. 24 da Lei 9.868/1999).

Desta sorte, caso a ADC seja julgada **improcedente,** é possível modulação dos efeitos.

6.9.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO)

6.9.3.1 Introdução

Somente em 1974, na Constituição da Iugoslávia, o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão foi positivado; dois anos depois, em 1976, a Constituição portuguesa repetiu a previsão, e foi com base nessa Constituição que o Brasil criou a sua própria ação de inconstitucionalidade por omissão.

Essa necessidade surgiu em razão do dirigismo constitucional e da grande quantidade de normas de eficácia limitada, pois, para sua completa efetividade, dependem de atuação do legislador ordinário; a Constituição brasileira de 1988, além de criar o mandado de injunção, buscou inspiração lusitana[215] para criar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, também conhecida como **ação supridora de omissão**.

Assim, foram criadas duas ações para combater a **síndrome de inefetividade** dos poderes públicos no que concerne à função de legislar: o mandado de injunção, voltado para o controle concreto de constitucionalidade, o qual veremos adiante, e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão destinada ao controle abstrato de constitucionalidade, a qual passaremos a analisar.

6.9.3.2 Conceito

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) tem por fim cientificar o poder competente da mora legislativa na regulamentação de norma

constitucional de eficácia limitada, inércia que impossibilita o exercício de direitos previstos na Constituição.

A inconstitucionalidade surge quando ocorre a **subversão da vontade,** isto é, quando a vontade do legislativo ou executivo prevalece sobre a vontade do povo, quando a inação se dá por negligência e não por falta de tempo, ofendendo o estado democrático de direito (art. 1.º, parágrafo único, da CR).

Importante notar que a lacuna técnica não gera a inconstitucionalidade por omissão, pois ela será resolvida por meio da analogia, costumes e princípios gerais de direito (art. 4.º da LINDB).

6.9.3.3 Natureza jurídica

O processo instaurado em ADO possui natureza objetiva e tem por escopo a defesa da integralidade da vontade constitucional.[216]

6.9.3.4 Finalidade

A ADO tem por finalidade conceder plena efetividade às normas constitucionais de eficácia limitada que dependam da elaboração de atos normativos ou medidas administrativas necessárias à realização dos seus comandos.

A missão é difícil, posto que nenhuma Constituição na história do Brasil conseguiu ter a plena efetividade, pois sempre foram revogadas antes de serem plenamente regulamentadas.

6.9.3.5 Objeto

Diferentemente do que ocorre na ação direta de inconstitucionalidade por ação, em que existe um amplo espectro para normas-parâmetro, no caso da ADO somente as **normas constitucionais de eficácia limitada** podem ser consideradas como parâmetro de controle, pois, como já analisado no tópico dedicado às normas constitucionais, as normas que possuem eficácia plena e contida são aplicadas de imediato, independentemente da atuação legislativa.

Quanto ao objeto, não se tem uma norma, e sim uma inação, inércia, que pode ser de cunho legislativo, na edição de normas primárias, ou executivo, quando lhe couber expedir atos secundários de caráter geral, como regulamentos, instruções ou resoluções.[217] Por isso, o que se busca é uma **medida de natureza**

normativa.

A inércia inconstitucional pode ser:

a) Total ou absoluta – quando o órgão ou autoridade competente se abstém totalmente de seu dever constitucional.

b) Parcial, que se divide em:

b.1) omissão parcial propriamente dita – quando se elabora a norma, contudo é insuficiente, não atingindo o fim colimado pela Constituição. Exemplo clássico é a lei que fixa o salário mínimo. A norma existe, contudo não consegue alcançar todas as exigências constitucionais previstas no art. 7, IV, da CR.[218]

b.2) omissão relativa – quando a norma exclui de seu âmbito de incidência determinada categoria que nele deveria estar abrangida.

Em tese, é possível conceber inércia até mesmo do Judiciário, quando, *e.g.*, não elabora o próprio regimento interno (art. 96, I, da CR).[219]

É bom que se diga que esta medida de natureza normativa pode ser manejada também para cientificar órgãos estaduais inertes; assim, é cabível ADO para obrigar os Estados a regulamentarem norma insculpida na Constituição da República.[220]

Caso emenda constitucional revogue norma-parâmetro, a ADO é extinta, pois o provimento judicial não será mais necessário.

Se houver iniciativa da medida normativa perseguida, a ADO será extinta, pois o máximo que a decisão na ADO faria seria cientificar o poder competente para adoção das providências, como a iniciativa do projeto de lei.

Como afirmado, até mesmo inércia em normas secundárias, tais como regulamentos e instruções, pode ser objeto desta ação de controle.[221]

6.9.3.6 Fungibilidade entre ação direta de inconstitucionalidade por ação e por omissão

Diante de algumas omissões parciais fica difícil descobrir qual é a melhor ação a ser proposta.

Imaginemos, por exemplo, uma determinada lei que concede benefícios aos

magistrados da entrância especial, omitindo o benefício aos magistrados das demais entrâncias. Neste caso, temos duas opções: a) propositura de ação direta de inconstitucionalidade por omissão parcial ou b) ação direta de inconstitucionalidade por ação, para declarar a inconstitucionalidade da palavra "entrância especial" com o fim de estender o benefício a todos.

Nesta situação um tema vem à baila. Seria possível aplicar a fungibilidade (conversão) entre as ações de controle por ação e omissão? Essa questão tem grande importância prática, pois, caso seja proposta uma ação e o STF entender se tratar da outra, pode continuar a demanda como a ação que entende devida.

Por anos, a jurisprudência do STF foi pela inadmissibilidade de fungibilidade destas ações.[222] Contudo, no julgamento conjunto das ADIs 875, 1.987, 2.727 e 3.243, ocorreu a tão esperada alteração da orientação, passando a **admitir a fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e as ações diretas de inconstitucionalidade por omissão**, quando em causa omissões legislativas inconstitucionais parciais.[223]

A questão é simples. Seja na ADI ou ADO, o que se tem é um pedido de declaração de inconstitucionalidade.

Por se tratar de mudança jurisprudencial, vale uma rápida explanação das ações que ensejaram esta alteração.

As ADIs 1.987 e 3.243, ambas de autoria do Estado do Mato Grosso:

a) Na primeira, requereu-se a declaração de inconstitucionalidade **por omissão** da Lei Complementar 62/89, ao argumento de que estaria em mora o Congresso Nacional em cumprir com rigor o disposto no art. 161, II, da Constituição, não estabelecendo critérios bastantes para a repartição dos recursos componentes do Fundo de Participação dos Estados – FPE.
b) Na segunda, com objeto e parâmetro de controle idênticos, requereu-se a declaração de inconstitucionalidade **por ação** total da lei complementar, fundado nas mesmas causas de pedir, ou seja, na inexistência de parâmetros adequados para a operação da mesma repartição de recursos do FPE.

No mesmo sentido, o pedido de declaração de inconstitucionalidade **por ação** contido na ADI 875 fundava-se na alegada ausência de critérios

constitucionalmente adequados para a referida partição de receitas tributárias.

Já a ADI 2.727, proposta pelo Governador do Mato Grosso do Sul, tinha por objeto **a omissão** inconstitucional consubstanciada na ausência de legislação específica para fixação dos critérios de rateio do FPE.

Pode-se perceber que as quatro ações diretas, seja por ação ou omissão, acabavam por ter o mesmo objeto, qual seja, a **inconstitucionalidade** da Lei Complementar 62/1989 em razão de sua incompletude. Nestes termos, por possuírem o mesmo objeto (inconstitucionalidade), foi possível a fungibilidade entre as ações.

6.9.3.7 Legitimidade ativa

Os legitimados para ADO são os mesmos que para ADI, com uma ressalva: os legitimados para ADO que puderem ter iniciativa da norma perseguida **não** podem mover a referida ação.

A razão é simples: se, *v.g.*, o Presidente da República pode propor diretamente o projeto de lei no legislativo, para que a autoridade moveria ação para cientificá-lo da inércia?

No que diz respeito à capacidade postulatória, pertinência temática, intervenção de terceiros, a regra é a mesma estabelecida para ADI, motivo pelo qual remetemos o leitor ao capítulo pertinente.

6.9.3.8 Procedimento

Acabando com uma omissão que perdurou 21 (vinte e um) anos, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi regulamentada. A Lei 12.063/2009 incluiu oito artigos na Lei 9.868/1999, que agora possui os arts. 12-A ao 12-H.

6.9.3.8.1 Inicial

A petição deverá indicar 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.

Quando subscrita por advogado, a petição inicial deverá ser instruída com instrumento de procuração.

Será ainda apresentada em 2 (duas) vias, devendo conter cópias dos

documentos necessários para comprovar a alegação de omissão.

Proposta a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não se admitirá desistência.

6.9.3.8.2 Indeferimento liminar

Assim como as ações anteriores, a petição inicial inepta, não fundamentada ou manifestamente improcedente será liminarmente indeferida pelo relator. Desta decisão caberá agravo para o pleno do STF no prazo de 5 (cinco) dias.

6.9.3.8.3 Medida cautelar

Em que pese posição firmada pelo STF no sentido da inadmissibilidade de liminar em ADO,[224] a Lei 12.063/2009, que, como dito, alterou a Lei 9.868/1999, trouxe a possibilidade de concessão de medida liminar neste tipo de demanda.

Dispõe o art. 12-F que, em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias.

Prevê ainda que o relator, julgando indispensável, poderá ouvir o Procurador-Geral da República, no prazo de 3 (três) dias.

Ademais, no julgamento do pedido de medida cautelar, passou-se a admitir a sustentação oral dos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela omissão inconstitucional, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

Quanto aos efeitos, a liminar se dividirá:

a) em se tratando de omissão parcial, a medida cautelar pode consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, ou na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos;
b) no caso de omissão total, como não há lei a ser suspensa, a liminar terá por fim a suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos em curso, para evitar decisões contraditórias.

Nas duas hipóteses, é facultada ainda outra providência a ser fixada pelo Tribunal.

6.9.3.8.4 Informações

As informações devem ser prestadas pelo órgão ou autoridade omissa, justificando a inércia, no prazo de 30 dias.

O art, 12-E, § 1.º, da Lei 9.868/1999 autoriza ainda que os demais legitimados para propositura da ADO 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 apresentem memoriais.

6.9.3.8.5 Advogado-Geral da União (AGU) e Procurador-Geral da República (PGR)

Como o Advogado-Geral da União atua como curador da lei, na ação em que se discuta omissão total, o AGU não se manifestará pelo simples fato de que não há lei para ser protegida.

Já quando houver omissão parcial, o AGU será ouvido para zelar pela parte existente. Esta é a razão pela qual o art. 12-E, § 2.º, afirma que o relator **poderá** solicitar a manifestação do Advogado-Geral da União, que deverá ser encaminhada no prazo de 15 (quinze) dias.

Já o Procurador-Geral da República terá 15 dias para se manifestar em todas as ações de inconstitucionalidade por omissão, mesmo que ele as tenha formulado ao arrepio do art. 12-E, § 3.º, da Lei 9.868/1999.

A justificativa é que atuará em funções distintas, uma como legitimado ativo e outra como *custos legis*, gozando de independência em relação a sua manifestação como fiscal da lei.

Ademais, o art. 103, § 1.º, da CRFB afirma que “o Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal”.

6.9.3.8.6 Decisão final

Inicialmente, a Constituição impôs uma conduta reativa do Judiciário, impondo-lhe o dever de simplesmente cientificar o poder competente para adoção das providências necessárias. Nesse sentido, o art. 103, § 2.º, da CRFB:

“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”.

Ocorre que, diante de tamanhas omissões e ciências aos órgãos competentes sem providências, o STF começou a mudar a postura, adotando posição proativa, ideal para o Estado Democrático de Direito.

Em mandado de injunção, começou-se a implementar direitos, como nos MI 670, 712 e 721, os quais veremos no capítulo pertinente. E em ADO não foi diferente, e pareceu estar mudando de entendimento.[225]

Entretanto, a Lei 12.063/2009, ao incluir o art. 12-H na Lei 9.868/1999, retrocedeu e adotou a postura reativa prevista na Constituição, consolidando o entendimento segundo o qual, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. Sendo que, em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.

Prevaleceu assim o princípio da conformação legislativa, em que é o Poder Legislativo que tem a atribuição de escolher o melhor momento para edição da norma.

Mas em se tratando de órgão administrativo, a decisão deve ser cumprida em 30 dias sob pena de responsabilização.

No tocante aos efeitos, a decisão que declara a inconstitucionalidade por omissão gera efeitos ***erga omnes, vinculante* e *ex nunc*** (não retroativa).

Quanto ao efeito *erga omnes e vinculante é bom que se diga que ele produz efeitos* em relação a outros órgãos judiciais, ou seja, em um processo no qual uma das partes invoque como argumento ou fundamento do pedido o fato de existir omissão inconstitucional na matéria, declarada pelo STF, não poderá o órgão jurisdicional trabalhar sobre premissa diversa.[226]

O efeito não retroativo, apesar de ser o melhor entendimento, não encontra pacificidade na doutrina. Alexandre de Moraes entende que os efeitos seriam *ex tunc*.[227] Contudo, entendemos que melhor razão assiste a Luís Roberto Barroso, que leciona: “Quanto aos efeitos temporais, como assinalado, não há analogia precisa com os da declaração de inconstitucionalidade por ação, que como regra

retroagem ao momento de ingresso do ato no mundo jurídico. No caso de omissão, é preciso aguardar um período razoável para sua caracterização. Existe razoabilidade na tese de que, à vista da natureza constitutiva da decisão relativa à mora do Poder Público, este seria o termo inicial a partir do qual a omissão produziria efeitos".[228]

José Afonso da Silva discorda da posição majoritária sobre o efeito pessoal proferido em ADO. Segundo seu raciocínio, o efeito seria *interpartes*, pois "não se cogitará, portanto, de efeito *erga omnes*, mas de determinação diretamente dirigida a um poder".[229]

6.9.3.9 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão x mandado de injunção

Por ser uma questão comum a ser perguntada pelos alunos, é bom traçar distinção entre ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção, duas ações surgidas em 1988 para combater a morosidade do Poder Público. Assim, para diferenciar duas ações aparentemente similares, acreditamos que seria mais didático demonstrar com o seguinte quadro comparativo:

Ação	Mandado de Injunção	ADI por omissão
Base constitucional	Art. 5.º, LXXI	Art. 103, § 2.º
Natureza Jurídica	Remédio constitucional	Ação de controle concentrado de constitucionalidade
Legitimidade ativa	Titular do direito material (mandado de injunção individual) ou os legitimados pelo art. 5.º, LXX, CR (mandado de injunção coletivo)	Art. 103, I a IX, CR
Competência	Depende da autoridade competente para edição da norma (ex.: 102, I, *q*, e 105, I, *h*, CR)	Supremo Tribunal Federal
Tipo de controle	Concreto	Abstrato

Órgão omissivo	órgão, entidade ou autoridade federal, estadual, distrital e municipal da administração direta ou indireta	Poderes Legislativo e Executivo
Objeto	Tutela direito subjetivo	Tutela direito objetivo
Conteúdo das decisões	Mandamental, condenatória ou constitutiva	Mandamental
Eficácia pessoal da decisão	*Interpartes* ou *erga omnes*	*Erga omnes*

6.9.4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)

6.9.4.1 Introdução

Em 1988, o constituinte introduziu na Carta Política o art. 102, parágrafo único, transformado em § 1.º pela EC 3/1993, contemplando a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Porém, o dispositivo foi econômico, posto que somente traz a informação de que compete ao Supremo Tribunal Federal apreciar a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Em razão disso, o STF entendeu que a previsão contida no art. 102, § 1.º, traduzia uma norma constitucional de eficácia limitada, dependendo do legislador ordinário para poder ser analisada pelo STF.

Assim, o anteprojeto da lei foi elaborado pelo Ministério da Justiça por meio de uma comissão de juristas, dentre os quais Oscar Dias Corrêa, Arnoldo Wald, Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes.

Em 03 de dezembro de 1999, a Lei 9.882/1999 foi publicada, disciplinando a ADPF.

Porém, poucos meses depois, em junho de 2000, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil impetrou ação direta de inconstitucionalidade (ADI 2.231/DF), impugnando diversos dispositivos da referida lei. Esta ação ainda está em análise no Supremo Tribunal Federal.

A ADPF, nos moldes da utilizada no Brasil, é típica do Direito brasileiro. Não se pode omitir que foram duas as fontes de inspiração para esta ação: a) recurso constitucional do direito Alemão; b) recurso de amparo do direito Espanhol.

Entretanto, apesar da inspiração inicial, restou pouca identidade entre a ADPF e os recursos que a inspiraram, adquirindo nítidos contornos próprios.

6.9.4.2 Conceito

Ação de competência originária do STF que tem por fim evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, bem como resolver controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

6.9.4.3 Natureza jurídica

A ADPF assume feição eminentemente objetiva.[230] A dúvida surge quando a ADPF é suscitada como incidente processual, havendo quem levante uma possível natureza subjetiva. Porém, o entendimento dominante mantém, por seus efeitos, a natureza objetiva.

6.9.4.4 Preceito fundamental

Quanto ao **preceito fundamental**, é bom que não se confunda com princípio fundamental. Topologicamente, estes estão elencados no título I da Constituição, entre os arts. 1.º e 4.º. Já os preceitos estão espalhados pelo Diploma Constitucional, como, por exemplo, arts. 1.º ao 4.º (princípios fundamentais); arts. 5.º ao 17 (direitos fundamentais); art. 34, VII (princípios constitucionais sensíveis); art. 37, *caput* (princípios da administração pública); art. 60, § 4.º (cláusulas pétreas).[231]

Somente à guisa de esclarecimento, os princípios fundamentais fazem parte do grupo de preceitos fundamentais, podendo ser considerados espécies do gênero preceito.

No sentido conceitual, os princípios fundamentais constituem a base do ordenamento constitucional. Já preceito fundamental é o conjunto de normas que asseguram a estabilidade do ordenamento democrático, ou seja, todos os preceitos constitucionais de natureza fundamental.[232]

Assim, ao contrário da ADI, que tem por parâmetro todos os dispositivos constitucionais, além do bloco de constitucionalidade, a ADPF contida no art. 1.º, *caput*, da Lei 9.882/1999 possui como parâmetro somente alguns dispositivos da Constituição, considerados essenciais para a manutenção da

ordem constitucional.

6.9.4.5 Objetivo e objeto

O art. 1.º da Lei 9.882/1999 prevê que a ADPF possui três **objetivos**:

a) evitar lesão a preceito fundamental;
b) reparar lesão a preceito fundamental;
c) resolver controvérsia constitucional, pacificando questões polêmicas.

Quanto ao **objeto,** o rol é abrangente:

a) Ato do poder público;
b) Lei ou ato normativo Federal;
c) Lei ou ato normativo Estadual;
d) Lei ou ato normativo Distrital;
e) Lei ou ato normativo Municipal.

Importante notar que essas leis ou atos normativos citados podem ter sido editados a qualquer tempo, antes ou depois da Constituição de 1988.

É bom notar que o art. 1.º, *caput*, da Lei 9.882/1999 informa que o primeiro objeto é evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de **ato do poder público**, isto é, ato das autoridades públicas, seja qual for o órgão que ofender preceito fundamental constitucional.

Contudo, temos que observar que a **ADPF é uma ação residual** (ou subsidiária), não cabendo esta ação quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade (art. 4.º, § 1.º, da Lei 9.882/1999). Nesse passo, se houver outro meio que resolva o imbróglio de forma ampla, geral e imediata,[233] não caberá ADPF.

Nestes termos, não caberá ADPF, por exemplo, contra sentença, porque cabe recurso, contra decreto expropriatório, pois será cabível mandado de segurança e contra contrato administrativo, eis que é possível ação civil pública e/ou ação popular.

Ainda cabe ADPF para solver controvérsia que envolva lei federal, estadual, distrital, municipal e as anteriores à Constituição. Aliando este dispositivo à

residualidade desta ação, podemos verificar um grande leque de possibilidades para esta demanda, como **controvérsia sobre lei anterior à Constituição, independentemente do ente federado que editou a norma**. Assim, a provocação do STF sobre a recepção ou não do direito pré-constitucional se faz por ADPF.[234] Da mesma forma, **resolver controvérsia constitucional de norma estadual, distrital ou municipal, mesmo que posteriores à Constituição,** será por meio de ADPF, na medida em que não se admite ação declaratória de constitucionalidade (ADC) destas espécies normativas (art. 102, I, *a*, da CRFB).

Questão interessante surgiu na ADPF 144,[235] que discutiu a constitucionalidade de artigos da LC 64/1990. A princípio, poderia-se pensar que, como é sobre a norma do ano de 1990, e posterior à Constituição, a ação cabível seria ADI. Porém, a norma-parâmetro, art. 14, § 9.º, da CRFB, foi alterada pela Emenda Constitucional de Revisão 4, em 1994. Desta forma, como a lei foi editada antes da Emenda Constitucional de Revisão, a norma objeto torna-se pré-constitucional e, por isso, surge a necessidade de ser analisada a recepção ou não desta lei infraconstitucional.

Nesta hipótese, não caberia ADI, porque o parâmetro de controle é posterior à edição da norma.

6.9.4.6 Conversão de arguição de descumprimento de preceito fundamental em ação direta de inconstitucionalidade

Assim como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão pode ser convertida em ação direta de inconstitucionalidade por ação, o **STF admite a possibilidade de converter a ADPF proposta por ADI e vice-versa.**[236]

Na análise da ADPF 72 QO/PA, a Relatora Ministra Ellen Gracie entendeu que: "1. O ato normativo impugnado é passível de controle concentrado de constitucionalidade pela via da ação direta. Precedente: ADI 349. Relator: Ministro Marco Aurélio. Incidência, no caso, do disposto no artigo 4.º, § 1.º, da Lei 9.882/1999; 2. **Questão de ordem resolvida com o aproveitamento do feito como ação direta de inconstitucionalidade, ante a perfeita satisfação dos requisitos exigidos à sua propositura (legitimidade ativa, objeto, fundamentação e pedido)**, bem como a relevância da situação trazida aos autos, relativa a conflito entre dois Estados da Federação".[237]

Ademais, admite-se pedido subsidiário. Explica-se: em julho de 2009, a Procuradoria-Geral da República ajuizou no Supremo Tribunal Federal uma

ADPF (178/DF) pleiteando o reconhecimento da união homoafetiva.

No mesmo mês, o presidente do Supremo Tribunal Federal à época, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, solicitou que a Procuradoria-Geral da República esclarecesse quais tinham sido os atos do Poder Público que vinham violando os preceitos fundamentais citados.

Na petição de esclarecimento, foi apresentado ainda o pedido subsidiário para converter a arguição de descumprimento de preceito fundamental em ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil, para que ocorra uma interpretação extensiva, vindo assim a alcançar também a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Em atendimento ao pedido subsidiário apresentado pela PGR em sua resposta, determinou-se a reclassificação e reautuação como ação direta de inconstitucionalidade, a qual recebeu o número 4.277/DF.

6.9.4.7 Tipologia e modalidades

No tocante aos **tipos de arguição de descumprimento de preceito fundamental**, podemos afirmar que existem três tipos:

a) **preventiva** – busca evitar lesão a preceito fundamental (art. 1.º, *caput*, da Lei 9.882/1999);

b) **repressiva** – tem por escopo reparar lesão a preceito fundamental (art. 1.º, *caput*, da Lei 9.882/1999);

c) **por equiparação** (ou por equivalência) – visa a pacificar controvérsia constitucional a respeito de lei ou ato normativo pós e préconstitucional editado por todos os entes federativos (art. 1.º, parágrafo único, I, da Lei 9.882/1999).

Na realidade, as duas primeiras hipóteses estão voltadas para a preocupação com preceito fundamental. Já a última hipótese cabe em diversas situações que não envolvam propriamente preceito fundamental. Nestes termos, o art. 1.º, parágrafo único, I, da Lei 9.882/1999 não trata de ADPF propriamente dita, não passando de ação equiparada à ADPF.

No que diz respeito às **modalidades de arguição de descumprimento de preceito fundamental**, podemos citar:

a) **concentrada –** vez que a ADPF somente poderá ser analisada pelo Supremo Tribunal, sendo inconcebível a análise de ADPF pelos juízes de instâncias inferiores. Desta forma, é certo afirmar que não existe ADPF pela via difusa;

b) **principal** – instaurada pela via de ação direta, em que o descumprimento de preceito fundamental ou a controvérsia constitucional são suscitados no pedido, devendo ser declarada no dispositivo do acórdão;

c) **incidental** – neste caso, o descumprimento de preceito fundamental ou a controvérsia constitucional são suscitados na causa de pedir, atuando como prejudicial de mérito de outro pleito.

Para melhor entendimento desta última modalidade, citamos dois casos famosos. O primeiro discutiu a possibilidade de aborto de feto anencéfalo.[238] Nesta ADPF, o pedido principal buscava a autorização do aborto para gestantes que gerassem fetos anencéfalos e, como fundamento para procedência do pedido, alegou-se o descumprimento de preceitos constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, direito à saúde, à autonomia da vontade e à liberdade.

O segundo caso versava sobre a possibilidade de o menor ser enviado para o país de origem para viver com o pai ou permanecer no Brasil com o padrasto.[239] Neste caso, o pedido principal era a reforma da decisão proferida pelo Juízo da 16.ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, a fim de que o menor permanecesse no Brasil, e, para obter a tutela pretendida, arguia, além da dignidade da pessoa humana, eventual controvérsia entre a Convenção de Haia, o texto constitucional e a situação envolvendo o menor.

Nos dois exemplos citados, ficou claro que o objetivo da ADPF incidental é utilizar este instituto como um meio para obter a tutela de outro direito.

Ocorre que, como não é possível ADPF difusa, há divergência doutrinária sobre como ocorre, na prática, a impetração da ADPF incidental.

A primeira posição sustenta a possibilidade de este incidente ser iniciado nos processos concretos pelo próprio particular,[240] sendo que o magistrado, antes de proferir a sentença, deve remetê-lo ao STF para que analise a ADPF incidental. Após a análise pelo STF, este órgão devolve o pleito para a instância inferior para análise do mérito.

O movimento de remessa dos autos de órgão de instâncias ordinárias para o STF gera a **cisão funcional de competência no plano vertical**.

Outra posição acredita que a ADPF incidental, apesar de ser motivada em razão de um processo concreto, é iniciada como uma ação autônoma, independente, diretamente no STF.[241] Assim, um dos legitimados para propositura da ADPF (art. 103 da CRFB c/c o art. 2.º da Lei 9.882/1999), por entender que a controvérsia constitucional suscitada no processo concreto é relevante, propõe a arguição dita incidental.

O Supremo Tribunal Federal segue esta última posição. Para tanto, basta notar que, nos dois exemplos concedidos de ADPF incidental (possibilidade de aborto de feto anencéfalo e de permanência de menor no Brasil), as ações foram propostas de forma independente do processo originário e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde e pelo Partido Progressista, respectivamente.

6.9.4.8 Arguição de descumprimento de preceito fundamental nos Estados

Atualmente, posição majoritária na doutrina aponta para a possibilidade de instituição de arguição de descumprimento de preceito fundamental por parte dos Estados-membros.

Apesar de não haver previsão expressa na Constituição da República, como fez com a ação direta de inconstitucionalidade (art. 125, § 2.º, da CR), a Constituição estadual pode, de acordo com sua autonomia, instituir ADPF estadual, desde que obedecido o princípio da simetria.

Nesse caso, a competência para processo e julgamento será do plenário ou órgão especial do Tribunal de Justiça local.

Ocorre que, quando instituída, seria uma ação muito restrita, por dois motivos:[242]

a) os preceitos fundamentais deverão ser os que decorrem da Constituição da República;
b) os atos estaduais e municipais já são passíveis de ADPF no plano federal.

Assim, a ADPF estadual não terá paradigma nem objeto próprios.

Esta ação está ausente na maioria dos Estados, podendo ser encontrada, por exemplo, na Constituição do Estado de Alagoas (art. 133, IX, *r*) e na Constituição do Estado do Rio Grande do Norte (art. 71, I, *a*).

6.9.4.9 Legitimidade ativa

O art. 2.º da Lei 9.882/1999 foi econômico ao afirmar que podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade.

Por força disso, aplica-se à ADPF as mesmas regras dispensadas à ADI no que diz respeito à pertinência temática, capacidade postulatória, intervenção de terceiros e *amicus curiae*, motivo pelo qual remetemos o leitor ao capítulo que trata do tema em ação direta de inconstitucionalidade.

A divergência gira em torno da possibilidade de o povo mover ADPF incidental nos processos concretos, na medida em que o art. 2.º, II, que previa essa possibilidade, foi vetado pelo Presidente da República.

Nas razões do veto,[243] o Presidente da República alegou, dentre outros fundamentos, que a admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais.

O STF segue esta linha de raciocínio e não admite incidente de ADPF proposta pelo cidadão.[244]

A única medida a ser tomada pelo particular que queira suscitar incidente de descumprimento de preceito fundamental é provocar o Procurador-Geral da República, com fundamento no art. 2.º, § 1.º, da Lei 9.882/1999. Nestes termos, mediante representação, o particular pode solicitar ao PGR a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo, em análise independente.

6.9.4.10 Procedimento

6.9.4.10.1 Inicial e indeferimento liminar

O procedimento da ADPF é similar ao da ADI, com algumas particularidades.

A ADPF será distribuída ao relator, que poderá indeferir a inicial

liminarmente, quando inepta, não fundamentada ou manifestamente improcedente.

Desta decisão cabe agravo para o plenário no prazo de 5 (cinco) dias.

6.9.4.10.2 Liminar

A liminar será concedida pelo *quorum* da maioria absoluta do Tribunal. Contudo, se, em período de recesso forense, houver necessidade de concessão de liminar – em razão de extrema urgência ou perigo de lesão grave –, pode o relator conceder a medida, tendo que, posteriormente, submeter ao plenário da Corte.

Normalmente, o relator segue o procedimento previsto no art. 5.º da Lei 9.882/1999, ouvindo os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União e/ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias.

A liminar produz efeitos ***erga omnes*, vinculante e *ex nunc*** (não retroativo) e pode consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo em curso ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.

6.9.4.10.3 Procedimento principal

No que diz respeito ao procedimento principal, o relator deve solicitar as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

O art. 7.º da Lei 9.882/1999 afirma que "decorrido o prazo das informações, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os ministros, e pedirá dia para julgamento". Isso não se afigura correto, pois, como preceitua o art. 103, § 3.º, da CRFB: "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". Por isso, o STF sempre ouve o Advogado-Geral da União no prazo de cinco dias, mesmo diante da omissão legislativa.

A questão se torna mais delicada quanto ao Procurador-Geral da República,

pois o parágrafo único do mesmo art. 7.º (Lei 9.882/1999) afirma que “o Ministério Público, nas arguições que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações”.

Em interpretação literal, o PGR (como membro do Ministério Público) é ouvido na qualidade de *custos legis*, salvo quando mover a ação analisada.

Entretanto, o art. 103, § 1.º, da CRFB afirma que “o Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em **todos** os processos de competência do Supremo Tribunal Federal” (grifo não constante no original).

Por força do preceito constitucional, o Procurador-Geral da República também é ouvido em todas as ações, mesmo que ele as tenha formulado, eis que a natureza das atuações é distinta (uma como legitimado ativo, outra como *custos legis*).

A Lei 9.882/1999 (art. 6.º, §§ 1.º e 2.º) faculta ainda ao relator: a) a possibilidade de oitiva das partes nos processos que ensejaram a arguição; b) requisitar informações adicionais; c) designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão; d) fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria; e e) o deferimento de sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

6.9.4.10.4 Decisão final

A similaridade procedimental entre ADPF e ADI também encontra contato na decisão final.

A votação somente poderá ser iniciada se presentes, no mínimo, oito Ministros, sendo que, para conceder provimento, é necessário voto de maioria absoluta, isto é, seis Ministros.

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 (art. 10 da Lei 9.882/1999).

Dentro do prazo de dez dias, contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do *Diário Oficial da União*.

Quanto aos efeitos, não há que se distinguir da maioria das demandas em

controle de constitucionalidade abstrato, ou seja, ***erga omnes*, vinculante e *ex tunc***.

Em ADPF também cabe modulação dos efeitos da decisão. Como ensina o art. 11 da Lei 9.882/1999: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado", impondo, assim, efeito *ex nunc* ou prospectivo.

Da decisão de mérito não caberá ação rescisória, nem recurso, ressalvada a interposição de embargos de declaração.

Em razão de seu efeito vinculante, caso haja descumprimento da decisão proferida em sede de ADPF, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal.

6.9.5 Quadro comparativo entre as ações de controle de constitucionalidade abstrato federal

	ADI	ADC	ADO	ADPF
BASE LEGAL	Lei 9.868/1999 arts. 1.º ao 12 e 22 e ss.	Lei 9.868/1999 arts. 13 e ss.	Lei 9.868/1999 arts. 12-A ao 12-H	Lei 9.882/1999
FINALIDADE	Declarar a Inconstitucionalidade	Confirmar a constitucionalidade	Cientificar o poder competente para adoção das providências necessárias	Evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, bem como resolver controvérsia
OBJETO	Norma federal, estadual ou distrital no exercício de	Norma federal	Medida de natureza normativa federal, estadual ou	Norma federal, estadual, distrital, municipal, pós e pré-

	competência estadual		distrital no exercício estadual	constitucional e ainda contra ato do poder público
LEGITIMIDADE	Art. 103	Art. 103	Art. 103	Art. 103
AMICUS CURIAE	Sim	Sim	Sim	Sim
FINALIDADE DA LIMINAR	Suspender a eficácia da norma impugnada	Suspender o julgamento dos processos em curso pelo prazo de 180 dias (é a única liminar que tem prazo)	Omissão total: suspender os processos em curso Omissão parcial: a liminar pode ser para suspender a lei ou suspender os processos	Suspender o ato ou a lei
EFEITOS DA LIMINAR	*erga omnes*, vinculante, *ex nunc* e efeito repristinatório	*erga omnes*, vinculante, *ex nunc*	*erga omnes*, vinculante, *ex nunc*	*erga omnes,* vinculante, *ex nunc* e, por vezes, repristinatório
NATUREZA JURÍDICA DA LIMINAR	Tutela antecipada	Medida cautelar	Medida cautelar	Pode ser medida cautelar ou tutela antecipada
SOLICITAR INFORMAÇÕES	Sim (30 dias)	Não	Sim (30 dias)	Sim (10 dias)
AGU *DEFENSOR LEGIS*	Sim (15 dias)	Não	Não atua na omissão total; só atua no caso de omissão parcial (15	Sim (5 dias)

			dias)	
PGR	Sim (15 dias)	Sim (15 dias)	Sim (15 dias)	Sim (5 dias)
DECISÃO: EFEITOS	*erga omnes,* vinculante, *ex tunc* e repristinatório (tornar aplicável a legislação anterior)	*erga omnes,* vinculante, *ex tunc.* A norma continua existindo, porém, na improcedência, também efeito repristinatório	*erga omnes, ex nunc*	*erga omnes,* vinculante, *ex tunc* e, dependendo do caso, repristinatório (tornar aplicável a legislação anterior)
MODULAÇÃO DOS EFEITOS	Sim	Só admitida em caso de improcedência	Não	Sim
RECURSO	Só cabem embargos de declaração	Só cabem embargos de declaração	Só cabem embargos de declaração	Só cabem embargos de declaração

6.9.6 Representação de Inconstitucionalidade (RI)

6.9.6.1 Introdução

A Constituição da República concedeu aos Estados-membros o poder de elaborar as suas próprias ações de controle de constitucionalidade, que recebem o nome de representação de inconstitucionalidade, somente vedando a legitimidade ativa a um único órgão (art. 125, § 2.º, da CRFB).

Além da ação de controle incidental (que pode ter como parâmetro a Constituição estadual), a ação direta interventiva estadual (art. 35, IV, da CRFB) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão prevista em alguns Estados, a Constituição da República previu uma espécie de ação direta de inconstitucionalidade estadual, a qual passaremos a analisar.

6.9.6.2 Conceito

A representação de inconstitucionalidade é ação de competência do Órgão

Especial do Tribunal de Justiça, que tem por finalidade declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual e municipal que contrarie a Constituição do Estado-membro.

Desta sorte, a elaboração das leis estaduais e municipais devem observar não só a Constituição da República como também a Constituição do Estado. Por isso, é comum afirmar que as leis estaduais e municipais se submetem à **dupla fiscalização**.

6.9.6.3 Legitimidade ativa

Como cada Estado elaborará seu procedimento, não há uma homogeneidade quanto aos legitimados que serão enumerados taxativamente pela Constituição do Estado.[245] No Rio de Janeiro, por exemplo, a representação de inconstitucionalidade de leis ou de atos normativos estaduais ou municipais, em face da Constituição daquele Estado, pode ser proposta pelo: a) Governador do Estado; b) Mesa, Comissão Permanente ou pelos membros da Assembleia Legislativa; c) Procurador-Geral da Justiça; d) Procurador-Geral do Estado; e) Defensor Público Geral do Estado; f) Prefeito Municipal; g) Mesa de Câmara de Vereadores; h) Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil; i) partido político com representação na Assembleia Legislativa ou em Câmara de Vereadores; j) federação sindical ou entidade de classe de âmbito estadual.[246]

Na análise da ADI 558/RJ,[247] o STF entendeu que a CRFB não restringe a legitimação para propositura da representação de inconstitucionalidade às autoridades, mesas e órgãos equivalentes para propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Sendo assim, as Constituições dos Estados podem, inclusive, ampliar o rol de legitimados. Em outros termos, a CRFB veda a legitimidade a um único órgão, porém nada impede que o Estado, de acordo com seu poder autônomo, aumente o número de legitimados.

6.9.6.4 Procedimento e peculiaridades

A representação de inconstitucionalidade será proposta por um dos legitimados estabelecidos na Constituição do Estado, diretamente no Plenário ou Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado.

É usual as Constituições transcreverem grande parte do procedimento para ADI, observada a simetria. Assim, por exemplo, após a intimação das autoridades que emanaram o ato supostamente inconstitucional, será dado

ciência ao Procurador-Geral do Estado para defender o ato ou texto impugnado.

Nas ações de inconstitucionalidade estadual, o Procurador-Geral de Justiça oficia como *custos legis*, sem prejuízo da atuação como legitimado ativo.

Caso, ao analisar a representação de inconstitucionalidade, o Órgão Especial ou Plenário do Tribunal de Justiça perceber que a norma-parâmetro da Constituição estadual é inconstitucional, deve reconhecer de ofício a inconstitucionalidade incidental e declarar extinto o processo, sem análise do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido.[248]

A decisão em representação de inconstitucionalidade gera efeito *erga omnes*, vinculante no Estado prolator da decisão e *ex tunc*.

6.9.7 Representação de inconstitucionalidade e ação direta de inconstitucionalidade concomitantes

Caso a lei estadual, objeto de representação de inconstitucionalidade, for objeto de ação direta de inconstitucionalidade, por ofender também a Constituição da República, a primeira ação ficará suspensa aguardando a sorte da ADI.

Se a ação direta de inconstitucionalidade for julgada procedente, a norma estadual será declarada inconstitucional com eficácia vinculante e *erga omnes*. Por óbvio, a representação de inconstitucionalidade que estava suspensa será extinta por ter perdido o objeto.

Porém, caso a ADI seja julgada improcedente, a representação de inconstitucionalidade deve continuar caso o texto da Constituição estadual disponha de forma diferente do previsto na Constituição da República, pois a norma questionada pode ser constitucional frente à Constituição da República; porém, como o parâmetro é outro (Constituição do Estado), a norma pode ser analisada e declarada inconstitucional.[249]

Convém notar que não se trata de desrespeitar o efeito vinculante da decisão proferida em ADI, pois a vinculação impõe reconhecer a constitucionalidade da norma estadual ante a Constituição da República, e não a Constituição Estadual.

Porém, se o parâmetro das normas de controle (federal e estadual) tiver textos idênticos, a representação deverá ser extinta em obediência à decisão do Supremo Tribunal Federal.[250]

6.9.8 Recorribilidade

Ao contrário da ação direta de inconstitucionalidade, a decisão que julga a representação de inconstitucionalidade é recorrível.

Caberá recurso extraordinário de decisão proferida pelo Plenário ou Órgão Especial do Tribunal de Justiça se a norma-parâmetro estiver prevista também na Constituição da República.

Convém notar que o recurso extraordinário é cabível tanto no caso de procedência quanto na hipótese de improcedência da representação de inconstitucionalidade, pois a suposta ofensa à Constituição da República (motivo ensejador do recurso extraordinário) deve ser analisada pelo STF.

Nesta hipótese, o recurso extraordinário produz efeito *erga omnes* em todo o território nacional, pois se trata de controle abstrato de constitucionalidade. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu:

> "(*Omissis*) a decisão tomada, como a presente, em recurso extraordinário interposto em ação direta de inconstitucionalidade estadual, tem eficácia *erga omnes*, por se tratar de controle concentrado, eficácia essa que se estende a todo o território nacional" (RE 187.142/RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 13.08.1998).
>
> "Recurso extraordinário. Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal. IPTU. Progressividade. O Plenário desta Corte, ao julgar o RE 153.771, relativo à progressividade do IPTU, firmou o entendimento que 'no sistema tributário nacional é o IPTU inequivocamente um imposto real', e, assim sendo, sob o império da atual Constituição, não é admitida a progressividade fiscal do IPTU, quer com base exclusivamente no seu artigo 145, § 1.º, porque esse imposto tem caráter real, que é incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica do contribuinte, quer com arrimo na conjugação desse dispositivo constitucional (genérico) com o artigo 156, § 1.º (específico). O acórdão recorrido julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade em causa, porque deu ao artigo 160, § 1.º, da Constituição do Estado de São Paulo (que reproduz o artigo 145, § 1.º, da Carta Magna Federal), interpretação diversa da que esta Corte tem dado ao princípio constitucional federal reproduzido pela Constituição Estadual. **Recurso extraordinário conhecido e provido, para julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade, declarando, com eficácia *erga omnes*,** inconstitucional o artigo 1.º da Lei 11.152, de 30 de dezembro de 1991, do

Município de São Paulo" (RE 199.281/SP, rel. Min. Moreira Alves, *DJ 12.03.1999) (destaque do autor)*.

6.9.9 Outras ações de controle no âmbito estadual

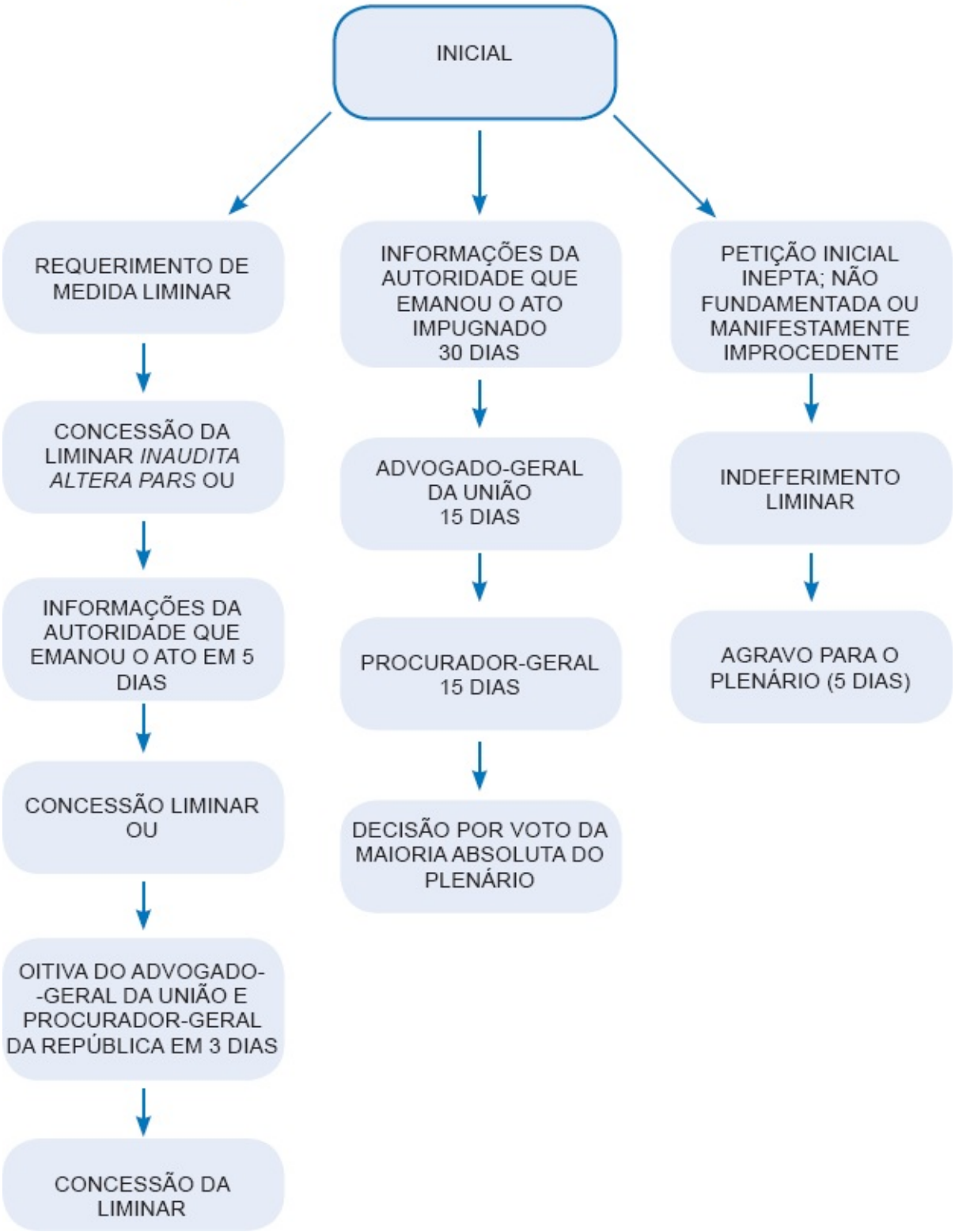
A Constituição da República somente previu a possibilidade de os Estados-membros adotarem a representação de inconstitucionalidade (art. 125, § 2.º), omitindo-se em relação às outras demandas de controle de constitucionalidade.

Em razão disso, é comum posições dissonantes[251] sobre o assunto, sendo a melhor tese aquela que aceita, em razão da autonomia estadual, a possibilidade de ação direta de inconstitucionalidade por omissão e ação declaratória de constitucionalidade em âmbito estadual.

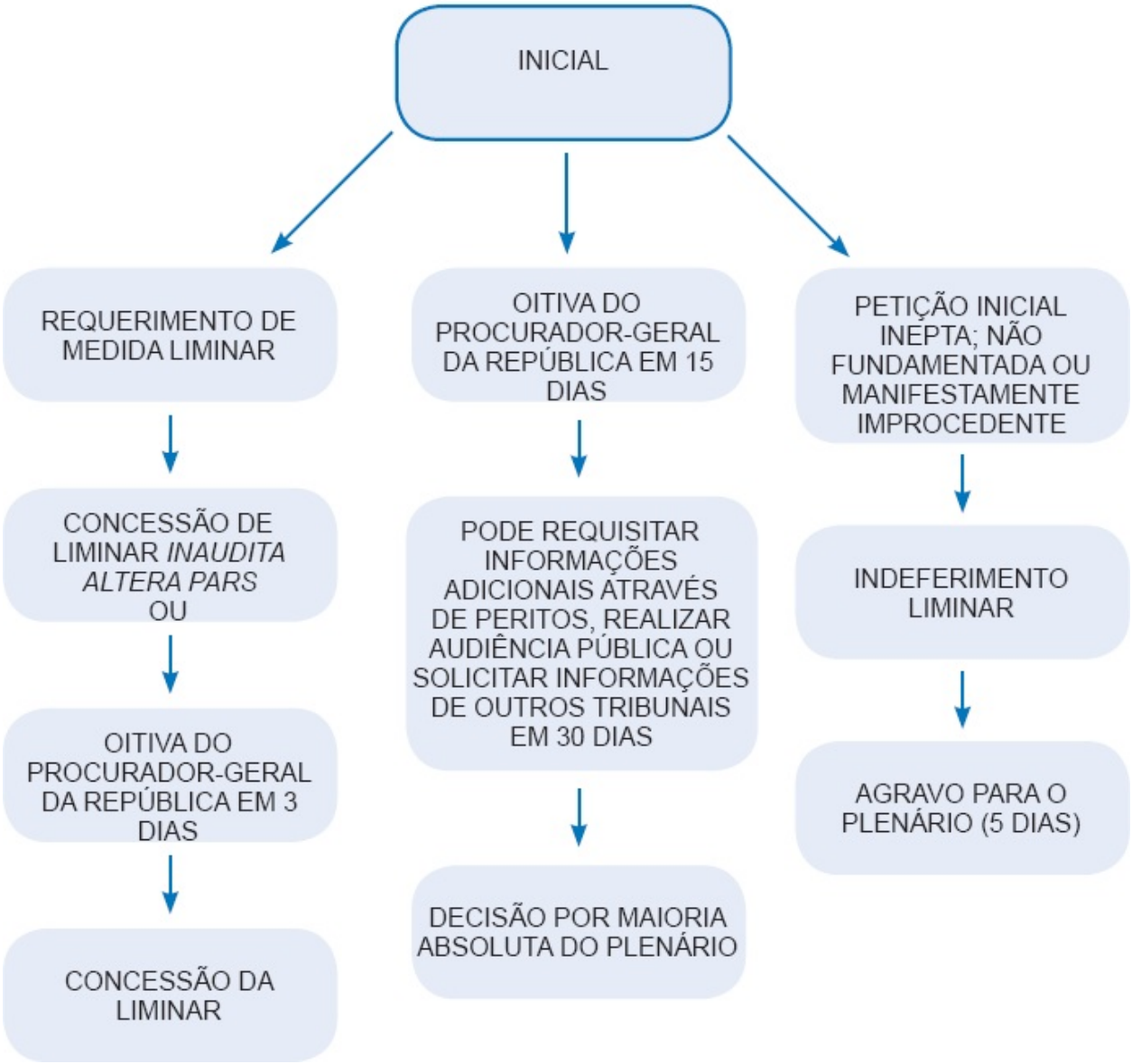
É cediço que algumas Constituições estaduais já preveem a ação direta de inconstitucionalidade por omissão estadual. Outras preveem inclusive ação declaratória de constitucionalidade, porém nenhuma Constituição do Estado prevê a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

6.10 FLUXOGRAMAS

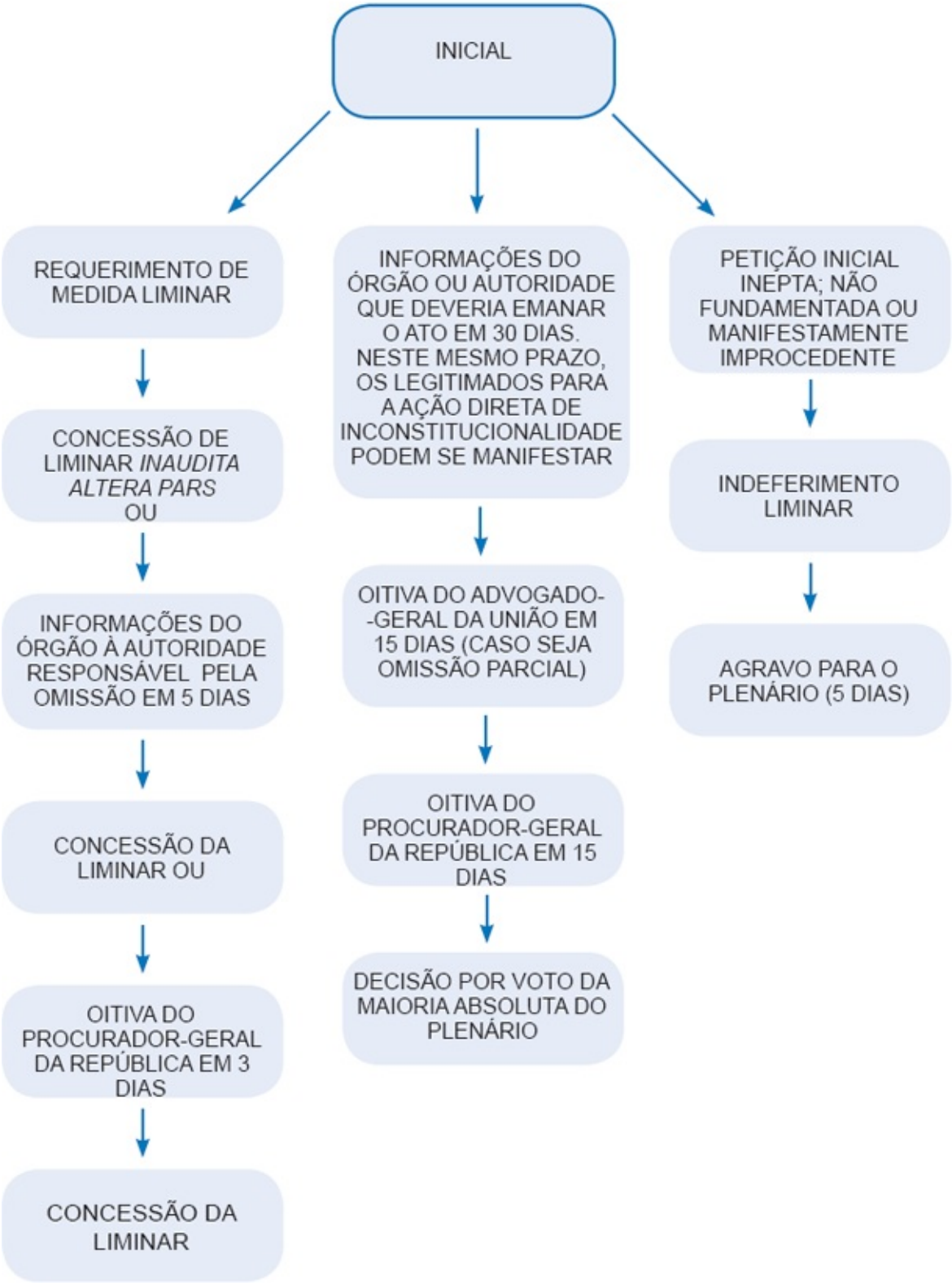
FLUXOGRAMA SISTEMATIZADO DO PROCEDIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE



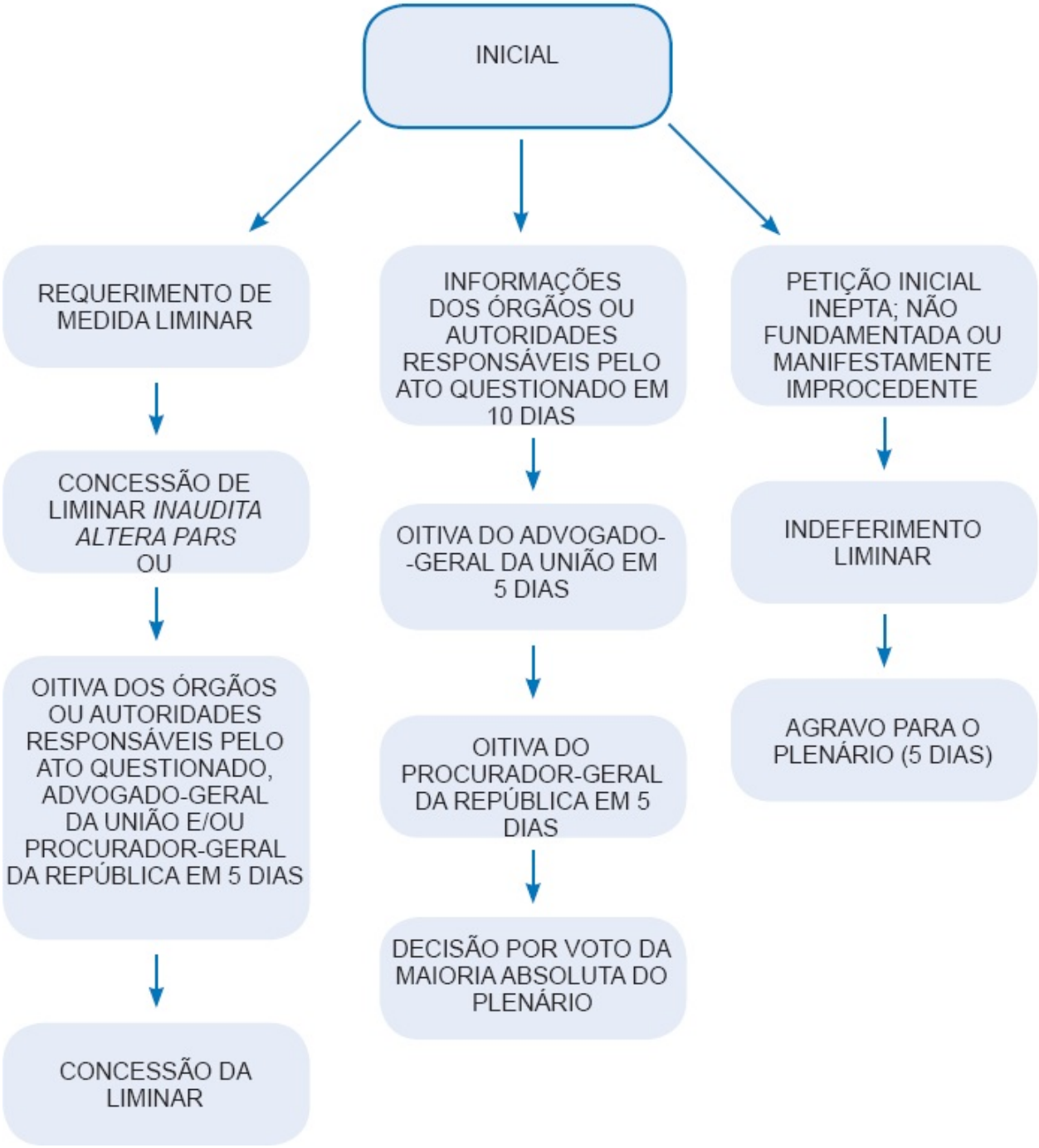
FLUXOGRAMA SISTEMATIZADO DO PROCEDIMENTO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE



FLUXOGRAMA SISTEMATIZADO DO PROCEDIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO



FLUXOGRAMA SISTEMATIZADO DO PROCEDIMENTO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL



6.11 EXERCÍCIOS DE FIXAÇÃO

1. **(Ministério Público/SP – 2012) Em relação à legitimidade para propositura de ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal exige a comprovação da presença de pertinência temática, por parte dos seguintes colegitimados:**

   A) Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador do Estado ou do Distrito Federal e Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional.

   B) Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa do Senado Federal, Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

   C) Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

   D) Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa do Senado Federal, Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal e Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional.

   E) Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador do Estado ou do Distrito Federal e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

2. **(183.º – Magistratura SP – VUNESP) Sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental, assinale a alternativa correta.**

   A) Será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, ou pelo Superior Tribunal de Justiça conforme a origem, federal, estadual ou municipal, da apregoada lesão.

   B) Poderá ser proposta pelos legitimados para a ação civil pública.

   C) Quando julgada, sua decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

   D) Será admitida mesmo quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade.

E) Poderá ser decidida em sessão à qual presente a maioria simples dos Ministros.

3. (Magistratura/PE – FCC/2011) Considerada a disciplina constitucional e a respectiva regulamentação legal da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, é INCORRETO afirmar que

A) pode ser proposta pelos legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

B) não admite desistência.

C) não admite medida cautelar.

D) cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.

E) em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.

4. (Defensor Público/AM – Instituto Cidades/2011) O Governador do Estado do Rio Grande do Sul propôs ação direta de inconstitucionalidade, questionando as expressões contidas nos parágrafos 1.° e 2.°, do art. 45, da Constituição Federal, os quais preveem, respectivamente, que na formação da Câmara dos Deputados "o número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados" e que "cada Território elegerá quatro Deputados". Alegou que tais normas são inconstitucionais, pois contrariam normas constitucionais previstas como cláusulas pétreas, tendo em vista a ofensa à isonomia em face da desigualdade da representação política atribuída aos Estados da Região Sul, com população e produto interno muito superior proporcionalmente

ao de outras unidades da federação que formam outras regiões. Nesse caso:

A) o Supremo Tribunal Federal apreciará a ação quanto ao seu mérito, mas deverá julgá-la improcedente, pois não há qualquer ofensa ao princípio da isonomia.

B) a ação direta não deve ser conhecida, por impossibilidade jurídica do pedido, pois não há hierarquia entre normas constitucionais originárias.

C) o Supremo Tribunal Federal apreciará a ação quanto ao seu mérito, pois as cláusulas pétreas podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias.

D) seria caso de mandado de segurança de competência originária do Supremo Tribunal Federal, portanto, a via eleita escolhida será considerada inadequada.

E) o Supremo Tribunal Federal apreciará a ação quanto ao seu mérito, pois é o guardião da Constituição Federal, podendo aferir a compatibilidade de disposições constantes do próprio texto da Constituição originária.

5. (Defensor Público/AM – Instituto Cidades/2011) Qual dos instrumentos abaixo jamais poderá ser utilizado em sede de controle concentrado de constitucionalidade, federal ou estadual:

A) recurso extraordinário.

B) embargos de declaração.

C) ação rescisória.

D) intervenção de *amicus curiae*.

E) audiência pública.

6. (Defensor Público/AM – Instituto Cidades/2011) A Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP – é entidade de classe de atuação no âmbito nacional com associados em pelo menos nove Estados da Federação e que congrega os

Defensores Públicos do país, aposentados ou não, para a defesa de suas prerrogativas, direitos e interesses, pugnando pela independência e prestígio da Defensoria Pública, podendo valer-se, conforme seu estatuto, da ação direta de inconstitucionalidade. A referida entidade propôs ação direta de inconstitucionalidade questionando dispositivo de uma lei complementar estadual, que, ao fixar critérios destinados a definir a escolha do Defensor Público-Geral do Estado, estabeleceu que ele seria de livre escolha e nomeação do Governador do Estado, o que, argumentou a referida associação, desrespeitaria as normas gerais estabelecidas pela União na Lei Complementar n. 80/1994, com as modificações introduzidas pela Lei Complementar n. 132/2009. A ação direta:

A) não será apreciada, pois se trata de inconstitucionalidade reflexa.

B) será apreciada, mas julgada improcedente, pois não há dispositivo que estabelece critérios de nomeação do Defensor Público-Geral na lei complementar federal citada, portanto, a competência legislativa do Estado-membro é plena.

C) não será apreciada no mérito em face da ilegitimidade ativa da ANADEP, por ausência do requisito da pertinência temática – nexo de afinidade – entre o tema tratado na ação direta de inconstitucionalidade e as finalidades estatutárias da referida associação.

D) será apreciada para declarar a inconstitucionalidade da norma estadual, tendo em vista que a Lei Complementar 80/1994, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar 132/2009, estabelece que o Defensor Público Geral deverá, entre outros requisitos, ser escolhido entre integrantes da carreira. Há, neste caso, invasão da esfera de competência legislativa da União.

E) será apreciada e julgada improcedente, pois a norma estadual não violou a citada Lei Complementar Federal, que apenas estabelece a necessidade de que a estrutura organizacional das defensorias públicas estaduais preveja o cargo de Defensor Público Geral.

7. (Magistratura STM – CESPE/2013) Assinale a opção correta

acerca do controle de constitucionalidade, de acordo com a CF e a jurisprudência do STF.

A) A inconstitucionalidade reflexa consiste em técnica de decisão judicial que visa à declaração de que a permanência de determinadas circunstâncias fáticas e(ou) jurídicas implica considerar determinada lei ainda constitucional, até que ocorra mudança no contexto fático-jurídico.

B) A declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo STF vincula, inclusive, o próprio STF.

C) Verifica-se inconstitucionalidade por arrastamento vertical quando há relação hierárquica entre as normas dependentes, de forma que o advento da declaração de inconstitucionalidade da norma hierarquicamente superior implica perda de validade da norma inferior por inconstitucionalidade consequencial.

D) É vedada ao tribunal de contas a apreciação, no uso de suas atribuições, da constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.

E) Caracteriza-se a inconstitucionalidade progressiva quando o vício irrogado a um ato normativo é o desrespeito à CF por violação a norma infraconstitucional interposta.

8. (MP/RO – 2013) A respeito do controle de constitucionalidade, assinale a opção correta:

A) Para fins de parâmetro de controle de constitucionalidade concentrado-abstrato realizado pelos tribunais de justiça, devem ser consideradas as normas previstas na Constituição estadual, ressalvadas as normas de reprodução obrigatória.

B) Compete aos tribunais de justiça processar e julgar a ADI contra lei municipal, caso em que devem ser considerados parâmetros constantes na lei orgânica municipal.

C) Demonstrado o requisito da pertinência temática, pode o governador de estado ajuizar, perante o STF, ADI, questionando lei estadual em face da CF.

D) De acordo com a jurisprudência do STF, é cabível ADI em face de lei federal anterior à CF.

E) Consoante o STF, o decreto autônomo editado pelo presidente da República não pode ser objeto de ADI visto que se qualifica como ato normativo secundário.

9. (Magistratura/MA – 2013) À luz da jurisprudência do STF, assinale a opção correta em relação ao exercício do controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade.

A) O controle judicial preventivo de constitucionalidade é admitido no sistema brasileiro unicamente por meio do denominado controle *in concreto*, de modo incidental.

B) Embora o poder constituinte decorrente deva observar os limites materiais fixados pelo poder constituinte originário, a constituição estadual pode estabelecer a necessidade de edição de lei complementar para tratar de matérias em relação às quais a CF exija processo legislativo ordinário.

C) No Brasil, o denominado controle repressivo de constitucionalidade, também denominado sucessivo ou *a posteriori*, foi conferido com exclusividade ao Poder Judiciário.

D) No controle difuso de constitucionalidade, o Senado Federal tem a discricionariedade de suspender a lei declarada inconstitucional pelo STF, por intermédio de resolução que pode ser por ele posteriormente revogada, para restabelecer a eficácia da norma.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

_____

[1]Entenda por norma, lei ou ato normativo do poder público.

[2]Essência do conceito extraída de NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

[3]Para o sistema austríaco, idealizado por Hans Kelsen e implantado na Constituição austríaca de 1920, não existem atos jurídicos nulos. A Corte Constitucional não declara a nulidade da lei contrária à Constituição, mas a anula. Logo, enquanto o pronunciamento da Corte não for publicado, a norma jurídica tida como inconstitucional é válida e eficaz, apesar de inconstitucional (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 230, out.-dez. 2002, Rio de Janeiro: Renovar, p. 230-231).

[4]*Dr. Bonham's Case, The Founders' Constitution Volume 5, Amendment V, Document 1, The University of Chicago Press: 8 Co. Rep. 107a, 114a C.P. 1610. "4. The censors cannot be judges, ministers, and parties; judges to give sentence or judgment; ministers to make summons; and parties to have the moiety of the forfeiture, quia aliquis non debet esse Judex in propria causa, imo iniquum est aliquem suae rei esse judicem; and one cannot be judge and attorney for any of the parties, Dyer 3 E. 6. 65. 38 E. 3. 15. 8 H. 6. 19 b. 20 a. 21 E. 4. 47 a., &c.* ***And it appears in our books, that in many cases, the common law will controul acts of parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will controul it, and adjudge such act to be void… (omissis)****. To that it was answered, – 1. That this is but part of the sentence, for by the entire sentence it appears in what manner they shall have power to punish, for the words are, ac punitionem eorum pro delictis suis in non bene exequendo, faciendo, vel utendo illa facultate; so that without question all their power to correct and punish the physicians by this clause is only limited to these three cases, sc. in non bene exequendo, faciendo, vel utendo, &c. Also this word punitionem is limited and restrained by these*

words, ita quod punitio eorundem medicorum, &c. sic in praemissis delinquentium, &c. which words, sic in praemissis delinquentium, limit the former words in the first part of this sentence, ac punitionem eorum pro delictis suis in non bene exequendo, &c. 2. It would be absurd, that in one and the same sentence the makers of the act should give them a general power to punish without limitation; and a special manner how they shall punish, in one and the same sentence. 3. Hil. 38 Eliz. in a quo warranto against the Mayor and Commonalty of London, it was held, that where a grant is made to the Mayor and Commonalty, that the Mayor for the time being should have plenum et integrum scrutinium, gubernationem, et correctionem omnium et singulorum mysteriorum, &c. without granting them any court, in which should be legal proceedings, that it is good for search, whereby a discovery may be made of offences and defects, which may be punished by the law in any court; but it doth not give, nor can give them any irregular or absolute power to correct or punish any of the subjects of the kingdom at their pleasure" (grifo do autor).

[5]O caso surgiu de uma disputa política após a eleição presidencial de 1800, na qual Thomas Jefferson, um democrata republicano, derrotou o presidente candidato à reeleição, John Adams, um federalista. Nos últimos dias do governo Adams, o Congresso, de maioria federalista, criou vários cargos judiciais, incluindo a nomeação de 42 juízes de paz para o Distrito de Colúmbia. O Senado aprovou as indicações, que foram então assinadas pelo presidente Adams, cabendo ao secretário de Estado a confirmação e distribuição dos cargos. Na pressa das últimas horas, o então secretário de Estado acabou por não confirmar quatro juízes de paz, inclusive William Marbury. O novo secretário de Estado do presidente Thomas Jefferson, James Madison, recusou-se a ratificar a nomeação deles, uma vez que o novo governo estava irritado com os federalistas por tentarem colocar membros do seu partido no Judiciário. Marbury entrou com uma ação judicial *writ of mandamus*, em 16.12.1801, na Suprema Corte para obrigar Madison a lhe entregar o cargo. Se a Suprema Corte tomasse o partido de Marbury, ainda assim Madison poderia se recusar a entregar o cargo, e ela não tinha como fazer cumprir a ordem. Se deliberasse contra Marbury, correria o risco de submeter o Judiciário aos Jeffersonianos, permitindo que Marbury não recebesse o cargo

para o qual havia sido legalmente nomeado. O presidente da Suprema Corte, John Marshall, resolveu o impasse negando à Suprema Corte a autoridade para atuar nesse caso. Marshall declarou inconstitucional a Seção 13 da Lei do Judiciário, que dava esse poder à Suprema Corte, uma vez que ela ampliava sua jurisdição original definida pela própria Constituição. Ao decidir não tomar nenhuma decisão nesse caso, a Suprema Corte assegurou sua posição de árbitro supremo da lei. Disponível em: <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0405/ijdp/decisions.htm>.

[6]Constituição brasileira de 1824: "*Art. 15. E' da attribuição da Assembléa Geral: VIII. Fazer Leis, interpretálas, suspendê-las, e revogá-las. IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação*".

[7]Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891: "*Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete: § 1.º Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas*".

[8]Constituição brasileira de 1934: "*Art. 76. À Corte Suprema compete: III – em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada*".

[9]Constituição brasileira de 1934: "*Art. 179. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público*".

[10]Constituição brasileira de 1934: "*Art. 91, IV. Suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário". "Art. 96. Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurador-Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, n. IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato*."

[11]Constituição brasileira de 1937: "*Art. 96. Só por maioria absoluta de*

votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal".

[12]LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado* cit., p. 117; PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 5.

[13]AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional* cit., p. 552.

[14]Em sentido contrário: "*O sistema das Constituições rígidas assenta numa distinção primacial entre poder constituinte e poderes constituídos. Disso resulta a superioridade da lei constitucional*...". BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* cit., p. 296; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro cit., p. 34.

[15]KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1939. p. 138.

[16]CÂMARA, Alexandre Freitas. Parecer: CPI do judiciário. Ação civil pública. Legitimidade do IAB. Controle incidental de constitucionalidade. Competência. *Escritos de direito processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 334.

[17]Constituição da República Francesa: "*Préambule. Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont éte définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946*".

[18]BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 28, n. 60, Porto Alegre, p. 44, 2004.

[19]"(*Omissis*) *1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua*

instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitarse à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada – embora ainda não jurídica – não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento; ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção, desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4.º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade. 13. Ação direta julgada procedente para declarar a

inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia" (ADI 2.240/BA, rel. Min. Eros Grau, 09.05.2007).

[20]LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado* cit., p. 177-178.

[21]"*O Tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta ajuizada pela Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros – ABRATI contra a Lei nacional n. 8.899/1994, que concede passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes. Mencionando o contexto social e constitucional vigentes, destacou-se, inicialmente, a existência da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinado pelo Brasil, na sede da ONU, em 30.03.2007, e em tramitação no Congresso Nacional, e os valores que norteiam a Constituição, contidos no seu preâmbulo. Asseverou-se que, na esteira desses valores é que se afirmaria, nas normas constitucionais, o princípio da solidariedade, projetado no art. 3.º. Ressaltou-se que, na linha dos princípios fundamentais da República, a Constituição teria acolhido como verdadeira situação, a ser alterada pela implementação de uma ordem jurídica que recriasse a organização social, a discriminação contra os deficientes, tendo em conta sua inegável dificuldade para superar, na vida em sociedade, os seus limites*" (ADI 2.649/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 08.05.2008, Informativo 505).

[22]NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 110.

[23]SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 522.

[24]"Verifica-se na leitura da ementa do acórdão da ADI 1.381 MC (*RTJ*, 187/97) do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, a insubsistência da Súmula n. 5, motivada pela superveniente promulgação da Constituição Federal de 1988. Verifica-se na leitura do acórdão da Rp n. 890 (*RTJ*, 69/625), do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, que a Súmula n. 5 era aplicável na vigência da Constituição Federal de 1946, não o sendo, porém, em face do art. 57, parágrafo único, *a*, da Constituição Federal de 1967, na redação da Emenda Constitucional n. 1/1969." Observação à Súmula. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp-s1=5.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas

[25]As duas últimas nomenclaturas em SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional* cit., p. 172. No pertinente à inconstitucionalidade objetiva, o referido doutrinador afirma: “Quando a disposição impugnada desafie o mandamento constitucional”, o que nessa obra designamos como inconstitucionalidade material.

[26]Nesse sentido: PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade* cit., p. 697. Ver também RE 432.789/SC, rel. Min. Eros Grau, j. 14.06.2005. Em sentido contrário, entendendo inconstitucionalidade subjetiva como sinônimo de inconstitucionalidade orgânica, SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional* cit., p. 172.

[27]CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993.

[28]CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1993.

[29]Em que pese posição do Supremo Tribunal Federal que referendou a criação de município sem todos os pressupostos, criando a figura do “município putativo”. RE 2.240/BA, rel. Min. Eros Grau, 09.05.2007.

[30]MELLO, José Luís de Anhaia. *Da separação dos poderes à guarda da Constituição*: As Cortes Constitucionais. São Paulo: RT, 1968. p. 82-83.

[31]TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 182-3; MELLO, José Luís de Anhaia. Op. cit., p. 83.

[32]SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 127.

[33]TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 185.

[34]LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado* cit., p. 132-133.

[35]SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional* cit., p. 173.

[36]Ibidem.

[37]TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional* cit., 2002. p. 187.

[38]HUSSERL, Edmund. *Investigaciones lógicas*. Trad. esp. Manuel G.

Morente e José Gaos. Madrid: Alianza Editorial, 1982. v. 2, p. 387-410, apud TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional* cit., 2002. p. 188.

[39]"Consequentemente, e por ficar vedado o pagamento, pela organização social, de qualquer vantagem pecuniária a servidor público cedido, perde sua razão de ser o § 1.º do mesmo art. 14 (inconstitucionalidade por reverberação normativa)" (ADI 1.923/DF, rel. Min. Ayres Britto, j. 05.04.2011 – transcrição do Informativo 622 do STF).

[40]"O Tribunal iniciou julgamento de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Governador do Distrito Federal contra a Lei Distrital n. 3.228/2003, que obriga as distribuidoras de combustíveis locais a colocar lacres eletrônicos nos tanques dos postos de combustíveis que exibam sua marca e dá outras providências. A Ministra Cármen Lúcia, relatora, julgou procedente o pedido, registrando que as normas dos artigos 1.º e 2.º determinam a declaração de inconstitucionalidade das demais por arrastamento, por se tornarem ineficazes, quando não inexequíveis, sem aqueles dispositivos, no que foi acompanhada pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa" (ADI 3.236/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 17.09.2007), existem diversos outros exemplos como ADI 2.653/MT, rel. Min. Carlos Velloso; ADI 397/SP, rel. Min. Eros Grau; ADI (MC) 2.648/CE, rel. Min. Maurício Corrêa; ADI (MC) 2.608/DF, rel. Min. Celso de Mello, e assim por diante.

[41]MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1983. p. 275. ZAGREBELSKI. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Mulino, 1979. p. 42.

[42]SILVA, José Afonso da. Controle de constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema. *Anuario Ibero-americano de Justicia Constitucional*, n. 6, p. 14 Enero – Diciembre, 2002; LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado* cit., p. 95.

[43]Por vezes, o Supremo Tribunal Federal utiliza o termo "revogação por ausência de recepção" (cf. ADI 74/RN, rel. Min. Celso de Mello, 07.02.1992; RE 562.218/MS, rel. Cármen Lúcia, 28.11.2008), por vezes utiliza a expressão não recepção (cf. ADPF 130/DF, rel. Min. Ayres Britto, *DJ* 06.11.2009).

[44]MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional* cit., p.

194-5.

[45]"Ação direta de inconstitucionalidade. Impugnação de ato estatal editado anteriormente à vigência da CF/1988. Inconstitucionalidade superveniente. Inocorrência. Hipótese de revogação do ato hierarquicamente inferior por ausência de recepção. Impossibilidade de instauração do controle normativo abstrato. Ação direta não conhecida..." (ADIQO 7/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJU* 04.09.1992).

[46]MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional* cit., p. 965-7; MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional* cit., p. 139; TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional* cit., 2002. p. 153 e 190-191.

[47]Luís Roberto Barroso deixa claro que "a doutrina tem admitido, ainda, a hipóteses de inconstitucionalidade superveniente, resultante de alteração na jurisprudência" (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:* exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 44).

[48]A constitucionalidade da norma deve ser aferida ante a Constituição da época em que foi editada. Assim, antes de analisar recepção, deve realizar a análise de constitucionalidade da norma objeto e a norma parâmetro da época de sua edição.

[49]STF – "*Em nosso ordenamento jurídico, não se admite a figura da constitucionalidade superveniente*. A Lei Estadual 12.398/1998, que criou a contribuição dos inativos no Estado do Paraná, por ser inconstitucional ao tempo de sua edição, não poderia ser convalidada pela Emenda Constitucional 41/2003" (ADI 2.158/PR, rel. Min. Dias Toffoli, *DJ* 16.12.2010 – grifamos).

[50]AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional* cit., p. 562; MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional* cit., p. 139.

[51]Nesse sentido: Tribunal Pleno. ADI 3.569/PE, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 02.04.2007. "I – Ação direta de inconstitucionalidade: art. 2.º, inc. IV, alínea *c*, da L. est. 12.755, de 22 de março de 2005, do Estado de Pernambuco, que estabelece a vinculação da Defensoria Pública estadual à Secretaria de Justiça e Direitos Humanos: violação do art. 134, § 2.º, da Constituição Federal, com a redação

da EC 45/2004: inconstitucionalidade declarada. 1. A EC 45/2004 outorgou expressamente autonomia funcional e administrativa às defensorias públicas estaduais, além da iniciativa para a propositura de seus orçamentos (art. 134, § 2.º): donde, ser inconstitucional a norma local que estabelece a vinculação da Defensoria Pública a Secretaria de Estado. 2. A norma de autonomia inscrita no art. 134, § 2.º, da Constituição Federal pela EC 45/2004 é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, dado ser a Defensoria Pública um instrumento de efetivação dos direitos humanos. II – Defensoria Pública: vinculação à Secretaria de Justiça, por força da LC est (PE) 20/1998: revogação, dada a incompatibilidade com o novo texto constitucional *1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal – malgrado o dissenso do Relator – que a antinomia entre norma ordinária anterior e a Constituição superveniente se resolve em mera revogação da primeira, a cuja declaração não se presta a ação direta. 2. O mesmo raciocínio é aplicado quando, por força de emenda à Constituição, a lei ordinária ou complementar anterior se torna incompatível com o texto constitucional modificado: precedentes*" (grifo do autor).

[52]BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 46; POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 181.

[53]NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis* cit., p. 125.

[54]TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional* cit., p. 193.

[55]RE 341.717/SP, rel. Min. Celso de Mello; RE 196.857/SP, rel. Min. Ellen Gracie; RE 208.798/SP, rel. Min. Sydney Sanches; RE 213.514/SP, rel. Min. Moreira Alves; RE 229.810/SP, rel. Min. Néri da Silveira; RE 295.740/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence; RE 147.776/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

[56]"Legitimidade. Ação *ex delicto*. Ministério Público. Defensoria Pública. Artigo 68 do Código de Processo Penal. Carta da República de 1988. A teor do disposto no artigo 134 da Constituição Federal, cabe à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5.º, LXXIV, da Carta, estando restrita a atuação do Ministério Público, no campo dos interesses

sociais e individuais, àqueles indisponíveis (parte final do artigo 127 da Constituição Federal). Inconstitucionalidade progressiva. Viabilização do exercício de direito assegurado constitucionalmente. Assistência jurídica e judiciária dos necessitados. Subsistência temporária da legitimação do Ministério Público. *Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada por lei, organizada – e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação – a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. Irrelevância de a assistência vir sendo prestada por órgão da Procuradoria-Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento*" (RE 135.328/SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 29.06.1994).

[57]"Ministério Público: legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, quando for pobre o titular do direito à reparação: CPP, art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135.328): processo de inconstitucionalização das leis. 1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc* faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada – subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem. 2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 do CPP – constituindo modalidade de assistência judiciária – deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que – na União ou em cada Estado considerado – se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o

art. 68 do CPP será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135.328" (RE 147.776/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19.05.1998).

[58]SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional* cit., p. 172.

[59]CLÈVE, Clèmerson Merlin. *As medidas provisórias e a Constituição Federal/1988*. Curitiba: Juruá, 1991. p. 56.

[60]Existem diversos julgados que utilizam estas expressões. V. ADI 1.923-MC, 2.527, 3.232, 3.715.

[61]BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas:* limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 81; BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro* cit., p. 132; NUNES, José de Castro. *Teoria e prática do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943. p. 588-589.

[62]"Diferente é o efeito da sentença proferida no processo da ação de inconstitucionalidade interventiva que é proposta pelo Procurador-Geral da República ou pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado conforme se trate de intervenção federal em algum estado ou estadual em Município. Visa não apenas obter a declaração de inconstitucionalidade, mas também restabelecer a ordem constitucional no Estado, ou Município, mediante intervenção (*omissis*). Daí se vê que a decisão, além de decretar a inconstitucionalidade do ato, tem um efeito condenatório, que fundamenta o decreto de intervenção" (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 55).

[63]"Dentro da ordem de ideias aqui expostas, uma lei que contraria a Constituição, por vício formal ou material, não é inexistente. Ela ingressou no mundo jurídico e, em muitos casos, terá tido aplicação efetiva, gerando situações que terão de ser recompostas. Norma inconstitucional é norma inválida, por desconformidade com o regramento superior, por desatender os requisitos impostos pela norma maior. É nula de pleno direito. Atente-se que validade, no sentido aqui empregado, não se confunde com validade técnico-formal, que designa a vigência de uma norma, isto é, a existência jurídica e aplicabilidade" (BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas:* limites e possibilidades da Constituição brasileira cit., p. 80-81).

[64]"Somente na Áustria, fiel à doutrina de Kelsen, prevaleceu o entendimento de que a lei inconstitucional é meramente anulável, de modo que a decisão que reconhece tal situação tem efeito constitutivo e, como regra, efeitos prospectivos, isto é, *ex nunc*" (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:* exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência cit., p. 39-40).

[65]Nesse sentido, BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas:* limites e possibilidades da Constituição brasileira cit., p. 81, *in litteris*: "Uma lei que contrarie a Constituição, por vício formal ou material, não é inexistente. Ela ingressou no mundo jurídico e, em muitos casos, terá tido aplicação efetiva, gerando situações que terão de ser recompostas. Norma inconstitucional é norma *inválida*, por desconformidade com regramento superior, por desatender os requisitos impostos pela norma maior. É nula de pleno direito".

[66]BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro* cit., p. 37.

[67]BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas:* limites e possibilidades da Constituição brasileira cit., p. 81.

[68]A possibilidade de norma nula produzir efeitos, embora cause grande desconforto e estranheza no leitor, não é instituto somente do controle de constitucionalidade. No Direito de Família, por exemplo, o casamento nulo pode produzir efeitos se um dos cônjuges estiver de boa-fé (casamento putativo).

[69]BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. atual. José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

[70]MENDES, Gilmar; ALVES, Moreira. *O controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 49.

[71]TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional* cit., p. 228; AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional* cit., p. 606.

[72]MENDES, Gilmar; ALVES, Moreira. *O controle de constitucionalidade no Brasil* cit., p. 54-55.

[73]ADI 815-3/DF, rel. Min. Moreira Alves. Sobre o tema, ver capítulo sobre

Poder Constituinte.

[74]"Administrativo. Funcionário de fato. Investidura baseada em norma posteriormente declarada inconstitucional. A nulidade não envolve uma das fases de ato complexo, de mera execução de ordem legítima, com a sua consequência normal e rotineira. Aparência de legalidade e inexistência de prejuízo. Recurso extraordinário, pela alínea 'c' do art. 119, III, da Constituição, não conhecido." (RE 78.533/SP, rel. Firmino Paz, *DJ* 26.02.1982).

[75]RE 122.202, rel. Min. Francisco Rezek, j. 10.08.1993.

[76]Inq. 687-QO/DF, rel. Sidney Sanches, *DJU* 09.11.2001. "Decidiu-se, ainda, por unanimidade, que continuam válidos todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Súmula 394. É dizer, a presente decisão tem efeito *ex nunc*."

[77]HC 82.959/SP, rel. Marco Aurélio, *DJ* 01.09.2006.

[78]Por todos, BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro* cit., p. 43.

[79]MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional* cit., p. 955.

[80]BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* cit., p. 300.

[81]Apesar de esta ser posição esmagadora, dela não fazemos parte, pois acreditamos que o controle político surgiu bem antes. À guisa de exemplo, o art. 15, VIII e IX, da Constituição brasileira do Império (1824) já previa controle político.

[82]BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 42-43.

[83]BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 324-325.

[84]ADI 3.367/DF, rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* 17.03.2006; MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional* cit., p. 956-957.

[85]Na Câmara dos Deputados, há Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, e no Senado Federal há Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

[86]Art. 101, § 1.º, do RISF: "Quando a Comissão emitir parecer pela inconstitucionalidade e injuridicidade de qualquer proposição, será esta considerada rejeitada e arquivada definitivamente, por despacho do Presidente do Senado, salvo, não sendo unânime o parecer,

recurso interposto nos termos do art. 254". Para melhor compreensão, cumpre destacar o art. 254 do RISF: "Quando os projetos receberem pareceres contrários, quanto ao mérito, serão tidos como rejeitados e arquivados definitivamente, salvo recurso de um décimo dos membros do Senado no sentido de sua tramitação". E ainda o art. 54 do RICD: "Será terminativo o parecer: I – da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, quanto à constitucionalidade ou juridicidade da matéria;" e ainda o art. 189, § 6.º, do RICD: "§ 6.º Não será submetida a votos emenda declarada inconstitucional ou injurídica pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, ou financeira e orçamentariamente incompatível pela Comissão de Finanças e Tributação, ou se no mesmo sentido se pronunciar a Comissão Especial a que se refere o art. 34, II, em decisão irrecorrida ou mantida pelo Plenário".

[87]O projeto de lei de conversão será submetido a única comissão (mista), que não possui parecer vinculativo de constitucionalidade. Nesse sentido, art. 5.º, § 2.º, da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional, *in litteris*: "Ainda que se manifeste pelo não atendimento dos requisitos constitucionais ou pela inadequação financeira ou orçamentária, a Comissão deverá pronunciar-se sobre o mérito da Medida Provisória".

[88]BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro* cit., p. 96.

[89]*Leading case*: "Mandado de segurança contra ato da mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional que a impetração alega ser tendente a abolição da República. Cabimento do mandado de segurança em hipóteses em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como no caso previsto no parágrafo único do art. 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Nesses casos, a *inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo*, e isso porque a constituição não quer – em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas – que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o *próprio processamento já desrespeita,*

frontalmente, a constituição. Inexistência, no caso, da pretendida inconstitucionalidade, uma vez que a prorrogação de mandato de dois para quatro anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fato. Mandado de segurança indeferido" (MS 20.257/DF, rel. Min. Décio Miranda, *DJ* 08.10.1980).

[90]ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 27.

[91]MS 32033/DF, rel. orig. Min. Gilmar Mendes, red. p/o acórdão Min. Teori Zavascki, j. 20.06.2013.

[92]Sobre o tema, cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional* cit., p. 210. MENDES, Gilmar Ferreira *et al*. *Curso de direito constitucional* cit., p. 956.

[93]Julgamento está empatado em dois votos para cada posicionamento. A discussão versa sobre a atual interpretação do art. 52, X, da CRFB. Se continua a mesma ou se operou a mutação constitucional sobre o citado inciso, caso em que o dispositivo somente concederia publicidade a lei declarada inconstitucional, não possuindo o condão de efetivamente suspender a eficácia da norma, na medida em que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, por si, já produziria efeito *erga omnes*.

[94]BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro* cit., p. 97.

[95]Por todos: MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 665; ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional* cit., p. 28.

[96]"Assim, Executivo, Legislativo e Judiciário exercem controles tanto preventivos quanto repressivos" (TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional* cit., p. 248).

[97]"A autotutela se caracteriza pela iniciativa de ação atribuída aos próprios órgãos administrativos. Em outras palavras, significa que, se for necessário rever determinado ato ou conduta, a administração poderá fazê-lo de *ex officio*" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris,

2003. p. 131-132).

[98]Súmula 346 do STF: “A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”. E Súmula 473 do 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”.

[99]ADI 221 MC/DF, rel. Min. Moreira Alves, 29.03.1990.

[100] REsp 23.121/GO, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1.ª T., *DJ* 08.11.1993.

[101] STF, ADI 221-MC/DF, rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 22.10.1993.

[102] BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro* cit., p. 92.

[103] Constituição da República de 1988. Art. 102, § 2.º: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”.

[104] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* cit., p. 309-10.

[105] RE 442.683/RS, rel. Min. Carlos Velloso, 13.12.2005.

[106] MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional* cit., p. 142.

[107] CAPPELLETTI, Mauro. Judicial Review of legislation: european antecedents and adaptations. *Harvard Law Review*, n. 79, p. 1221, 1966, apud MORAES, Guilherme Peña. *Curso de direito constitucional* cit., p. 142.

[108] BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro* cit., p. 116.

[109] “... Extradição de brasileiro e promessa de reciprocidade do Estado requerente: invalidade desta, à luz da Constituição Italiana, que o STF pode declarar. 4. A validade e a consequente eficácia da promessa de reciprocidade ao Estado requerido, em que fundado o pedido de extradição, pressupõem que, invertidos os papéis, o ordenamento do Estado requerente lhe permita honrá-la: não é o caso da Itália, quando se cuida de extraditando brasileiro, pois, o art.

26 da Constituição Italiana só admite a extradição do nacional italiano quando expressamente prevista pelas convenções internacionais, o que não ocorre na espécie. 5. Não obstante, no Estado requerente, o extraditando, já nascido, seja considerado italiano, no juízo de extradição passiva, a nacionalidade do extraditando e aferida conforme a *lex fori*, que o reputa brasileiro. 6. Inquestionáveis o teor e a vigência do preceito constitucional italiano (art. 26, l), que só admite a extradição de nacionais, por força de convenção internacional, compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, juiz da extradição passiva, no Brasil, julgar da invalidade, perante a ordem jurídica do Estado requerente, da promessa de reciprocidade em que baseado o pedido, a fim de negar-lhe a eficácia extradicional pretendida: desnecessidade de diligência a respeito" (Extr. 541, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 18.12.1992).

[110] BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos* cit., 175-176.

[111] Idem, p. 174: "O controle difuso pode ter como objeto de impugnação atos normativos privados...".

[112] MENDES, Gilmar Ferreira. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.228, concordando com José Carlos Barbosa Moreira (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973. v. 5, p. 48): "A questão há de envolver ato de natureza normativa a ser aplicado à decisão da causa, devendo ser rejeitada a arguição de inconstitucionalidade de ato que não tenha natureza normativa ou não seja oriundo do Poder Público".

[113] Há doutrinadores que defendem a impossibilidade de arguição de inconstitucionalidade em ação civil pública, pois usurparia a competência do Supremo Tribunal Federal, na medida em que se pareceria com o processo instaurado em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Isso porque o pronunciamento proferido em ação civil pública é *erga omnes* (art. 16 da Lei 7.347/1985), o que acaba por gerar, na prática, um efeito do controle abstrato de constitucionalidade.

[114] "... 1. O STJ vem perfilhando o entendimento de que é possível a

declaração incidental de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos em sede de ação civil pública, nos casos em que a controvérsia constitucional consista no fundamento do pedido ou na questão prejudicial que leve à solução do bem jurídico perseguido na ação. 2. Tratandose de controle difuso, portanto exercitável incidentalmente no caso concreto, apenas a esse estará afeto, não obrigando pessoas que não concorreram para o evento danoso apontado na ação coletiva; ou seja, a decisão acerca da inconstitucionalidade não contará com o efeito *erga omnes*, de forma que não se verifica a hipótese de ludibrio do sistema de controle constitucional. 3. Recurso especial provido" (REsp 294.022/DF, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ* 19.09.2005).

115 "... A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que se pode pleitear a inconstitucionalidade de determinado ato normativo na ação civil pública, desde que *incidenter tantum*. Veda-se, no entanto, o uso da ação civil pública para alcançar a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes*. No caso, o pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei 754/1994 é meramente incidental, constituindose verdadeira causa de pedir. Negado provimento ao recurso extraordinário do Distrito Federal e julgado prejudicado o recurso extraordinário ajuizado pelo Ministério Público do Distrito Federal" (RE 424.993/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* 19.10.2007); "Se, contudo, o ajuizamento da ação civil pública visar, não à apreciação da validade constitucional de lei em tese, mas objetivar o julgamento de uma específica e concreta relação jurídica, aí, então, tornar-se-á lícito promover, *incidenter tantum*, o controle difuso de constitucionalidade de qualquer ato emanado do Poder Público. (...) É por essa razão que o magistério jurisprudencial dos Tribunais – inclusive o do STF (Rcl 554/MG, rel. Min. Maurício Corrêa – Rcl 611/PE, rel. Min. Sydney Sanches, *v.g*.) – tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal (...)." (RE 411.156, rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 19.11.2009, *DJE*

03.12.2009).

[116] RE 117.805/PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 27.08.1993: “Na instância extraordinária, é de ser recebida com temperamentos a máxima de que, no sistema de controle incidente, o juiz de qualquer grau deve declarar de ofício a inconstitucionalidade de lei aplicável ao caso: assim, quando nem a decisão objeto do recurso extraordinário, nem o recorrente hajam questionado a validade, em face da Constituição, da lei aplicada, mas se hajam limitado a discutir a sua interpretação e consequente aplicabilidade ou não ao caso concreto, a limitação do juízo do RE, de um lado, ao âmbito das questões constitucionais enfrentadas pelo acórdão recorrido e, de outro, a fundamentação do recurso, impede a declaração de ofício de inconstitucionalidade da lei aplicada, jamais arguida pelas partes nem cogitada pela decisão impugnada”.

[117] AI no REsp 1.135.354-PB, rel. originário Min. Luis Felipe Salomão, rel. para acórdão Min. Teori Albino Zavascki, j. 03.10.2012.

[118] BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro* cit., p. 113.

[119] “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

[120] “Art. 93, XI. Nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno.”

[121] Essa previsão foi estabelecida no direito brasileiro pela primeira vez na Constituição de 1934 e reproduzida nas seguintes. Era aplicada somente ao controle incidental, mas atualmente, com a criação do controle principal, essa regra se estende também a este.

[122] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5, p. 46.

[123] “... Equivalência, para os fins do art. 97 da constituição, entre a declaração de inconstitucionalidade e o julgamento, que, sem

proclamá-la explicitamente, recusa aplicabilidade a ato do poder público, sob alegação de conflito com critérios resultantes do texto constitucional. Equivale à própria declaração de inconstitucionalidade à decisão de tribunal, que, sem proclamá-la, explícita e formalmente, deixa de aplicar, afastando-lhe a incidência, determinado ato estatal subjacente à controvérsia jurídica, para resolvê-la sob alegação de conflito com critérios resultantes do texto constitucional. Precedentes (STF)" (AI (AgR) 472.897/PR, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 26.10.2007), neste mesmo sentido: RE 240.096/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 21.05.1999; RE 544.246/SE, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 08.06.2007.

[124] MENDES, Gilmar Ferreira. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* cit., 2010, p. 1.230.

[125] RE 190.728, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 30.05.1997; AI-AgR 168.149, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 04.08.1995, dentre outros.

[126] Art. 23 da Lei 9.868/1999: "Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade".

[127] TAVARES, Andre Ramos. *Curso de direito constitucional* cit., 2010, p. 321.

[128] ROTHENBURG, Walter Claudius. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental* – análise à luz da Lei 9.882/1999. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 222.

[129] HC 82.959, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 13.03.2006.

[130] "O art. 142, § 3.º, inciso X, da Constituição da República, é expresso ao atribuir exclusivamente à lei a definição dos requisitos para o ingresso nas Forças Armadas. 3. A Constituição brasileira determina, expressamente, os requisitos para o ingresso nas Forças Armadas, previstos em lei: referência constitucional taxativa ao critério de idade. Descabimento de regulamentação por outra espécie normativa, ainda que por delegação legal. 4. Não foi recepcionada pela Constituição da República de 1988 a expressão 'nos

regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica' do art. 10 da Lei 6.880/1980. 5. O princípio da segurança jurídica impõe que, mais de vinte e dois anos de vigência da Constituição, nos quais dezenas de concursos foram realizados se observando aquela regra legal, modulemse os efeitos da não recepção: manutenção da validade dos limites de idade fixados em editais e regulamentos fundados no art. 10 da Lei 6.880/1980 até 31 de dezembro de 2011. 6. Recurso extraordinário desprovido, com modulação de seus efeitos" (RE 600.885/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 09.02.2011, *DJ* 01.07.2011). Posteriormente o STF acolheu embargos de declaração para estender os efeitos da norma até 31.12.2012, *in litteris*: "O Plenário, por maioria, acolheu embargos de declaração para sanar omissão e reconhecer que a modulação de efeitos proclamada no acórdão embargado não alcançaria os candidatos que teriam ingressado em juízo para pleitear o afastamento do limite de idade por ausência de previsão legal. No caso, o Tribunal anunciara a não recepção da expressão 'nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica' contida no art. 10 da Lei 6.880/1980. Entretanto, resolvera modular os efeitos dessa decisão até 31.12.2011 – v. Informativo 615. Deferiu-se o pedido para prorrogar a modulação aludida até o dia 31.12.2012, sem admitir-se, contudo, nova postergação. Considerou-se que, apesar de o primeiro prazo dado pelo STF não ser exíguo, não se poderia deixar as Forças Armadas sem instrumento normativo válido para realização de concurso público. Vencido o Min. Marco Aurélio, que desprovia os declaratórios por não vislumbrar omissão e receava, diante da inércia do Congresso Nacional, defrontar com novo pedido de prorrogação" (RE 600.885 ED/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.06.2012).

131 Em que pese o efeito temporal *ex tunc* ser posição de Themístocles Cavalcanti, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, José Afonso da Silva, Nagib Slaibi Filho, Anna Cândida da Cunha Ferraz e Regina Macedo Nery Ferrari (conforme levantamento realizado por Clèmerson Merlin Clève em *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 122), há posição entendendo que o efeito temporal seria "ex tunc", tais como Luís Roberto Barroso (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro* cit., p. 157), Clèmerson Merlin Clève (*A fiscalização*

abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro cit., p. 122) e Gilmar Ferreira Mendes (*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998. p. 373), que se pautam, dentre outros fundamentos, no Decreto 2.346/1997, que dispõe: "Art. 1.º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto. § 1.º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia *ex tunc*, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial. § 2.º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal".

[132] "Não resta dúvida de que a adoção de súmula vinculante em situação que envolva a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo enfraquecerá ainda mais o já debilitado instituto da suspensão pelo Senado" (MENDES, Gilmar Ferreira. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* cit., 2010, p. 1.109.

[133] O termo *ratio decidendi* é sinônimo do termo *holding*. Enquanto o primeiro é usual entre os ingleses, o segundo (*holding*) é muito utilizado nos Estados Unidos (SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante*: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 182).

[134] Em poucos casos são dispensados o relatório, como nos Juizados Especiais Cíveis. Lei 9.099/1995: "Art. 38. A sentença mencionará os elementos de convicção do Juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório".

[135] Sobre o tema, existem posições favoráveis e contrárias dentro do STF. Exemplo de decisão favorável: "Cabe registrar, neste ponto, por relevante, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame

final da Rcl 1.987/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, expressamente admitiu a possibilidade de reconhecer-se, em nosso sistema jurídico, a existência do fenômeno da 'transcendência dos motivos que embasaram a decisão' proferida por esta Corte, em processo de fiscalização normativa abstrata, em ordem a proclamar que o efeito vinculante refere-se, também, à própria *ratio decidendi*, projetando-se, em consequência, para além da parte dispositiva do julgamento, *in abstracto*, de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade" (Rcl 4.999-MC/RN, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 22.03.2007). Neste mesmo sentido: Rcl 4.987-MC/PE, rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, *DJ* 13.03.2007. Já seria exemplo de decisão contrária: "Na espécie vertente, o que pretende o Agravante é valer-se desse instituto para exigir respeito aos fundamentos determinantes aproveitados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 3.715/TO, 1.779/PE e 849/MT, que não teriam sido observados pela autoridade reclamada. No entanto, a aplicação da teoria dos motivos determinantes foi rejeitada por este Supremo Tribunal, sendo exemplo disso: Rcl 5.703-AgR/SP, de minha relatoria, DJe 16.9.2009; Rcl 5.389-AgR/PA, de minha relatoria, DJe 19.12.2007; Rcl 9.778-AgR/RJ, Rel Min. Ricardo Lewandowski, DJe 10.11.2011; Rcl 9.294-AgR/RN, Rel. Min. Dias Toffolli, Plenário, DJe 03.11.2011; Rcl 6.319-AgR/SC, Rel. Min. Eros Grau, DJe 06.08.2010; Rcl 3.014/SP, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 21.05.2010; Rcl 2.475-AgR/MG, Redator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio, DJe 31.01.2008; Rcl 4.448-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 08.08.2008; Rcl 2.990-AgR/RN, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.09.2007; Rcl 5.365-MC/SC, Rel. Min. Ayres Britto, decisão monocrática, DJ 15.08.2007; Rcl 5.087-MC/SE, Rel. Min. Ayres Britto, decisão monocrática, DJ 18.05.2007" (Rcl 11.479-AgR/CE, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 19.12.2012).

136 RE 197.917/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 07.05.2004.

137 Informações prestadas nos autos do HC 82.959, rel. Min. Marco Aurélio.

138 "... Reputou ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à *suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade*, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão

terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Concluiu, assim, que as decisões proferidas pelo juízo reclamado *desrespeitaram a eficácia erga omnes*, que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82.959/SP...” (grifamos) (Rcl 4.335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 01.02.2007).

[139] Voto do Ministro Joaquim Barbosa retirado do Informativo do STF 463: “... Afirmou, também, na linha do que exposto pelo Min. Sepúlveda Pertence, a possibilidade de edição de súmula vinculante. Dessa forma, haveria de ser mantida a leitura tradicional do art. 52, X, da CF, que trata de uma autorização ao Senado de determinar a suspensão de execução do dispositivo tido por inconstitucional, e não de uma faculdade de cercear a autoridade do STF. Afastou, ainda, a ocorrência da alegada mutação constitucional. Asseverou que, com a proposta do relator, ocorreria, pela via interpretativa, tão somente a mudança no sentido da norma constitucional em questão, e, que, ainda que se aceitasse a tese da mutação, seriam necessários dois fatores adicionais não presentes: o decurso de um espaço de tempo maior para verificação da mutação e o consequente e definitivo desuso do dispositivo. Por fim, enfatizou que essa proposta, além de estar impedida pela literalidade do art. 52, X, da CF, iria na contramão das conhecidas regras de autorrestrição” (Rcl 4.335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 19.04.2007).

[140] Rcl 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, 16.05.2013.

[141] “Não ocorrência. Aplicabilidade da teoria da transcendência dos motivos determinantes rejeitada pelo Supremo. Agravo desprovido. I – Só é possível verificar se houve ou não descumprimento da Súmula Vinculante 3 nos processos em curso no Tribunal de Contas da União, uma vez que o enunciado, com força vinculante, apenas àquela Corte se dirige. II – Este Supremo Tribunal, por ocasião do julgamento da Rcl 3.014/SP, Rel. Min. Ayres Britto, rejeitou a aplicação da chamada ‘teoria da transcendência dos motivos determinantes’. III – Agravo a que se nega provimento” (Rcl 9.778/RJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJ* 11.11.2011).

[142] Em decisão monocrática, o Min. Carlos Ayres afirmou: “Mas o fato é que, no julgamento da Rcl 4.219, esta nossa Corte retomou a discussão quanto à aplicabilidade dessa mesma teoria da

‘transcendência dos motivos determinantes’, oportunidade em que deixei registrado que tal aplicabilidade implica prestígio máximo ao órgão de cúpula do Poder Judiciário e desprestígio igualmente superlativo aos órgãos da judicatura de base, o que se contrapõe à essência mesma do regime democrático, que segue lógica inversa: a lógica da desconcentração do poder decisório” (Rcl 10.604/DF, rel. Min. Carlos Ayres Britto, *DJ* 14.09.2010).

143 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional* cit., 2002, p. 269.

144 Entenda-se por “lei” as espécies normativas contidas no art. 59 da CRFB.

145 Entenda-se por “ato normativo” o ato revertido de caráter normativo, ou seja, normas de comportamento emanadas pelo Poder Público, tais como resoluções e deliberações administrativas dos Tribunais, não incluindo neste exemplo respostas a consultas emanadas pelo TSE, nem convenções coletivas de trabalho.

146 ADI 815/DF, rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 10.05.1996. Entendimento do qual discordamos, em razão das limitações fáticas, imanentes, transcendentes e heterônomas que devem ser impostas ao Poder Constituinte Originário, como discorremos no capítulo dedicado ao Poder Constituinte.

147 “... A conversão em lei da medida provisória que abre crédito extraordinário não prejudica a análise deste Supremo Tribunal Federal quanto aos vícios apontados na ação direta de inconstitucionalidade...” (ADI 4.049 MC/DF, rel. Min. Carlos Britto, *DJ* 08.05.2009).

148 “A revogação da MP por outra MP apenas suspende a eficácia da norma ab-rogada, que voltará a vigorar pelo tempo que lhe reste para apreciação, caso caduque, ou seja, rejeitada a MP ab-rogante” (ADI 2.984 MC/DF, rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 14.05.2004).

149 “O Tribunal não conheceu da ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Partido Liberal contra o Provimento n. 758/2001, do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, que autoriza o juiz de direito, responsável pelas atividades do Juizado, a tomar conhecimento dos termos circunstanciados elaborados pelos policiais militares, desde que assinados

concomitantemente por oficial da Polícia Militar, e da Resolução SSP n. 403/2001, prorrogada pela Resolução n. 517/2002, ambas do Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo, que estabelece que, nas áreas que elenca, o termo circunstanciado de que trata o art. 69 da Lei 9.099/1995 será elaborado pelo policial civil ou militar que primeiro tomar conhecimento da ocorrência, e exige que os termos circunstanciados feitos pela Polícia Militar sejam assinados também por oficial da Corporação. Entendeu-se que os atos normativos impugnados seriam atos secundários que se prestariam a interpretar norma contida no art. 69 da Lei 9.099/1995" (ADI 2.862/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 26.03.2008).

150 ADI 1.493 MC/DF, rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* 06.12.1996.

151 Impende observar que a ADI 1.480/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 18.05.2001, geralmente utilizada pela doutrina para afirmar que o STF pode controlar a constitucionalidade de tratado internacional, trata na verdade de análise da convenção 158 da OIT *já* incorporada pelo Decreto Legislativo 68/1992 e Decreto Executivo 1.855/1996, motivo pelo qual não passa de análise de norma interna. "... O Poder Judiciário – fundado na supremacia da Constituição da República – dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais *já incorporados* ao sistema de direito positivo interno... Os tratados ou convenções internacionais, *uma vez regularmente incorporados ao direito interno*, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa..." (grifo do autor).

152 A Lei 12.376/2010 alterou o nome da antiga Lei de Introdução ao Código Civil para Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

153 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada* cit., p. 263.

154 "PROCESSO OBJETIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ORÇAMENTÁRIA. Mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei

orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta. (...). É inconstitucional interpretação da Lei Orçamentária 10.640, de 14 de janeiro de 2003, que implique abertura de crédito suplementar em rubrica estranha à destinação do que arrecadado a partir do disposto no § 4.º do art. 177 da Constituição Federal, ante a natureza exaustiva das alíneas a, b e c do inciso II do citado parágrafo" (ADI 2925/DF, rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 04.03.2005).

155 "CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade" (ADI 4.048 MC/DF, rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, *DJ* 21.08.2008).

156 ADI 3.232 QO/TO, rel. Min. Cezar Peluso, 14.08.2008.

157 ADI 1.096-4, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 22.09.1995.

158 Ver exceção: ADI 3.232 QO/TO, rel. Min. Cezar Peluso, 14.08.2008.

159 "... II – Controle abstrato de constitucionalidade de normas orçamentárias. Revisão de jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade..." (ADI 4.048 MC/DF, rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, *DJ* 21.08.2008).

160 ADI 2.618 AgR/PR, rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 31.03.2006.

161 CLT – "Art. 535. As Confederações organizar-se-ão com o mínimo de 3 (três) federações e terão sede na Capital da República."

162 "... Considera-se entidade nacional de classe, legitimada para a ação direta (CF, art. 103, IX), a associação brasileira da indústria de artigos e equipamentos médicos, odontológicos, hospitalares e de laboratórios, uma vez que (1) a especificidade do ramo industrial a

que se dedicam as empresas congregadas permite a identificação de uma categoria econômica diferenciada e (2) suas associadas têm sede em mais de nove unidades federadas, de modo a comprovar, segundo o critério do art. 12 da lei orgânica dos partidos políticos, aplicável por analogia, o seu caráter nacional" (ADI 77, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 23.04.1993). É bom esclarecer que o antigo art. 12 citado no acórdão é referente ao art. 7.º, § 1.º, da nova lei orgânica dos Partidos Políticos (Lei 9.096/1995).

163 "Ação direta de inconstitucionalidade: legitimação ativa: 'entidade de classe de âmbito nacional': compreensão da 'associação de associações' de classe: revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal. 1. O conceito de entidade de classe é dado pelo objetivo institucional classista, pouco importando que a eles diretamente se filiem os membros da respectiva categoria social ou agremiações que os congreguem, com a mesma finalidade, em âmbito territorial mais restrito. 2. É entidade de classe de âmbito nacional – como tal, legitimada à propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, IX) – aquela na qual se congregam associações regionais correspondentes a cada unidade da Federação, a fim de perseguirem, em todo o País, o mesmo objetivo institucional de defesa dos interesses de uma determinada classe. 3. Nesse sentido, altera o Supremo Tribunal sua jurisprudência, de modo a admitir a legitimação das 'associações de classe', de âmbito nacional, para a ação direta de inconstitucionalidade" (ADI 3.153 AgR/DF, rel. Ac. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 23.09.2004).

164 BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos* cit., p. 218.

165 ADI 127 MC/QO, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 04.12.1992.

166 Arts. 3.º, parágrafo único, 12-B, parágrafo único, e 14, parágrafo único, da Lei 9.868/1999 e art. 3.º, parágrafo único, da Lei 9.882/1999.

167 ADI 1.105 MC-ED-QO/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 16.11.2001.

168 NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Curso básico de processo civil* – teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. t. I, p. 213.

169 ADI 2.130 MC/SC, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 02.02.2001.

[170] Idem, ibidem.

[171] MENDES, Gilmar Ferreira. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* cit., 2010. p. 1.287.

[172] "Por maioria, o Tribunal, preliminarmente, deixou de referendar a admissibilidade, no processo da Associação Paulista dos Magistrados na qualidade de *amicus curiae* (Lei 9.868/1999, art. 7.º, § 2.º), uma vez que a mesma formulara o pedido de admissão no feito depois de já iniciado o julgamento da medida liminar. Considerou-se que a manifestação de *amicus curiae* é para efeito de instrução, não sendo possível admitila quando em curso o julgamento. Vencidos os Ministros Ilmar Galvão, relator, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, que referendavam a decisão" (ADI 2.238 MC/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 09.05.2002).

[173] ADI 3.931/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, *DJ* 19.08.2008.

[174] "(…) É que os requerentes são pessoas físicas, terceiros concretamente interessados no feito, carecendo do requisito de representatividade inerente à intervenção prevista pelo art. 7.º, § 2.º, da Lei 9.868, de 10.11.1999, o qual, aliás, é explícito ao admitir somente a manifestação de outros 'órgãos ou entidades' como medida excepcional aos processos objetivos de controle de constitucionalidade (…)" (ADI 4.178/GO, rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* 16.10.2009).

[175] "O *amicus curiae* somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta" (ADI 4.071 AgR/DF, rel. Min. Menezes Direito, *DJ* 16.10.2009).

[176] ADI 3.504/SP, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 09.08.2005.

[177] ADI 3.396 AgR/DF, rel. Min. Celso de Mello, 10.05.2012.

[178] ADI 2.675/PE, rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 16.05.2007; ADI 2.777/SP, rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* 16.10.2003.

[179] RISTF: "Art. 131, § 3.º. Admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do § 2.º do artigo 132 deste Regimento". "Art. 132. Cada uma das partes falará pelo tempo máximo de 15 minutos, excetuada a ação penal originária, na qual o prazo será de uma hora, prorrogável

pelo Presidente. § 2.º. Se houver litisconsortes não representados pelo mesmo advogado, o prazo, que se contará em dobro, será dividido igualmente entre os do mesmo grupo, se diversamente entre eles não se convencionar".

180 "Ação direta de inconstitucionalidade. Embargos de declaração opostos por *amicus curiae*. Ausência de legitimidade. Interpretação do § 2.º da Lei 9.868/1999. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal é assente quanto ao não cabimento de recursos interpostos por terceiros estranhos à relação processual nos processos objetivos de controle de constitucionalidade. 2. Exceção apenas para impugnar decisão de não admissibilidade de sua intervenção nos autos. 3. Precedentes. 4. Embargos de declaração não conhecidos" (ADI 3.615 ED/PB, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 17.03.2008).

181 *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro* cit., p. 214.

182 MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional* cit., p. 210; MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 128.

183 "Como o Tribunal não fica vinculado aos fundamentos apresentados na peça inicial, a identidade de causas de pedir não justifica a cumulação dos pedidos em uma única ação" (ADI-QO 28, rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ* 25.10.1991).

184 "Resolvendo questão de ordem em ação direta ajuizada pelo Governador do Estado do Paraná contra a Lei estadual n. 12.909/2000 – que autorizou o Poder Executivo a incluir no Edital de Venda do Banco do Estado do Paraná-BANESTADO a manutenção, com exclusividade, das contas dos depósitos das disponibilidades de caixa do Tesouro Estadual –, o Tribunal admitiu o aditamento da petição inicial para incluir no pedido a impugnação dos §§ 1.º e 2.º do art. 4.º da Medida Provisória n. 2.192-70/2001, que autoriza o depósito das disponibilidades de caixa dos Estados na instituição financeira adquirente do seu controle acionário. Ante a peculiaridade do caso, considerou-se necessária a cumulação, no mesmo processo, dos pedidos de declaração de inconstitucionalidade de atos normativos de origem diversa (lei estadual e medida provisória federal) pela circunstância de que a inconstitucionalidade de um (medida provisória) pode tornar-se questão prejudicial da invalidade do outro (lei estadual). Precedente citado: ADI (QO) n. 48 (*RTJ*,

138/353)” (ADI 2.844 QO/PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 24.04.2003).

185 ADI 1.280/TO, rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 10.08.1995; ADI 1.230/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 09.06.1995.

186 ADI 1.230/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 09.06.1995.

187 “Não cabe pedido de reconsideração de decisão que defere liminar em ação direta de inconstitucionalidade. Com esse entendimento, o Tribunal, por maioria, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Min. Néri da Silveira, relator, não conheceu de pedido de reconsideração mediante o qual o Governador do Estado do Rio de Janeiro pretendia o reexame da decisão do Plenário que deferira, por unanimidade, a suspensão cautelar da eficácia de expressões da Lei 3.189/1999, do referido Estado, que previam a contribuição previdenciária dos servidores inativos estaduais. Vencidos os Ministros Néri da Silveira, Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que conheciam do pedido por admitirem a possibilidade de reconsideração e, no mérito, o indeferiam” (ADIn [QO] 2.188-RJ, rel. Min. Néri da Silveira, 14.06.2000, *Informativo* 193).

188 “Cumpre ao Advogado-Geral da União o papel de curador da lei atacada (art. 103, § 3.º), *não lhe sendo dado*, sob pena de inobservância do múnus público, *adotar posição diametralmente oposta, como se atuasse como fiscal da lei*, qualidade reservada, no controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo, ao Procurador-Geral da República” (ADI 2.906-RJ, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 29.06.2011). No mesmo sentido: “*não lhe cabendo emissão de simples parecer*, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade” (ADI 2.376/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 01.07.2011).

189 “O Advogado-Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade” (ADI 1.616/PE, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 24.08.2001).

190 “Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, rejeitou questão de ordem suscitada pelo Min. Marco Aurélio, que, diante do parecer da Advocacia Geral da União que se manifestava pela declaração de inconstitucionalidade da lei impugnada, reputava o processo não devidamente aparelhado e propunha a suspensão do julgamento

para determinar que o Advogado-Geral da União apresentasse defesa da lei atacada, nos termos do § 3.º do art. 103 da CF ('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'). Entendeu-se ser necessário fazer uma interpretação sistemática, no sentido de que o § 3.º do art. 103 da CF concede à AGU o direito de manifestação, haja vista que exigir dela defesa em favor do ato impugnado em casos como o presente, em que o interesse da União coincide com o interesse do autor, implicaria retirar-lhe sua função primordial, que é a defender os interesses da União (CF, art. 131). Além disso, a despeito de reconhecer que nos outros casos a AGU devesse exercer esse papel de contraditora no processo objetivo, constatou-se um problema de ordem prática, qual seja, a falta de competência da Corte para impor-lhe qualquer sanção quando assim não procedesse, em razão da inexistência de previsão constitucional para tanto. Vencidos, no ponto, os Ministros Marco Aurélio, suscitante, e Joaquim Barbosa, que o acompanhava" (ADI 3.916/DF, rel. Min. Eros Grau, 07.10.2009).

[191] PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado* cit., p. 777.

[192] Como exemplo podemos citar a sustentação oral realizada pelo Procurador-Geral da República nos autos da ADI 3510, em 05.03.2008, que discute o uso de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/ADI_3510_susten-tacao_oral.pdf/view>.

[193] Audiência convocada nos autos da ADI 5.310/DF, rel. Min. Carlos Ayres Britto, ocorrida em 20.04.2007.

[194] ADPF 101/DF, na qual a rel. Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha convocou audiência pública, o que ocorreu em 27.06.2008.

[195] No mesmo despacho que concedeu liminar autorizando o aborto com eficácia *erga omnes*, o Ministro Relator Marco Aurélio Mello convocou audiência pública que teve início em 26.08.2008 e foi formada por 4 dias de debates (dias 26, 28.08, 04 e 16.09.2008) *in litteris*. "2. Encontrando-se saneado o processo, devem ocorrer

audiências públicas para ouvir entidades e técnicos não só quanto à matéria de fundo, mas também no tocante a conhecimentos específicos a extravasarem os limites do próprio Direito... (*omissis*)... o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. É como decido na espécie. 3. Ao Plenário para o crivo pertinente. 4. Publique-se" (Decisão monocrática em liminar – ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio Mello, *DJU* 14.08.2008).

196 A audiência pública sobre a saúde, convocada em 05.03.2009 pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, foi realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009.

197 Nesta audiência foram ouvidos 38 especialistas de diversas instituições da sociedade civil, entre os dias 03 e 05.03.2010.

198 Ibidem. Op. cit., p. 81.

199 "... A eficácia geral e o efeito vinculante de decisão, proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão" (Rcl 2.617/MG, rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* 20.05.2005).

200 "Na realidade, o caso versado nos presentes autos parece configurar hipótese de 'violação ao conteúdo essencial' do acórdão consubstanciador do julgamento da referida ADI 2.868/PI, o que caracterizaria possível transgressão ao efeito transcendente dos fundamentos determinantes daquela decisão plenária emanada do Supremo Tribunal Federal, ainda que proferida em face de legislação estranha ao Estado de Sergipe, parte ora reclamante. Sendo assim, e presentes as razões expostas, defiro a medida liminar ora postulada" (Rcl 2.986/SE, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 18.03.2005).

201 Rcl 5.442 MC/PE, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 06.09.2007.

202 "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade de utilização, ainda que em caráter excepcional, da via reclamatória como instrumento processual idôneo de preservação da

autoridade decisória dos julgados proferidos em sede de ação direta de inconstitucionalidade" (Rcl 467/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 09.12.1994).

203 "Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade: Efeito repristinatório: Norma anterior com o mesmo vício de inconstitucionalidade. I – No caso de ser declarada a inconstitucionalidade da norma objeto da causa, ter-se-ia a repristinação de preceito anterior com o mesmo vício de inconstitucionalidade. Neste caso, e não impugnada a norma anterior, não é de se conhecer da ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes do STF. II – ADIn não conhecida" (ADI 2.574/AP, rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 29.08.2003). No mesmo sentido: ADI 3.148/TO, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 28.09.2007; ADI 3.660/MS, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* 09.05.2008).

204 Rcl 2.600 AgR/SE, rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* 03.08.2007.

205 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O dogma da coisa julgada:* hipóteses de relativização. São Paulo: RT, 2003. p. 237.

206 Código de Processo Civil: "Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: (...) II – inexigibilidade do título; § 1.º Para efeito do disposto no inc. II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidos pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal".

207 "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" (ADI 8 MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 04.04.2003).

208 "Ao apreciar reclamação ajuizada pelo INSS para garantir a autoridade de decisão da Corte proferida na ADI 1.232/DF (*DJU* de

09.09.1998), que declarara a constitucionalidade do § 3.º do art. 20 da Lei 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social – Loas), o Plenário, por maioria, julgou improcedente o pedido por considerar possível revisão do que decidido naquela ação direta, em razão da defasagem do critério caracterizador da miserabilidade contido na mencionada norma. Assim, ao exercer novo juízo sobre a matéria e, em face do que decidido no julgamento do RE 567985/MT e do RE 580963/PR, confirmou a inconstitucionalidade…" (Rcl 4.374/PE, rel. Min. Gilmar Mendes, 18.4.2013).

209 ADI 815/DF, rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 28.03.1996.

210 "Então, a rigor, não se trata de processo sem partes e só aparentemente é processo objetivo, porque, no fundo, no substrato da realidade jurídica em causa estão as relações materiais controvertidas que servem de pressupostos de fato da ação." SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 57.

211 "O ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, que faz instaurar processo objetivo de controle normativo abstrato" (ADI 8 MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 04.04.2003).

212 Mensagem Presidencial 1.674, de 10.11.1999.

213 "Por entender desnecessárias informações, determino seja colhido o parecer do Procurador-Geral da Re-pública" (ADC 19-3, rel. Min. Marco Aurélio, j. 21.12.2007).

214 "É clara a Constituição da República no limitar a extensão dos efeitos vinculantes da decisão definitiva de mérito, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nas *ações* declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo (art. 102, § 2.º), enquanto eficácia que deve ser atribuída, por idênticas razões, à decisão definitiva da ação direta de in-constitucionalidade, a qual tem igual caráter dúplice, posto que com *sinal trocado*" (Rcl 2.617 AgR/MG, rel. Min. Cezar Peluso, j. 03.05.2005, *Informativo* 386).

215 Constituição da República Portuguesa: "Art. 283.º (Inconstitucionalidade por omissão) 1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autônomas, dos presidentes das assembleias legislativas regionais, o Tribunal Constitucional aprecia

e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. 2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente".

[216] MORAES, Guilherme Peña. *Curso de direito constitucional* cit., 2009. p. 242.

[217] Barroso, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro* cit., p. 279.

[218] Constituição da República Federativa do Brasil: "Art. 7.º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: 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;".

[219] BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro* cit., p. 279-280.

[220] MENDES, Gilmar Ferreira. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* cit., 2010. p. 1.352.

[221] BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos* cit., p. 251.

[222] "Inviabilidade de conversão da ação direta de inconstitucionalidade em ação de inconstitucionalidade por omissão, a que se refere o § 2.º do art. 103 da Lei maior de 1988. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida, prejudicada a matéria relativa ao referendo do despacho" (ADI 986 MC/DF, rel. Min. Neri da Silveira, *DJ* 08.04.1994). No mesmo sentido: ADI 1.442/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 29.04.2005.

[223] "Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI 875/DF, ADI 1.987/DF, ADI 2.727/DF e ADI 3.243/DF). Fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão. Fundo de Participação dos Estados – FPE (art. 161, inciso II, da Constituição). Lei Complementar n. 62/1989. Omissão inconstitucional de caráter

parcial. Descumprimento do mandamento constitucional constante do art. 161, II, da Constituição, segundo o qual Lei Complementar deve estabelecer os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, com a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos. Ações julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2.º, incisos I e II, §§ 1.º, 2.º e 3.º, e do Anexo Único, da Lei Complementar n. 62/1989, assegurada a sua aplicação até 31 de dezembro de 2012" (ADI 875/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 30.04.2010).

224 "Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de proclamar incabível a medida liminar nos casos de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (*RTJ*, 133/569, rel. Min. Marco Aurélio; ADI 267-DF, rel. Min. Celso de Mello), eis que não se pode pretender que mero provimento cautelar antecipe efeitos positivos inalcançáveis pela própria decisão final emanada do STF" (ADI 1.458 MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 20.09.1996).

225 ADI 3.286/MT, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 06.09.2007; ADI 2.240/BA, rel. Min. Eros Grau, *DJ* 03.08.2007.

226 Nestes exatos termos: BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro* cit., p. 303.

227 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional* cit., p. 722.

228 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro* cit., p. 303.

229 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 55.

230 ADPF 76/TO, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13.02.2006.

231 ADPF 33/PA, rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, *DJ* 29.10.2003.

232 MORAES, Guilherme Peña. *Curso de direito constitucional* cit., 2009, p. 264.

233 MENDES, Gilmar Ferreira. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* cit., 2010, p. 1.322.

234 ADPF 46/DF, rel. Min. Marco Aurélio, rel. Ac. Min. Eros Grau, *DJ* 26.02.2010; ADPF 130/DF, rel. Min. Carlos Britto, *DJ* 06.11.2009.

235 ADPF 144/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 26.02.2010.

[236] ADI 4.180-MC-REF/DF, rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* 27.08.2010.

[237] ADPF 72 QO/PA, rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 02.12.2005.

[238] ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio Mello.

[239] ADPF 172/RJ, rel. Min. Marco Aurélio.

[240] TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional* cit., 2010, p. 321. “No caso da arguição incidental, qualquer pessoa interessada (envolvida em processo judicial) pode submeter a questão constitucional fundamental diretamente ao Supremo Tribunal, a partir de seu processo originário, mesmo após o desastroso veto presidencial.”

[241] NOVELINO, Marcelo. *Curso*... Op. cit., p. 283.

[242] BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro* cit., p. 327.

[243] Mensagem de veto 1.807/1999, razões do veto sobre o art. 2.º, II, da Lei 9.882/1999: “A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por ‘qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público’. A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função

precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento".

244 "Ação proposta por particular. Ausência de legitimidade. Somente podem propor ADPF os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (art. 2.º, I, da Lei 9.882/1999)" (Plenário. ADPF 11-AgR, rel. Min. Sydney Sanches, j. 18.11.2004, *DJ* 05.08.2005).

245 MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional* cit., p. 277.

246 Art. 162 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

247 ADI 558/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 26.03.1993.

248 MENDES, Gilmar Ferreira. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* cit., 2010, p. 1.494.

249 Idem, p. 1.492.

250 Idem, ibidem.

251 Dentre os que se mostram contrários à possibilidade de criação de ação declaratória de constitucionalidade nos Estados está José Afonso da Silva, em razão de ausência de previsão constitucional expressa (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 59).

7

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Sumário: 7.1 Conceito: 7.1.1 Posicionamento; 7.1.2 Distinção entre direitos e garantias fundamentais; 7.1.3. Natureza dos direitos e garantias fundamentais – 7.2 Características – 7.3 Eficácia e aplicabilidade: 7.3.1 Eficácia vertical e eficácia horizontal dos direitos fundamentais; 7.3.2 Eficácia irradiante dos direitos e garantias fundamentais; 7.3.3 Teoria dos quatro *status* de George Jellinek – 7.4 Geração, gestação, gênese ou dimensão de direitos fundamentais – 7.5 Rol não taxativo – 7.6 Colidência e relatividade dos direitos e garantias individuais e coletivos – 7.7 Abrangência dos direitos fundamentais – 7.8 Direitos fundamentais básicos: 7.8.1 Vida; 7.8.2 Liberdade; 7.8.3 Igualdade; 7.8.4 Segurança; 7.8.5 Propriedade – 7.9 Exercícios de fixação.

7.1 CONCEITO

Os direitos fundamentais são os direitos considerados indispensáveis à manutenção da **dignidade da pessoa humana**,[1] necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual.

Os direitos fundamentais são, antes de tudo, limitações impostas pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado Federal, sendo um desdobramento do Estado Democrático de Direito (art. 1.º, parágrafo único).

7.1.1 Posicionamento

O termo "direitos e garantias fundamentais" está previsto no título II da CR e engloba:

a) direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5.º);

b) direitos sociais (arts. 6.º a 11);
c) direitos à nacionalidade (arts. 12 e 13);
d) direitos políticos (arts. 14 a 16);
e) partidos políticos (art. 17).

7.1.2 Distinção entre direitos e garantias fundamentais

Como se pode notar, o título II da Constituição traz tanto direitos quanto garantias, por isso, para melhor entendimento, é necessário traçar distinção entre os termos, sendo **direitos fundamentais** bens e benefícios previstos na Constituição e **garantias fundamentais** ferramentas insculpidas para resguardar e possibilitar o exercício dos direitos.

Os direitos fundamentais existem para que a **dignidade da pessoa humana** (art. 1.º, III, da CR) possa ser exercida em sua plenitude.[2] Caso não haja normas que assegurem e tutelem esses direitos, a ofensa atingirá a própria dignidade.

Ao longo da Constituição podemos constatar uma série de bens e direitos, *v.g.*:

a) o direito de crença (art. 5.º, VI) é resguardado pela garantia da proteção aos cultos e suas liturgias (art. 5.º, VI);
b) o direito à liberdade de expressão (art. 5.º, IX) é resguardado pela vedação à censura (art. 5.º, IX);
c) o direito à liberdade de locomoção (art. 5.º, XV) é garantido pelo princípio do devido processo legal (art. 5.º, LIV);
d) o direito à ampla defesa (art. 5.º, LV) está assegurado pela garantia do contraditório (art. 5.º, LV), e assim por diante.

Ocorre que, por vezes, as garantias simples não são suficientes para resguardar o direito, e a ofensa ao direito ignora a garantia que paira sobre ele. Nessas hipóteses, é necessário utilizar garantias mais incisivas, que provocam necessariamente intervenção de alguma autoridade. A estas garantias dá-se o nome de **remédios constitucionais**.

Nestes termos, se, por exemplo, o direito à locomoção (art. 5.º, XV) for violado em total desprezo à garantia do devido processo legal (art. 5.º, LV), é necessário manejar o *habeas corpus* (art. 5.º, LXVIII), uma garantia que

provocará o órgão judicial para restituir o direito à liberdade de locomoção (art. 5.º, XV) à pessoa.

Assim, podemos afirmar que, além das **garantias fundamentais gerais** previstas na Constituição, como a vedação à censura, o devido processo legal, o contraditório, a publicidade dos atos processuais, o respeito à integridade física do preso e assim por diante, existem também as **garantias fundamentais instrumentais** (ou específicas), que provocam intervenção de autoridades para resguardar e assegurar os direitos fundamentais. Essas garantias podem ser judiciais ou administrativas, a depender da natureza da atuação do ente que intervém. Será garantia fundamental instrumental administrativa (**remédio constitucional administrativo**) quando a autoridade intervém na qualidade de agente administrativo (art. 5.º, XXXIV, *a* e *b*), e será garantia fundamental instrumental judicial (**remédio constitucional judicial)** quando a autoridade atuar como agente judiciário (art. 5.º, LXVIII ao LXXIII).

7.1.3. Natureza dos direitos e garantias fundamentais

Uadi Lammego Bulos[3] explica que quatro correntes nasceram para explicar a natureza dos direitos e garantias fundamentais:

a) **Natureza juspositivista** (Hans Kelsen e Herbert Hart) – originam-se de normas constitucionais positivas, pois foram colocados na constituição por obra do poder constituinte. A positivação tem natureza constitutiva.

b) **Natureza jusnaturalista** (Ronald Dworkin, John Rawls, Jurgen Habermas e Agnes Heller) – nasceram do Direito Natural, porque preexistem à obra do Poder Constituinte. A positivação tem natureza declaratória. Esta vertente foi encampada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, cujo art. 2.º ensina: “A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”.

c) **Natureza idealista** (Wilhelm Dilthey e Heinrich Rickert) – defluem do universo abstrato das ideias acolhidas ao longo do tempo.

d) **Natureza realista** (Norberto Bobbio) – Resultam de lutas políticas e sociais.

7.2 CARACTERÍSTICAS

Os direitos fundamentais são dotados de características próprias, dentre as quais podemos citar como principais:

a) **extrapatrimonialidade**, uma vez que não são direitos mensuráveis economicamente;

b) **universalidade**, pois são aplicados a todos, indistintamente;

c) **inalienabilidade**, na medida em que são direitos inegociáveis e intransferíveis, não podendo vender, doar ou ceder os referidos direitos a qualquer título;

d) **imprescritibilidade**, posto que não se extinguem pelo desuso, inércia;

e) **irrenunciabilidade**: é possível deixar de exercer estes direitos, mas renunciálos, nunca. Um lutador de boxe, por exemplo, abre mão, por tempo determinado, à sua integridade física; porém, a qualquer momento, pode parar de lutar e fazer valer o direito que lhe é inerente;

f) **vinculantes** – os poderes públicos devem observar as normas supremas da Constituição, notadamente seus direitos fundamentais;

g) **interdependência** – o gozo das liberdades públicas não exclui o exercício de outros direitos, pelo contrário, o usufruto de um direito fundamental pressupõe o gozo simultâneo de outros ou mesmo de todos os direitos fundamentais;

h) **indivisibilidade** – todos os direitos fundamentais são merecedores de igual tratamento; não tem como se pensar em igualdade sem falar de liberdade e assim por diante;

i) **historicidade**: significa que os direitos fundamentais são históricos, surgiram emblematicamente com a revolução burguesa e evoluíram no correr dos tempos.

Alguns doutrinadores sustentam, como mais uma caraterística, a ***relatividade*** dos direitos fundamentais sob o argumento de que não existe direito fundamental absoluto.

Esse foi o entendimento que o STF firmou no MS 23.452 (Rel. Celso de Mello, DJ. 12.05.2000), em que afirma que, com base no **princípio da**

convivência entre liberdades, nenhuma prerrogativa pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e aos direitos e garantias fundamentais, os quais sofrem limitações de ordem ético-jurídica.

É certo que podem existir restrições a direitos fundamentais, mas isso somente ocorrerá por disposição expressamente constitucional (**restrição imediata**), *e.g.*, art. 5.º, XI e XII, ou por meio de lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (**restrição mediata**),[4] *v.g.*, art. 5.º, LVIII.

Realmente, a grande maioria de direitos fundamentais admite exceção, como a vida que sucumbe à legítima defesa ou a pena de morte em caso de guerra. A aplicação desta mesma pena de morte (fuzilamento) seria uma hipótese de tortura em razão do sofrimento físico e psíquico que causa.

Reforça ainda mais essa teoria a ideia de que na decretação do estado de sítio com fundamento em guerra ou agressão armada toda e qualquer garantia constitucional pode sofrer restrição, desde que expressamente conste no decreto presidencial.[5]

7.3 EFICÁCIA E APLICABILIDADE

Ao contrário do que o art. 5.º, § 1.º, da CR possa fazer parecer, não são todos os direitos fundamentais que possuem aplicação imediata.

Nas palavras de José Afonso da Silva,[6] "as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, como requer o art. 5.º, § 1.º. No entanto, as normas que definem direitos econômicos e sociais prevendo lei integradora são de eficácia limitada de princípios programáticos e aplicabilidade mediata, p. ex., art. 5.º, XXIV".

7.3.1 Eficácia vertical e eficácia horizontal dos direitos fundamentais

É bom que se distinga eficácia vertical e eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A **eficácia vertical** é o motivo inicial para criação dos direitos fundamentais e visam a impor obrigações (positivas ou negativas) ao Estado. Nestes termos, os direitos fundamentais produzem efeitos na **relação indivíduo-Estado**.

Já a **eficácia horizontal** (ou eficácia externa, privada, em relação a terceiros

ou particular), desenvolvida na década de 50 na Alemanha (*drittwirkung*), está correlacionada ao respeito que os cidadãos devem possuir com as demais pessoas da sociedade.

Na **relação particular-particular** devem ser observados direitos fundamentais como vida, intimidade, vida privada, honra, liberdade de locomoção, pensamento, religião e assim por diante.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais já é reconhecida pela Corte Suprema, que deixou assente que "as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados".[7]

A **eficácia diagonal, por sua vez,** se aplica à relação empregado-empregador que, apesar de ser uma relação privada, não é, propriamente uma relação entre iguais, uma vez que na maioria das vezes deve existir subordinação para configurar a relação de emprego. Surge daí, portanto, a eficácia diagonal, que diz respeito à forma como o trabalhador deve, no seio da empresa, em sua relação de trabalho, ter respeitados os seus direitos fundamentais.

Já notou que o capítulo I do Título II da Constituição trata de direitos e deveres individuais e coletivos, mas só se positivaram direitos? Isso porque o dever está exatamente no respeito aos direitos fundamentais dos demais seres humanos.

Dois princípios dividem direitos fundamentais e devem ser observados nas relações particulares:[8]

a) **Princípio da eficácia direta** (ou imediata) – Existem direitos fundamentais que podem ser aplicados diretamente às relações privadas, sem necessidade de edição de lei para sua concretização, *e.g.*, art. 5.º, X;
b) **Princípio da eficácia indireta** (ou mediata) – Alguns direitos fundamentais são aplicados indiretamente na relação entre particulares. Podem possuir força *proibitiva* – proibindo edição de leis que impeçam a atuação do Judiciário na punição às suas violações, *v.g.*, art. 5.º, III – ou *positiva*, vez que possibilitam que o legislador estipule

quais direitos devam ser aplicados às relações privadas, *v.g.*, art. 5.º, XIII.

7.3.2 Eficácia irradiante dos direitos e garantias fundamentais

Os direitos e garantias fundamentais irradiam seus mandamentos a todos os setores funcionais e territoriais do Estado.

São abrangidos pelos direitos fundamentais os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que não podem atuar, editar leis ou julgar contrariamente aos preceitos essenciais à manutenção da dignidade da pessoa humana.

7.3.3 Teoria dos quatro *status* de George Jellinek[9]

A teoria que passaremos a analisar está umbilicalmente ligada à eficácia vertical dos direitos fundamentais,[10] pois foi teoria desenvolvida no século XIX para analisar as formas como o cidadão se porta diante do Estado, tendo como roteiro os direitos fundamentais.

Segundo esta teoria, o indivíduo possui quatro *status* perante o Estado:

a) ***Status* passivo** (ou *subjectionis*) – O indivíduo pode encontrar-se em posição de subordinação diante dos poderes públicos, caracterizando-se como *detentor de deveres* com o Estado, que possui competência para vincular o indivíduo, por meio de mandamentos e proibições;

b) ***Status* negativo** – Em outros momentos e situações, é imperioso que o Estado não intervenha no poder de autodeterminação do indivíduo, tornando o cidadão livre de ingerências dos poderes públicos, gozando de *liberdade* de atuação;

c) ***Status* positivo** (ou *civilitatis*) – Quando o indivíduo pode exigir do Estado prestações positivas, fazendo com que os poderes públicos atuem positivamente em seu favor, mediante a oferta de bens e serviços;

d) ***Status* ativo** – Neste caso, o indivíduo goza de competências para influir sobre a formação da vontade estatal, correspondendo essa posição ao exercício dos direitos políticos, manifestados principalmente por meio do voto.

7.4 GERAÇÃO, GESTAÇÃO, GÊNESE OU DIMENSÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Tradicionalmente, os direitos fundamentais são divididos em três dimensões. Cada dimensão foi construída e conquistada em determinado momento histórico; por isso, por vezes recebe o termo "geração". Porém, este termo pode induzir ao entendimento de que uma geração sucede a outra, o que não é verídico. Na verdade, cada dimensão (ou geração) acresce a outra, formando o conjunto de direitos fundamentais que atualmente concebemos.

Por questões didáticas, dividiremos as dimensões em seis, apesar de concordar com a doutrina tricotômica tradicional, em que cada uma das dimensões está traduzida nos ideais da revolução francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). A partir da quarta geração, verificamos antigos direitos adaptados às novas exigências.[11] Até mesmo a doutrina não chega a um acordo do que seriam a quarta, a quinta e a sexta gestação de direitos fundamentais.

A **primeira dimensão de direitos fundamentais** foi construída em 1789 com a revolução francesa e buscava impor limites à atuação do Estado e à criação de um Estado liberal; por isso, ficou conhecida como **direito à prestação negativa** (*non facere*) do Estado. São alguns exemplos os direitos à liberdade, à vida, à inviolabilidade de domicílio, correspondência, telefônica, à propriedade e assim por diante.

Podemos citar como antecedentes históricos formais a Magna Carta *Libertatum* (1215), *Petition of Right* (1628), *Habeas corpus Amendment Act* (1679), *Bill of Rights* (1688), Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776) até a Revolução Francesa, que culminou na Constituição daquele país, impondo restrições ao Estado de modo a concretizar o nascimento da primeira dimensão citada.

A **segunda dimensão de direitos fundamentais** foi fruto da revolução industrial europeia, a partir do século XX.

Em razão das péssimas condições de trabalho, eclodiram movimentos como o cartista na Inglaterra e a Comuna na França (1848).

O início do século XX ficou marcado pela Primeira Guerra Mundial e pela luta em prol dos direitos sociais.

Nessa quadra da história, surgiram as constituições sociais, como a Constituição Mexicana de 1917, e a de maior repercussão, a Constituição da

República de Weimar, Alemanha, de 1919, em que se buscava mais auxílio do Estado, incorporando direitos sociais, trabalhistas, culturais e econômicos. Por isso, são conhecidos como **direito à prestação positiva** (*facere*), dentre os quais se destacam os direitos sociais como saúde, trabalho, alimentação, educação, salário mínimo e aposentadoria, dentre outros.

Esses direitos representam a esperança da justiça social e de uma vida mais digna do ser humano na sociedade em que participa, aliada na ideia de uma justiça distributiva e no reconhecimento de direitos dos hipossuficientes, em busca de uma igualdade material. Contudo, esses direitos recebem a crítica de possuírem baixa densidade normativa e, por isso, são muito dependentes do Estado em sua função legislativa e administrativa.

A **terceira dimensão de direitos fundamentais** foi criada em razão da necessidade de tutela dos direitos de toda a sociedade, por isso são os chamados **direitos metaindividuais** ou **transindividuais** (direitos difusos e coletivos *strictu sensu*), como o direito à paz, ao meio ambiente equilibrado,[12] à solidariedade, ao desenvolvimento, à fraternidade e assim por diante.

A **quarta dimensão de direitos fundamentais**[13] surge na doutrina de Norberto Bobbio,[14] como o direito à **engenharia genética** (patrimônio genético de cada indivíduo), do qual se extraem direitos como congelamento de embrião, pesquisas com células-tronco, inseminação artificial, barriga de aluguel etc.

A **quinta dimensão de direitos fundamentais**[15] aponta para uma nova preocupação no direito, que são as questões inerentes ao universo virtual. Assim, a quinta dimensão é apontada como o **direito cibernético**, o que engloba tutela de *software*, direito autoral pela internet, proteção dos crimes virtuais e assim por diante.

A **sexta dimensão de direitos fundamentais** já está sendo construída e, para alguns, seria o direito de **buscar a felicidade**.

Em que pese ser uma tese válida, não concordamos em elencar a busca da felicidade como uma sexta geração. Esse direito já havia sido disposto por Thomas Jefferson na declaração de independência dos Estados Unidos de 04.07.1776. Isso significa que ela já existia entre nós, antes mesmo da primeira geração.[16]

Dimensão	Direito

Primeira	Direito à prestação negativa (direitos civis, políticos e individuais)
Segunda	Direito à prestação positiva (direitos sociais, culturais e econômicos)
Terceira	Direitos metaindividuais **ou** transindividuais (ex.: direitos do consumidor, ao meio ambiente, fraternidade)
Quarta[13]	Engenharia genética (Norberto Bobbio) ou globalização (Paulo Bonavides)
Quinta	Direito cibernético (Norberto Bobbio)
Sexta	Direito de procurar a felicidade

7.5 ROL NÃO TAXATIVO

A extensa relação prevista nos 78 incisos do art. 5.º não é taxativa. O próprio art. 5.º, § 2.º, avisa que este rol é exemplificativo.

Os direitos constantes no referido rol não excluem outros direitos de caráter constitucional decorrente do regime e dos princípios adotados pela Constituição, desde que expressamente previstos, mesmo que de forma difusa.

7.6 COLIDÊNCIA E RELATIVIDADE DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Os direitos fundamentais não podem ser utilizados como verdadeiro escudo protetivo para possibilitar a prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro estado democrático de direito.

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela CR, portanto, como já explanado, não são ilimitados, uma vez que encontram limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (**princípio da relatividade** ou **convivência das liberdades públicas**).

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos e garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do ***princípio da concordância prática***

ou harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação a outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada um, sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto fundamental como sua finalidade precípua.

Deve-se distinguir as colisões entre os direitos fundamentais em:

I – **Restrição dos direitos fundamentais** – que se divide em restrição "por lei" (quando há restrição explícita em lei) ou "com base na lei" (quando realizada pelos intérpretes do texto constitucional, diante da inexistência de previsão constitucional expressa).

A reserva "por lei" pode ser **simples** (reduz-se a facultar a intervenção legislativa, p. ex., art. 5º, VI, XV, da CR) ou **qualificada** (em que existe uma missão maior para a lei, como no art. 5º, XII e xIII).

II – **Colisão dos direitos fundamentais** – quando há um conflito real com outro direito, idêntico ou não.

Nesse caso, ainda existe a possibilidade de existir uma **colisão em sentido impróprio**, na qual o exercício de um determinado direito fundamental entra em colisão com outros bens constitucionalmente protegidos, como saúde pública, patrimônio cultural, defesa nacional, família.

7.7 ABRANGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apesar de a redação do art. 5.º, *caput*, se referir somente aos brasileiros e estrangeiros residentes, os direitos fundamentais são dirigidos a todas as pessoas que estejam no território nacional, sejam brasileiros, estrangeiros, residentes ou não.

Pessoas jurídicas também gozam da proteção constitucional no que couber, como, por exemplo, art. 5.º, IX, XII, XVII, XXII, e assim por diante. Explica-se: nem todos os direitos fundamentais se encaixam às pessoas jurídicas, como direito à honra subjetiva, locomoção e reunião, mas outros direitos lhes são perfeitamente aplicados, tais como o direito à propriedade, honra objetiva, segurança. Por isso, diz-se que as pessoas jurídicas são abarcadas pelos direitos fundamentais **no que couber**.

7.8 DIREITOS FUNDAMENTAIS BÁSICOS

Apesar de existirem 78 incisos, é certo que só existem cinco direitos básicos.

O art. 5.º, *caput*, dispõe que os direitos inerentes à **vida, liberdade, igualdade, segurança** e **propriedade** serão exercidos nos moldes insculpidos pelos incisos do mesmo artigo.

Se notarmos, todos os incisos são variações dos cinco direitos, como, por exemplo, o direito à liberdade, que possui incisos regulando a liberdade de pensamento (IV, V); liberdade de religião, convicção filosófica e política (VI, VII, VIII); liberdade de expressão (IX); liberdade de profissão (XIII); liberdade de locomoção (XV); liberdade de reunião (XVI); liberdade de associação (XVII ao XXI), e assim por diante.

7.8.1 Vida

A vida é um verdadeiro pressuposto dos demais direitos fundamentais, uma vez que praticamente todos os direitos fundamentais dependem de vida para poderem ser exercidos. Por isso, apesar de não existir hierarquia normativa (pois todos os direitos estão no mesmo diploma – Constituição), axiologicamente é comum pessoas colocarem a vida como o principal direito fundamental.

O início da vida é um dos temas mais controversos entre as comunidades científica, filosófica e religiosa.

Para discorrer sobre o tema, traremos as principais teorias sobre o início da vida humana:

a) **teoria concepcionista –** A **fecundação do óvulo pelo espermatozoide** já é o suficiente para determinar o início da vida. O art. 4, 1, do Pacto de San José da Costa Rica (Decreto 678/1992), prevê a tutela dos direitos desde a concepção. O art. 2.º do CC/2002 caminhou no mesmo sentido, assim como o Código Civil argentino (art. 70), suíço (art. 31), francês (art. 2), venezuelano (art. 17), dentre outros;

b) **teoria da nidação –** Após a fecundação, o óvulo fecundado (ovo) inicia um deslocamento lento das trompas (local da fecundação) para o útero. Chegando ao útero, ele precisa se fixar para a gravidez poder evoluir. Esse processo de fixação chama-se nidação e ocorre entre **4 e**

15 dias após a fecundação.[17]

Nesse passo, como o embrião não pode se desenvolver fora do útero, o início da vida estaria ligado à efetiva nidação;

c) **teoria do sistema nervoso central**[18] – Para essa teoria, o sistema nervoso, essencial ao cidadão, seria determinante para fixar o início da vida. Para o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, "vida, no sentido de existência em desenvolvimento de um indivíduo humano, começa, de acordo com reconhecidas descobertas biológico-fisiológicas, no **décimo quarto dia depois da concepção**"[19] (destacamos). A partir deste momento, "as células, antes multipotentes, começam a se diferenciar e a se converter em oligopotentes, dando causa à formação da placa neural e de outros tecidos",[20] e o feto passa a ter capacidade neurológica de sentir dor e prazer;[21]

d) **teoria da pessoa humana *tout court*** – Esta expressão francesa, que significa "sem nada mais a acrescentar", importa no entendimento de que a transição da "pessoa humana em potencial" para a pessoa humana com capacidade de existir fora do útero materno, isto é, "pessoa humana efetiva", ocorre entre a **24.ª e a 26.ª semana de gestação**.

A Suprema Corte norte-americana e o Comitê Nacional de Ética francês se utilizam deste critério;

e) **teoria natalista** – A pessoa somente existe a partir do seu nascimento com vida, ou seja, somente com a primeira inalação do ar atmosférico temos vida. Para essa posição, o nascituro não é pessoa.[22]

Há doutrina que sustenta ser esta a teoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro.[23] Porém, ao proibir o aborto, podemos ser levados a crer que o Supremo é afeito à teoria concepcionista.

A autorização para que seja usada a chamada "pílula do dia seguinte" poderia nos levar à teoria da nidação. A intenção é que este remédio seja usado **antes** que a fecundação ocorra, dificultando o encontro do espermatozoide com o óvulo. Contudo, se a fecundação já tiver ocorrido, a pílula irá provocar uma descamação do útero, impedindo a implantação do ovo fecundado (nidação). Caso já tenha ocorrido a nidação, a pílula não tem efeito algum.

7.8.1.1 Aborto

Maria Helena Diniz[24] divide o aborto em seis subclassificações:

a) **terapêutico** – ocorre quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante (aborto necessário) ou para evitar que a gravidez gere enfermidade grave para ela.

   O art. 128, I, do Código Penal autoriza o aborto na primeira hipótese, porém a segunda não possui excludente de tipicidade, sendo sua prática considerada fato típico;

b) **sentimental** – quando a gravidez é decorrente de estupro. Este caso também possui norma penal permissiva (art. 128, II, do CP), sendo considerado fato atípico se o aborto for precedido de consentimento da gestante ou de seu representante legal, se incapaz;

c) **econômico –** quando os pais não possuem condições financeiras de prover a subsistência do filho;

d) **eugênico** – quando o nascituro tem doenças ou anomalias físicas ou mentais;

e) **estético –** quando a mãe não deseja sofrer os efeitos da gravidez em seu corpo;

f) ***honoris causa*** – realizado quando a gestante quiser ocultar a gravidez da sociedade, como no caso de adultério ou de menor que tem medo da reação dos pais.

As quatro últimas hipóteses são vedadas pelo nosso ordenamento jurídico, sendo que o aborto eugênico gerou, e ainda gera, inflamadas discussões, tendo seu ápice na ADPF 54, em que se discutiu a possibilidade de **aborto de feto anencéfalo**.

Antes de seguir, é bom deixar claro que aborto eugênico não é sinônimo de anencefalia.

Eugenia é o estudo de condições mais propícias à reprodução e "melhora" da raça humana,[25] sendo o aborto eugênico realizado quando o feto não está de acordo com os padrões formais sociais. Nesse sentido, todo tipo de "inadequação física" do feto geraria aborto, como, por exemplo, lábio leporino, ausência de um membro, hidrocefalia, microcefalia e anencefalia.[26]

Na ADPF 54 o STF analisou somente a anencefalia, que é uma espécie de má-formação congênita que atinge cerca de 1 em cada 1000 bebês. A palavra anencefalia significa “sem cérebro”, porém o bebê anencéfalo possui o cérebro-tronco. Todavia, não possui hemisférios cerebrais e o córtex. Quando um bebê anencéfalo sobrevive após o parto, terá apenas algumas horas ou alguns dias de vida.[27]

Há posições doutrinárias inflamadas a favor e contra o aborto, todas com excelentes teses. Os nossos Tribunais, especificamente o STJ e o STF, têm oscilado em um e outro sentido.

O Superior Tribunal de Justiça já entendeu que não há previsão legal expressa que autorize o aborto neste caso, não cabendo ao magistrado acrescentar mais uma hipótese onde a lei não o faz.[28]

No mesmo Tribunal, essa questão já foi entendida diversamente, no sentido de que esse aborto deve ser considerado fato atípico, pois se existe diagnóstico médico definitivo atestando a inviabilidade da vida após o período gestacional, a indução antecipada do parto não configura aborto, vez que a morte do feto é inevitável.[29]

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, concluiu nos dias 11 e 12 de abril de 2012 a famosa Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF e, após audiência pública[30] e acalorados debates, decidiu, de forma não unânime, que a interrupção da gestação de feto anencéfalo é **fato atípico.**[31]

A demanda proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde – CNTS foi polêmica desde o início. Nestes autos, o Ministro Marco Aurélio Mello havia proferido monocraticamente liminar autorizando o aborto.[32] Contudo, a liminar foi revogada ao submeter a medida precária ao plenário da Corte.[33] Posteriormente, em um dos julgamentos mais importantes de 2012 o Pretório Excelso decidiu pela atipicidade.

Dada a relevância do tema, cabe trazer o principal argumento e o voto de cada magistrado:

	1. Descreveu que anencéfalo não teria vida em potencial, de sorte que não se poderia cogitar de aborto eugênico, o qual pressuporia a vida extrauterina de seres que discrepassem de padrões moralmente eleitos. 2. O tema envolveria a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos

Min. Marco Aurélio (Atipicidade)	individuais, especificamente os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. 3. A tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo não se coadunaria com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantiriam o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde. 4. Assentou que o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, seria juridicamente morto, de maneira que não deteria proteção jurídica, principalmente a jurídico-penal.
Min. Rosa Weber (Atipicidade)	1. O exercício de direitos do nascituro estaria condicionado a seu nascimento com vida, quando adquiriria personalidade civil. 2. Não se trataria de interpretação do art. 128 do CP (que definiria as excludentes de ilicitude), mas dos arts. 124 e 126, no tocante ao fato de a anencefalia estar ou não incluída no conteúdo do tipo aborto. Assim, a discussão fundar-se-ia a respeito do conteúdo do tipo, e não sobre eventual existência de excludente.
Min. Luiz Fux (Excludente de ilicitude)	1. Bem jurídico em eminência seria exatamente a saúde física e mental da mulher, confrontada em face da desproporcionalidade da criminalização do aborto. 2. Essa ponderação de preceitos denominar-se-ia “estado de necessidade justificante”, consectariamente o art. 128 do CP deveria receber releitura moral.
Min. Cármen Lúcia	1. Direito à vida e à liberdade, dignidade da vida e direito à saúde. 2. A interrupção da gravidez não seria criminalizável.
Min. Ayres Britto (Atipicidade)	1. – Inexistiria o crime de aborto, visto que seu objeto seria natimorto cerebral, ser padecente de inviabilidade vital. Assim, “aborto” de anencéfalo seria coloquialismo, e não uso correto da linguagem jurídica, considerada a atipicidade da conduta. Concluiu, a partir da base plural de significados exposta, que o fato seria atípico.
	1. Praticamente metade dos países membros da ONU reconheceriam a possibilidade de interrupção da gravidez no caso de anencefalia do feto. Sublinhou que, nessa listagem, encontrar-se-iam Estados com população de forte base religiosa. 2. O aborto seria típico, visto que o feto anencéfalo poderia nascer com

Min. Gilmar Mendes (O aborto de anencéfalo transitaria entre o estado de necessidade e a inexigibilidade de conduta diversa.)	vida, ainda que breve. Ademais, entendeu inadequado tratar o fato como atípico, porquanto parte da sociedade defenderia a vida e a dignidade desses fetos. 3. A gestação de feto anencefálico representaria maior risco para a saúde da mãe do que uma gravidez comum, do ponto de vista físico, embora não atingida a gravidade requerida no art. 128, I, do CP. 4. Aborto de anencéfalo estaria compreendido entre as duas causas excludentes de ilicitude previstas no CP, mas seria inimaginável para o legislador de 1940, pelas limitações tecnológicas existentes, incluir a hipótese no texto legal.
Min. Celso de Mello (Atipicidade)	1. Reputou atípica a conduta, visto que, se nascessem, seriam natimortos cerebrais, ou seja, não haveria vida a ser tutelada pela norma penal.
Min. Ricardo Lewandowski (Crime)	1. O CP isenta de pena duas hipóteses taxativamente definidas: no chamado “aborto necessário” e no denominado “aborto sentimental” (art. 128, I e II, do CP). Assim, seria penalmente imputável o abortamento induzido de feto mal formado. 2. A isenção de pena relacionada ao aborto nesses casos seria discutível do ponto de vista ético, jurídico e científico, diante dos distintos aspectos que a deficiência poderia apresentar. Por outro lado, abriria as portas para a interrupção da gestação em inúmeros outros casos.
Min. Cezar Peluso (Crime)	1. A morte encefálica seria distinta da anencefalia, a qual integraria, ainda que brevemente, processo contínuo e progressivo da vida. 2. A morte encefálica seria situação de prognóstico, de irreversibilidade em que não haveria sequer respiração espontânea, o que não seria a situação do anencéfalo. 3. Não se pode invocar direitos para, egoisticamente, eliminar a vida de outrem.

7.8.1.2 Pesquisa com células-tronco embrionárias

Outra questão polêmica que chegou à Corte máxima brasileira foi a possibilidade de realização de **pesquisas com células-tronco embrionárias**.

A ADI 3.510/DF, de 31.05.2005, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, buscava a declaração de inconstitucionalidade do art. 5.º e parágrafos da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), colocando sobre a mesa do STF a discussão em torno da permissão legal para utilização de células-tronco de embriões humanos em pesquisas e terapias.[34]

Este processo, diga-se de passagem, foi considerado um divisor de águas no processo democrático participativo de decisões judiciais, pois, diante da complexidade do tema, o Ministro Relator Carlos Ayres Britto convocou a primeira audiência pública,[35] entendendo que, "além de subsidiar os Ministros deste Supremo Tribunal Federal, também possibilitará uma maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimará ainda mais a decisão a ser tomada pelo Plenário desta nossa colenda Corte",[36] demonstrando, assim, grande preocupação com o processo dialógico-democrático.

No julgamento, a ação foi julgada improcedente para declarar constitucional o art. 5.º e parágrafos da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), **autorizando a pesquisa com células-tronco embrionárias**.[37]

7.8.1.3 Eutanásia, distanásia e ortotanásia

Outro tema importante é sobre a possibilidade de interrupção da vida de alguém enfermo. A chamada eutanásia é comumente confundida com outros dois institutos:

a) **Eutanásia** – Morte provocada por outrem por piedade, compaixão. Pode ocorrer, por exemplo, quando o paciente tem uma doença incurável que lhe causa muito sofrimento; assim, o médico lhe aplica algum medicamento para abreviar seu sofrimento e retirar-lhe a vida.

   No Brasil, a eutanásia é fato típico (homicídio). Porém, dependendo do caso concreto, pode ser considerado homicídio privilegiado, tendo direito à diminuição de pena (art. 121, § 1.º, do CP);

b) **Distanásia** (*dis* + *thanasia*, morte lenta, ansiosa e com muito sofrimento) – É o emprego de todos os meios terapêuticos possíveis, inclusive os extraordinários, no doente agonizante, já incapaz de

resistir, e no curso natural do fim de sua vida. Tais meios são empregados na expectativa duvidosa de prolongar-lhe a existência, sem a mínima certeza de sua eficácia, nem da reversibilidade do quadro;[38]

c) **Ortotanásia** (do grego, *orthós*: normal, correta, e *thánatos*: morte) – O médico acompanha o processo natural de morte, sem prolongamento artificial. A omissão voluntária ocorre quando os meios extraordinários para prolongar a vida de alguém, embora eficazes, atingem apenas transitoriamente o objetivo buscado, de forma que a situação do paciente logo retorna à condição anterior.

O Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução 1.805/2006, aprovou a prática da ortotanásia, *in expressis*: "Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal" (ementa).

Liminar que suspendia essa resolução, proferida nos autos da Ação Civil Pública 2007.34.00.014809-3, em trâmite no TRF – 1.ª Região, foi revogada e a ação julgada improcedente. Desta forma, após anos sem efetividade, a partir de 09.12.2010 essa resolução pôde voltar a ser aplicada.

7.8.2 Liberdade

São diversas as vertentes da liberdade previstas no art. 5.º:

a) **Liberdade de ação e omissão** – "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (CF, art. 5.º, II).

O princípio da legalidade genérica previsto nesse inciso consagra o princípio da autonomia privada em que o Estado não pode interferir na vida do ser humano a não ser nos aspectos essenciais para estabelecer a pacificação social, como normas contratuais, penais etc. Esse princípio foi um dos fundamentos que levaram o STF a admitir a união homoafetiva, posto que não há lei proibindo a relação entre pessoas do mesmo sexo (nem poderia), não cabendo ao Judiciário fazê-lo.

b) **Liberdade de pensamento** – “É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.” Nessa hipótese, caso haja abuso nesta manifestação, será “assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” (CF, art. 5.º, IV e V).

   É bom notar que existem hipóteses em que é possível a manutenção do anonimato, como o programa de proteção a testemunhas (Lei 9.807/1999), que permite preservação da identidade, imagem e dados pessoais da testemunha (art. 7.º).

c) **Liberdade de convicção religiosa, filosófica e política** – A liberdade religiosa está assegurada pelos incisos VI, VII e VIII do art. 5.º da CF: “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”, “é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva” e “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 liberdade de religião torna o Estado brasileiro laico (leigo ou não confessional), o que é designado como princípio do laicismo ou laicidade. De acordo com esse princípio, não é possível pessoas serem segregadas (perder emprego, impossibilitadas de entrar em estabelecimentos etc.) em razão de sua religião. Certo é que pessoas podem se recusar a cumprir obrigação não só pela suas convicções políticas e filosóficas, mas também por sua crença religiosa (o que chamamos de escusa de consciência). Mesmo havendo previsão legal, é possível deixar de cumprir a obrigação, desde que a pessoa cumpra prestação alternativa. Caso não cumpra nem obrigação legal, nem prestação alternativa, poderá ter restrição de direitos, tais como os políticos (art. 15, IV, da CR).

   É possível existir ensino religioso em escola pública, no entanto, em razão do laicismo, a matrícula será facultativa (art. 210, § 1.º, da CR) e a metodologia não confessional, sendo vedado ensinar religião específica.

d) **Liberdade de expressão, científica e de imprensa** – “É livre a

expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença" (CR, art. 5.º, IX);

Importa observar que a ampla liberdade artística deve respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família (art. 221, IV). Nesse passo, as emissoras de rádio e televisão devem adaptar suas programações ao público predominante no momento de sua execução. Por isso, é perfeitamente possível o Judiciário controlar o conteúdo das programações das empresas sonoras e de sons e imagens.

e) **Liberdade de profissão** – "É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer" (CR, art. 5.º, XIII);

Apesar de esta previsão ser considerada norma de eficácia contida, podendo sofrer restrição, o STF decidiu que nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionados ao cumprimento de requisitos legais para o seu exercício. A regra é a liberdade, por isso, **somente quando a atividade profissional exigir conhecimento técnico, que gere risco à coletividade, pode ser restrita por legislação que preveja requisitos especiais**. Nesse sentido, o STF entendeu não ser obrigatória a inscrição compulsória de músicos no conselho de fiscalização profissional,[39] e não ter sido recepcionado o art. 4.º, V, do Decreto-Lei 972/1969, que exigia diploma para o exercício da profissão de jornalista.[40]

Porém, ao desprover o Recurso Extraordinário 603.583, declarou constitucional os arts. 8.º, IV e § 1.º, e 44, II, da Lei 8.906/1994, que versam sobre o exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), *in litteris*: "A obrigação estatal seria a de não opor embaraços irrazoáveis ou desproporcionais ao exercício de determinada profissão, e que existiria o direito de se obterem as habilitações previstas em lei para a prática do ofício, observadas condições equitativas e qualificações técnicas previstas também na legislação. Sublinhou-se que essa garantia constitucional não se esgotaria na perspectiva do indivíduo, mas teria relevância social (CF, art. 1.º, IV). (...) **Quando, por outro lado, o risco suportado pela atividade profissional fosse coletivo, hipótese em que incluída a advocacia, caberia ao Estado limitar o acesso à profissão e o respectivo exercício** (CF, art. 5.º, XIII). Nesse

sentido, 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".[41]

f) **Liberdade de informação** – "É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional" (CR, art. 5.º, XIV);

g) **Liberdade de locomoção** – "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" (CR, art. 5.º, XV);

A cobrança de pedágio é uma exceção constitucional a esta regra. Segundo o art. 150, V, da CR, "sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: estabelecer 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". Confira-se, ainda, a Lei Federal 12.587/2012, que instituiu a Política Nacional de Mobilidade Urbana, especialmente no ponto que autoriza a cobrança de tributos pelo uso da infraestrutura urbana municipal (art. 23, III).

h) **Liberdade de reunião** – "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" (CR, art. 5.º, XVI);

Na análise da ADPF 187, o STF declarou constitucional a chamada "marcha da maconha", entendendo ser direito à liberdade de pensamento e reunião, porém fixou parâmetros: "1) que se trate de reunião pacífica, sem armas, previamente noticiada às autoridades públicas quanto à data, ao horário, ao local e ao objetivo, e sem incitação à violência; 2) que não exista incitação, incentivo ou

estímulo ao consumo de entorpecentes na sua realização; 3) que não ocorra o consumo de entorpecentes na ocasião da manifestação ou evento público; e 4) que não haja a participação ativa de crianças e adolescentes na sua realização";[42]

Em 2013, eclodiram no Brasil diversas manifestações, nas quais assistíamos grupos democráticos exercendo seu poder legítimo e grupos de vândalos que, misturados aos manifestantes, seguiam destruindo patrimônio público e privado.

Em razão disso, foram adotadas diversas medidas administrativas e normativas, restringindo o direito de manifestação, como a Lei 6.528/2013 do Rio de Janeiro que, sob o pretexto de regulamentar o art. 23 da Constituição daquele Estado, estabelece diversas condições ao exercício da manifestação.

A restrição ao direito de reunião já havia sido analisada pelo STF em 2007, no julgamento da ADI n. 1.969-4/DF, na qual foi declarado inconstitucional o Decreto do DF 22.098/1999, que 1estabelecia limitações à liberdade de reunião e de manifestação pública, proibindo-se a utilização de carros de som e de outros equipamentos de veiculação de ideias na Praça dos Três Poderes, dentre outros locais[43].

Esse julgado, inclusive, foi utilizado como parâmetro de **reclamação** para cassar decisão do TJ/MG que teria supostamente desafiado aquela decisão ao impedir que o Sindicato Único dos Trabalhadores em Educação de Minas Gerais – SIND-UTE realizasse manifestações em vias e logradouros públicos em qualquer parte do território estadual.[44]

Andou bem o Min. Luiz Fux, ao lembrar de um instituto norte-americano chamado **doutrina dos fóruns públicos** (***public-forum doctrine***), segundo a qual "uma sociedade livre deve criar uma plêiade de espaços nos quais se assegure, àqueles indivíduos que desejam se expressar, o direito de ter acesso aos lugares necessários para permitir a difusão da sua opinião entre as pessoas, notadamente aquelas áreas onde muitas delas se encontram (SUNSTEIN, Cass. Republic. com 2.0. New Jersey: Princeton University Press, 2007. p. 22-23)."[45]

i) **Liberdade de associação** – "É plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar"; "a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo

vedada a interferência estatal em seu funcionamento"; "as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado"; "ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado"; e "as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente" (CR, art. 5.º, XVII ao XXI).

7.8.3 Igualdade

O constituinte demonstrou preocupação particular com a igualdade. Este direito fundamental está espalhado por todo o corpo constitucional, sendo encontrado, *e.g.*, no preâmbulo, arts. 3.º, IV, 5.º, *caput*, I, 7.º, XXX, e assim por diante.

Ocorre que, como disposto no capítulo pertinente a normas constitucionais e para a completa compreensão, a igualdade deve ser dividida em duas espécies:

a) **Igualdade formal** – É prevista friamente no texto normativo, sem analisar as particularidades do ser humano. Esta espécie não se preocupa com as características individuais da pessoa, tal qual estabelecida no art. 5º, *caput* e I, da CR;
b) **Igualdade material, real** ou **substancial** – Teoria criada por Aristóteles[46] em 325 a.C., na qual pessoas diferentes devem receber diferentes tratamentos.

Esta espécie de igualdade respeita as características individuais do ser humano. Com isso, busca-se dar tratamento desigual a determinadas pessoas, a fim de que elas tenham as mesmas oportunidades e satisfações de direitos.

Normalmente, a igualdade material está em previsões normativas expressas, como as estabelecidas na Constituição nos arts. 7.º, XVIII, 37, VIII, 40, § 1.º, III, 43, 143, § 2.º, e assim por diante.

Todavia, nada impede que, diante de uma determinada situação, seja estabelecida esta igualdade, **desde que respeitada a proporcionalidade**. Nestes termos, diferenciação em provas físicas nos concursos públicos para homens e mulheres se justifica, mas não faz sentido limitação de número de dentes (o que ocorreu, por exemplo, em alguns concursos de gari em determinados Estados) ou

de altura para alguns cargos na Administração Pública.

Como afirmado, para que esta igualdade seja utilizada, deve existir algum pressuposto lógico racional que justifique a pseudodesigualdade.

A Súmula 683 do STF dispõe que "o limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7.º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido".

O STF utilizou a igualdade material para decidir alguns processos envolvendo **quotas (reserva de vagas).**

Primeiro o STF analisou a ADPF 186/DF, na qual o Partido Democratas impugnava atos realizados pela Universidade de Brasília – UnB e outras instituições, os quais instituíram sistema de reserva de 20% de vagas no processo de seleção para ingresso de estudantes, com base em critério étnico-racial.

O STF julgou improcedente a ação, pois entendeu **constitucional reserva de vagas em universidades públicas por critério étnico-racial** sob os seguintes fundamentos:[47]

a) **Para efetivar a igualdade material**, **o Estado poderia** lançar mão de **políticas** de cunho universalista — **a abranger número indeterminado de indivíduos** — mediante ações de natureza estrutural; ou de ações afirmativas[48] — a atingir grupos sociais determinados — por meio da atribuição de certas vantagens, por tempo limitado, para permitir a suplantação de desigualdades ocasionadas por **situações históricas particulares.**

b) Essas políticas não poderiam ser examinadas apenas sob o enfoque de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente, ao revés, deveriam ser analisadas à luz do arcabouço principiológico. A atual forma de seleção, em sociedades tradicionalmente marcadas por desigualdades interpessoais profundas, acabaria por consolidar ou acirrar distorções existentes.

c) A histórica discriminação de negros e pardos, que teria gerado, ao longo do tempo, a perpetuação de consciência de inferioridade e de conformidade com a falta de perspectiva, tanto sobre os segregados como para os que contribuiriam para sua exclusão.

d) O papel integrador da universidade. Esse ambiente seria ideal para a desmistificação dos preconceitos sociais e para a construção de consciência coletiva plural e culturalmente heterogênea.

e) **Natureza transitória dos programas de ação afirmativa**. Na medida em que essas distorções históricas fossem corrigidas, não haveria razão para a subsistência dos programas de ingresso nas universidades públicas.

f) A Constituição partiria da igualdade estática para o processo dinâmico da igualação.

g) O acesso à educação seria meio necessário e indispensável para a fruição de desenvolvimento social e econômico. A história universal não registraria, na era contemporânea, nenhum exemplo de nação que tivesse se erguido, de condição periférica à de potência econômica e política, digna de respeito, na cena internacional, quando mantenedora, no plano doméstico, de política de exclusão.

Também foi analisada pelo Supremo Tribunal a medida provisória 213/2004, convertida na Lei 11.096/05, que instituiu o "programa universidade para todos – Prouni". Esse programa concederá **bolsas de estudos em universidades privadas** a alunos que cursaram o ensino médio completo em escolas públicas ou em particulares, como bolsistas integrais, cuja renda familiar é de pequena monta,[49] com **cotas para negros, pardos, indígenas e àqueles com necessidades especiais.**

Na oportunidade o STF entendeu Constitucional o referido programa, uma vez que um dos cânones pétreos da educação seria garantir a **igualdade** de acesso a ela, o que seria viabilizado pelo Prouni. Ademais, esse programa seria exemplo eloquente de fomento público de atividades particulares relevantes, tanto mais que está de acordo com o ideário da nação, que prometeria essa sociedade justa e solidária, com a **erradicação das desigualdades**.[50]

Além do cunho social e liberal do direito à igualdade material, há ainda o cunho democrático, de que extraímos as **ações afirmativas,** que são políticas ou programas públicos ou privados que objetivam conceder algum tipo de benefício a minorias ou grupos sociais que se encontrem em condições desvantajosas em determinado contexto social.

Existem diversas teorias que emprestam fundamentos às ações afirmativas, dentre as quais vale ressaltar[51]:

a) **Fundamentação filosófica** (Jules Coleman e Michel Rosenfeld) – estas ações constituem reparação ou ressarcimento dos danos causados pelas discriminações ocorridas no passado. "As ações afirmativas são

adequadas para reconduzir as perspectivas de cada um ao ponto onde elas provavelmente estariam caso não houvesse a discriminação".[52]

2) **Teoria da Justiça distributiva** (Richard Wasserstrom e Mary Segers) – essas ações são formas de redistribuição dos ônus e bônus entre os membros da sociedade, para viabilizar o acesso de minorias ou grupos sociais a determinadas posições no futuro. "A intenção seria criar uma nova realidade social".[53] Essa posição é a adotada pelo Judiciário norte-americano.

3) **Fundamentação jurídica** – estão lastreadas em alguma norma prevista na Constituição da República, tais como: arts. 3.º, I, III, IV; 4.º, VIII; 5.º, XLII; 7.º, XX e XXXI; 23, II e X; 24, XIV; 37, VIII; 170, VII; 203, IV e V; 208, III, e 227, § 1.º, II. Além das previsões contidas em leis.

Independentemente da teoria que se adote, fato é que as ações afirmativas devem sempre ser pontuais e temporárias.

7.8.4 Segurança

Guilherme Peña de Moraes[54] resume bem ao afirmar que os direitos individuais cujo objeto imediato é a segurança correspondem ao:

Direito à segurança	art. 5.º, caput
Segurança das relações jurídicas	art. 5.º, XXXV, XXXVI, LXXVIII
Segurança do domicílio	art. 5.º, XI
Segurança das comunicações pessoais	art. 5.º, XII, initio
Segurança em matéria penal	art. 5.º, XXXVII a LXVII
Segurança em matéria tributária	art. 150, I a VI

Destes, alguns merecem atenção especial.

7.8.4.1 Segurança das relações jurídicas (art. 5.º, XXXV, XXXVI, LXXVIII)

O País somente se desenvolve por meio de relações jurídicas. Por óbvio, essas relações foram feitas para ser respeitadas, mas nem sempre isso ocorre, por isso é necessário que o Estado conceda segurança a essas relações amparando pessoas que tiveram seus direitos violados por terceiros. Não é por outra razão que o art. 5.º, XXXV, da CR estabelece que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário. Este é o famoso princípio da **inafastabilidade do controle jurisdicional** ou **acesso ao Poder Judiciário**.

Porém, não se pode confundir prestação jurisdicional com tutela jurisdicional. O princípio do acesso ao Poder Judiciário impõe a prestação jurisdicional, que é o pedido de providência ao Judiciário.[55] A prestação jurisdicional é dada tanto ao autor quanto ao réu. Mesmo quando julgado improcedente sem análise do mérito, o processo é submetido à autoridade estatal, que analisa a situação posta. Contudo, a tutela jurisdicional é diferente, é a satisfação do direito para uma das partes: a procedência para o autor/impetrante ou improcedência para o réu/impetrado.

Porém, de nada adianta admitir ações judiciais se essa prestação não for célere, efetiva e adequada. Por isso, a EC 45/2004 incluiu, no art. 5.º, o inciso LXXVIII, que concede a todos, no âmbito judicial ou administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação.

A EC 45/2004, conhecida como reforma do Poder Judiciário, foi editada com o intuito de desafogar esse Poder e garantir mais celeridade na tramitação processual.

A Constituição elenca três exceções ao princípio do acesso ao Poder Judiciário:

a) Algumas autoridades, como Presidente da República, Procurador-Geral da República, Advogado-Geral da União, Ministro do STF, membro do CNJ e do CNMP, serão julgadas no Senado Federal por crime de responsabilidade (art. 52, I e II e parágrafo único, da CR); assim, mesmo que queiram se socorrer ao Judiciário, não poderão. Esta previsão não ofende o princípio do juiz natural, que determina que ninguém será processado senão pela **autoridade** competente.
b) Já os arts. 42, § 1.º, e 142, § 2.º, da CRFB estabelecem a inviabilidade da propositura do *habeas corpus* nas infrações disciplinares militares

(Polícia Militar, Corpo de Bombeiro Militar, Marinha, Exército e Aeronáutica). Ao impedir o remédio heroico, o constituinte deixou claro que não deve o Poder Judiciário interferir no mérito militar no tocante a indisciplinas. Entretanto, se houver ilegalidades, é possível que o Judiciário aprecie os direitos lesados.

c) O art. 217, § 1.º, apresenta-nos a Justiça Desportiva determinando que somente após o esgotamento das instâncias desportivas é possível análise do Poder Judiciário de questões referentes à infração disciplinar nas competições. Como complemento, o § 2.º do mesmo artigo relativiza e afirma que a Justiça Desportiva terá o prazo máximo de 60 dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final. Escoado esse prazo, é possível obter prestação jurisdicional independentemente do esgotamento.

Ainda estabelecendo a segurança das relações jurídicas, há previsão do princípio do juiz natural (art. 5.º, XXXVII e LIII), segundo o qual "não haverá juízo ou tribunal de exceção" e "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente".

Já o art. 5º, XXXVI, impede que lei viole direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada.

Direito adquirido é aquele que já possui todos os requisitos cumpridos para seu exercício. Assim como os demais direitos, este princípio não é absoluto, sendo possível relativizar o direito adquirido diante de tributo, regime jurídico ou nova Constituição.

Já a coisa julgada (decisão judicial que não cabe mais recurso) também pode ser relativizada pela lei penal benéfica, ação rescisória, *querela nulitatis*, ação de investigação de paternidade (podendo desconstituir a paternidade com base em exame de DNA) e assim por diante.

7.8.4.2 Segurança de domicílio (art. 5.º, XI)

O art. 5.º, XI, da Constituição estabelece que "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".

O conceito do termo "casa" já foi diversas vezes alterado. Atualmente, casa é

qualquer compartimento privado, não aberto ao público, onde a pessoa exerça sua profissão ou utilize como moradia. Nesse sentido, domicílio, residência, habitação, clínica médica, escritórios (de advocacia e contabilidade, *e.g.*), trailer, quarto de hotel ocupado podem ser considerados casa.[56] Quanto a estes últimos, as camareiras possuem permissão tácita para ingressar em aposento de hotel, em razão do costume. Só estarão proibidas de entrar se houver manifestação expressa do ocupante.

Merece menção o julgamento do Inquérito 2.424, no qual o Supremo entendeu que não ocorre a inviolabilidade do escritório de advocacia quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, sobretudo concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão.[57]

Um tema que sempre surge em sala de aula é o conceito de "dia" previsto no art. 5.º, XI, da CR. Para conceder uma visão geral da discussão vale trazer palavras do renomado Alexandre de Moraes, citando diversos autores: "Para José Afonso da Silva, dia é o período das 6:00 horas da manhã às 18:00 (critério cronológico), ou seja, 'sol alto, isto é, das seis às dezoito', esclarecendo Alcino Pinto Falcão que durante o dia a tutela constitucional é menos ampla, visto que lei ordinária pode ampliar os casos de entrada na casa durante aquele período, que se contrapõe ao período da noite. Para Celso de Mello, deve ser levado em conta o critério físico-astronômico, como o intervalo de tempo situado entre a aurora e o crepúsculo".[58] Ao nosso entender, o critério cronológico é mais objetivo, concedendo maior segurança às relações processuais.

7.8.4.3 Segurança das comunicações pessoais (art. 5.º, XII, initio*)*

O art. 5.º, XII, estabelece que "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".

Sem sombra de dúvidas, este dispositivo trata do direito à privacidade e avisa que é necessário ordem judicial apenas para violar a comunicação telefônica, sendo mister a investigação criminal. As outras três (correspondência, telegráficas, dados) são igualmente invioláveis, mas podem ser relativizadas independentemente de decisão judicial, por determinação de outras autoridades.

A título de exemplo, podemos citar a possibilidade de as comissões

parlamentares de inquérito, Banco Central e Receita Federal determinarem a quebra de sigilo bancário independentemente de autorização judicial (LC 105/2001, art. 1.º, § 3.º).[59] Observe que o Tribunal de Contas e o Ministério Público não podem quebrar sigilo de dados.

As autoridades que possuem esta atribuição, para quebrarem o sigilo de dados, precisam fundamentar, e os eventuais excessos são passíveis de indenização a serem analisados pelo Judiciário.

Já no que diz respeito às conversas realizadas por meio telefônico (comunicação telefônica), é gênero, do qual se extraem duas espécies: **interceptação telefônica**, em que o interlocutor que está grampeado não sabe; e a **escuta telefônica**, na qual o interlocutor que está com o telefone grampeado sabe da oitiva.

Nas duas hipóteses é necessário ordem judicial, mesmo na escuta, pois os interlocutores que conversam com a pessoa "grampeada" não têm conhecimento do grampo e também possuem direito as suas intimidades.

Já a **gravação ambiental**, como, por exemplo, a gravação realizada por alunos em sala de aula, somente poderá ser utilizada como prova se a pessoa que manifesta seu pensamento tem conhecimento da gravação ou se a pessoa expressa suas convicções para o grande público.

Existe ainda a hipótese da **gravação clandestina**, quando uma das pessoas que está conversando não sabe que está sendo gravada. Esta somente poderá ser utilizada em situações excepcionais, como legítima defesa ou estado de necessidade (excludente de ilicitude), ou, ainda, utilizada a proporcionalidade em favor do réu.

De acordo com a Lei 9.296/1996 (Lei de Interceptação Telefônica, art. 2.º), admite-se a interceptação da comunicação telefônica quando esta for o único meio de prova para fins criminais, cuja pena seja de reclusão. Não cabe interceptação telefônica para crimes punidos com detenção ou multa.

Uma posição de que não comungamos, mas referendada pelo STF, é a possibilidade de transcrição somente dos trechos da conversa realizada pelas partes envolvidas, sem necessidade de escrever todas as conversas.[60] A nosso ver, fragmentos de conversas podem deturpar completamente o fato real e induzir magistrado a erro, fazendo-o, por exemplo, admitir denúncia em face de inocentes.

Outro entendimento do Pretório Excelso que deveria ser revisto é a

possibilidade de interceptação telefônica por tempo indeterminado, desde que renovados quinzenalmente, valendo-se de nova fundamentação.[61] Entendemos que essa prática não se coaduna com a sistemática do Estado Democrático de Direito. Se, mesmo no estado de defesa (estado de exceção), a restrição ao sigilo das comunicações telefônicas só é permitida por 30 dias – prorrogáveis por igual período (art. 136, § 1.º, I, *c*, c/c o art. 136, § 2.º, da CR) –, não deveria ser possível que, na legalidade ordinária, houvesse restrições ao direito à intimidade por anos.

7.8.4.4 Segurança em matéria penal (art. 5.º, XXXVII a LXVII)

Neste tema, o instituto que merece apreço é a extradição, previsto no art. 5.º, LI e LII, da CR.

Extradição é o ato de enviar a pessoa para outro país, o qual é competente para julgamento ou punição. Manoel Coelho Rodrigues explica que a extradição consiste em "ato de vontade soberana de um Estado que entrega à justiça repressiva de outro Estado um indivíduo, por este perseguido e reclamado, como acusado ou já condenado por determinado fato sujeito à aplicação da lei penal".[62]

Ao contrário da expulsão e deportação, que podem ser decretadas de ofício, a extradição depende de requerimento.

Assim, o país que requer a extradição, por estar no polo ativo do pedido extradicional, pratica a extradição ativa. Já o país a quem se solicita a extradição pratica a extradição passiva.

O brasileiro nato somente poderá ser extraditado na modalidade ativa. Já o brasileiro naturalizado poderá ser extraditado tanto na modalidade ativa como passiva. Contudo, o Brasil somente poderá efetivar a extradição de brasileiro naturalizado por crime comum se no momento do crime a pessoa não havia adquirido a nacionalidade brasileira. Quanto ao tráfico de entorpecentes, o brasileiro naturalizado poderá ser extraditado a qualquer tempo.

Já o estrangeiro, cumpridos os requisitos, poderá ser extraditado, salvo por crime político ou de opinião.

O art. 5.º, LII, da Constituição da República, nesta esteira, reza que "não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião". Para o STF, o fundamento dessa limitação é humanitário, e por isso entende-se que "na problemática dos refugiados, o interesse daquele que busca refúgio ou asilo como ser humano deve prevalecer sobre eventuais conflitos de interesse entre

Estados”.[63]

Muitas dúvidas pairam sobre a extensão do termo “crime político”, porém o próprio Pretório Excelso reconhece que não existe um conceito rígido e absoluto de crime político. Celso de Albuquerque Mello é preciso ao afirmar que é “mais fácil dizer o que não é crime político do que definir este. (...) a discussão do que venha a ser crime político é tão ampla que se pode dizer que só será crime político o que o STF desejar (...). A conceituação de um crime como político é, por sua vez, um ato político em si mesmo, com toda a relatividade da política”.[64]

Em seu livro, Gilmar Ferreira Mendes explica que “o procedimento adotado pela legislação brasileira quanto ao processo de extradição é o da chamada **contenciosidade limitada (sistema belga), que não contempla a discussão sobre o mérito da acusação**”.[65] Este sistema de contenciosidade limitada, instituído no Brasil pela Lei 2.416, de 1911, impõe dizer que não cabe ao país discutir o mérito do crime (culpa ou inocência), e sim analisar se haverá ou não possibilidade de extradição.

Então, o primeiro ponto é saber se o Brasil não adentra no mérito da culpabilidade do extraditando. Outro ponto é analisar a real função do Supremo Tribunal no processo de extradição, isto é, o Judiciário determina a extradição ou somente analisa a legalidade da extradição, sendo de competência do Presidente da República determiná-la?

Ao analisar o caso do italiano Cesare Battisti, o STF entendeu que sua decisão seria simplesmente **declaratória**, em que se examina apenas a legitimidade, aferindo os requisitos de possibilidade de extradição diante da ordem jurídica nacional. A efetivação da extradição seria competência do Poder Executivo, já que este possui poder para celebrar relações com estados estrangeiros (art. 84, VII, da CR).

O Supremo anotou que o processo extradicional é composto de três fases: “No tocante à primeira delas, eminentemente político-administrativa, enfatizou que a natureza discricionária do poder governamental de decidir sobre extradição estaria diretamente vinculada à estrutura da relação obrigacional entre os Estados requerente e requerido. Nesta fase, caberia ao Poder Executivo decidir, em termos de política internacional e, ante suas obrigações – convencionais ou de reciprocidade –, sobre o prosseguimento do pleito de extradição. Assinalou que, por outro lado, a fase seguinte seria predominantemente jurisdicional e processada perante o Supremo. No ponto, salientou que esta Corte não adentraria o mérito da condenação penal infligida ao extraditando, não revolveria provas

que ensejaram a condenação e tampouco reapreciaria aspectos procedimentais que pudessem implicar a nulidade do processo penal no âmbito do Estado estrangeiro requerente. Assim, a este Tribunal competiria somente o **controle da legalidade** do processo em tela e, com o julgamento, estaria encerrada a fase jurisdicional. Ficaria a cargo do Poder Executivo a mera responsabilidade pela entrega do extraditando ao Governo requerente, nos termos do art. 86 da Lei 6.815/80 ('Concedida a extradição, será o fato comunicado através do Ministério das Relações Exteriores à Missão Diplomática do Estado requerente que, no prazo de sessenta dias da comunicação, deverá retirar o extraditando do território nacional'). Registrou que esses controles de constitucionalidade e de legalidade também deveriam ser traduzidos como garantia de respeito incondicional à ordem constitucional e como proteção jurisdicional dos direitos fundamentais do extraditando".[66]

É bom grifar o trecho "discricionariedade do poder governamental de decidir sobre extradição estaria diretamente vinculada à estrutura da relação obrigacional entre os Estados requerente e requerido", pois, ao contrário do que pode parecer, não significa dizer que a extradição é ato discricionário. Ao revés, **é vinculado aos termos do tratado de extradição**, ao acordo bilateral. Contudo, existem três graus de vinculação:[67] a) atos vinculados por regras; b) atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados; e c) atos vinculados diretamente por princípios.

Nestes termos, mesmo sendo vinculado, é possível (nos casos "b" e "c") existir certa margem de interpretação do ato, como ocorreu na extradição daquele cidadão italiano.[68]

7.8.5 Propriedade

Podemos sistematizar o tratamento da propriedade pelo art. 5.º da CF da seguinte forma:

Propriedade	Art. 5.º, XXII ao XXXI, da CR
Função social	Art. 5.º, XXII
Intervenção do Estado – desapropriação	Art. 5.º, XXIV

Intervenção do Estado – requisição administrativa	Art. 5.º, XXV
Bem de família	Art. 5.º, XXVI
Propriedade imaterial – direito autoral	Art. 5.º, XXVII, XXVIII, *a* e *b*
Propriedade industrial	Art. 5º, XXIX
Propriedade hereditária	Art. 5° XXX e XXXI

Seguindo o quadro apresentado, o direito à propriedade, traço marcante nas sociedades capitalistas, inicia na Constituição brasileira no art. 5.º, XXII, que prevê a garantia do direito de propriedade, devendo este atender à sua **função social**.

Duas formas de intervenção do Estado na propriedade foram constitucionalizadas. A **requisição administrativa**, por meio da previsão do art. 5.º, XXV ("no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano"), e a **desapropriação**, como reserva o art. 5.º, XXIV, *in verbis*: "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".

Nestes moldes, a Constituição concede três exceções à regra da indenização justa, prévia e em dinheiro:

a) **Desapropriação urbana** – "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" (art. 182, § 4.º, III);

b) **Desapropriação rural** – "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" (art. 184);

c) **Desapropriação-confisco ou expropriação** – "As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei" (art. 243).

Ademais, o art. 5.º, XXVI, previu uma hipótese de **bem de família**, *in litteris*: "A pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento".

Um tema que não foi esquecido foi a **propriedade imaterial**, que se divide em:

a) **Direito autoral** – "aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar" (art. 5.º, XXVII).

O art. 41 da Lei 9.610/1998 regulamenta este inciso constitucional, estabelecendo que "os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1.º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil".

Esta regra é aplicável inclusive às obras póstumas (publicadas após a morte do autor).

No mais, são assegurados, nos termos da Lei: I – a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; II – 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 (art. 5.º, XXVIII, *a* e *b*);

b) **Propriedade industrial** – "a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País" (art. 5.º, XXIX).

Por fim, a **propriedade hereditária** não poderia ser esquecida, estando prevista em dois incisos do art. 5.°: "XXX – é garantido o direito de herança; XXXI – a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cujus*".

7.9 EXERCÍCIOS DE FIXAÇÃO

1. **(Magistratura/SC – 2013) De acordo com a redação do art. 5.º da Constituição Federal, assinale a alternativa correta:**

   A) 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, à dignidade da pessoa humana e à propriedade.

   B) É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

   C) Todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, dependendo apenas de autorização da autoridade competente.

   D) A pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para

pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento.

E) A lei considerará crime inafiançável e imprescritível a prática da tortura, por ele respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-lo, se omitirem.

2. (Defensor Público/AM – Instituto Cidades/2011) A respeito dos direitos fundamentais, marque a opção correta:

A) O Supremo Tribunal Federal não admite a tese da aplicação horizontal dos direitos fundamentais, sob o fundamento de que os direitos fundamentais são, essencialmente, um escudo contra o poder do Estado.

B) Os direitos fundamentais de segunda geração decorrem dos horrores suportados pela humanidade durante as duas grandes guerras mundiais, despertando um sentimento internacional de solidariedade e fraternidade.

C) Sempre que a interceptação telefônica não for precedida de autorização judicial será considerada prova ilícita.

D) O princípio constitucional da presunção de inocência não retirou do ordenamento jurídico a validade das prisões cautelares, portanto, é possível que alguém permaneça preso sem que haja decisão condenatória transitada em julgado.

E) Segundo entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal, as pessoas jurídicas não são titulares de direitos fundamentais, pois estes decorrem da dignidade da pessoa humana.

3. (Magistratura PE – FCC/2011) Sobre os direitos e garantias fundamentais na Constituição brasileira de 1988 é correto afirmar:

A) É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo por ordem judicial e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

B) No caso de iminente perigo público, a autoridade competente

poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior pelo uso e eventual dano.

C) A pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva.

D) O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com ou sem representação no Congresso Nacional.

E) São gratuitos, para os brasileiros, o registro civil de nascimento e a certidão de óbito.

4. (Procurador/BACEN – CESPE/2013) A respeito dos direitos e garantias fundamentais, assinale a opção correta:

A) De acordo com a jurisprudência do STF, os direitos sociais previstos na CF não se estendem aos servidores contratados em caráter temporário.

B) A sentença judicial que determina ao brasileiro naturalizado a perda da nacionalidade, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional, tem natureza declaratória e efeitos *ex tunc*.

C) O direito de petição, assegurado às pessoas naturais, nacionais ou estrangeiras residentes no país, não se estende às pessoas jurídicas.

D) A CF atribui ao Poder Judiciário autorização exclusiva para dissolver compulsoriamente associações.

E) A interceptação telefônica, considerada, na doutrina pátria, sinônimo de quebra do sigilo telefônico, configura matéria sujeita à reserva jurisdicional.

5. (MP/GO – 2010) Assinale a alternativa correta:

A) A aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem conteúdo extensivo, não se vinculando apenas às normas dos artigos 5.° ao 17 do texto constitucional, ampliando-se, com base na concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais, para fora do catálogo dos dispositivos constitucionais.

B) A maximização da eficácia dos direitos fundamentais prestacionais legitima os órgãos estatais à concretização destes, não se prestando os limites da reserva do possível, bem como da colisão com outros direitos fundamentais como óbices à graduação da aplicação destes direitos.

C) A existência de limites materiais expressamente previstos na Constituição como “cláusulas pétreas” ou “garantias de eternidade” impedem o reconhecimento de limites materiais implícitos ou limites materiais imanentes à reforma constitucional, não se podendo falar em ação erosiva do Poder Constituinte Reformador.

D) A relevância econômica dos objetos dos direitos sociais prestacionais faz com que a discussão, previsão e aplicação de recursos públicos, atribuições estas originárias dos órgãos políticos, não legitimem o Poder Judiciário, diante da inércia ou deficiência de atuação dos legitimados ordinários, à concretização dos direitos, sob pena de desrespeito à separação dos Poderes.

6. (Magistratura do Trabalho – TRT – 21.ª Região – 2010) Os direitos fundamentais representam importante capítulo do Direito contemporâneo, com presença crescente nas argumentações jurídicas desenvolvidas pelos juízes e tribunais de nosso país. Sobre a teoria dos direitos fundamentais, assinale a alternativa incorreta:

A) Os direitos fundamentais denominados de *primeira geração* traduzem postulados de abstenção do Estado, cujo catálogo privilegia aspectos da vida pessoal de cada indivíduo, como a liberdade de culto e de reunião.

B) Os direitos sociais, como o direito à greve, são denominados direitos fundamentais de *segunda geração*, por sua conexão com a justiça social.

C) Apesar de não haver norma expressa na ordem jurídica brasileira, reconhece-se universalmente a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

D) As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado (fenômeno conhecido como *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*).

E) Diante de um caso concreto, resolve-se a colisão de direitos fundamentais a partir de um juízo de ponderação, harmonizando-se, especialmente pelo princípio da proporcionalidade, os direitos fundamentais em conflito.

7. (26.º Procurador da república – MPF 2012) Assinale a alternativa incorreta:

A) Somente quando expressamente autorizado pela Constituição o legislador pode restringir ou regular algum direito fundamental.

B) No âmbito das relações especiais de sujeição, há um tratamento diferenciado com respeito ao gozo dos direitos fundamentais.

C) De acordo com a jurisprudência do STF, a liberdade de expressão ocupa uma posição especial no sistema constitucional brasileiro, o que lhe atribui peso abstrato elevado em hipótese de colisão com outros direitos fundamentais ou interesses sociais.

D) Viola o princípio da igualdade material qualquer prática empresarial, governamental ou semigovernamental, de natureza administrativa ou legislativa que, embora concebida de forma neutra, gere em consequência de sua aplicação, efeitos desproporcionais sobre certas categorias de pessoas.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

[1]Segundo Uadi Lammego Bullos, existem alguns direitos e garantias que NãO decorrem da dignidade da pessoa humana, sendo exceções a essa regra, p. ex., o art. 5.º, XXI, XXV, XXVIII, XXIX (*Direito Constitucional* cit., p. 288).

[2]Em que pese a jurisprudência da época da ditadura fazer alusão à dignidade da pessoa humana (RE 52.700, de 1963, e HC 45.232, de 1968), é certo que não se pode falar em pleno exercício desse instituto naquela época, pois a liberdade de expressão, locomoção, devido processo legal, dentre outros, eram tolhidos do cidadão.

[3]BULOS, Uadi Lammego. Op. cit., p. 288.

[4]MENDES, Gilmar Ferreira. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* cit., 2010, p. 381.

[5]TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2012, p. 1.194.

[6]SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 180.

[7]RE 201.819, rel. p/o Ac. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 27.10.2006.

[8]BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito constitucional ao alcance de todos* cit., p. 298.

[9]JELLINEK, George. *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*. Trad. Vitagliano Orlando. Milão: Giuffrè, 1912. p. 244.

[10]SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 153.

[11]BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 310.

[12]“Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração (CF, art. 225, *caput*)” (STF, RE 134.297, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 22.09.1995).

[13]O conteúdo da quarta dimensão é controverso doutrinariamente, dentre os quais, destacamos: Uadi Lammego Bulos (Direito dos Povos, de

que se extraem informática, software, biociência, engenharia genética); Paulo Bonavides (globalização do neoliberalismo – globalizar os direitos fundamentais, fase derradeira de institucionalização do estado social, p. ex. informação, democracia direta e o pluralismo. A 1ª, 2ª e 3ª dimensões compõem a estrutura de uma pirâmide cujo o ápice é a democracia. (Op. cit., p. 571 e 572)); Ricardo Lorenzetti (direito à diversidade) e Alberto Nogueira (graduação a imposição tributária). Contudo, nos filiamos à doutrina de Bobbio, exposta acima.

[14]BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 6.

[15]Seguimos a orientação firmada por Augusto Zimmermann (*Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 408); contudo, também há divergência: Bonavides e Uadi Lammego Bullos o definem como direito à Paz, corolário do art. 4º, VII, da CR (solução pacifica dos conflitos), inclusive o STF já se referiu ao direito à paz na ADI 3.540-1 (rel. Celso de Mello); já José Adércio Leite Sampaio entende ser o direito ao cuidado, à compaixão e ao amor por todas as formas de vida, pois concebem o indivíduo como parte do cosmos e carente de sentimentos de amor e cuidado.

[16]BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* cit., p. 571

[17]Há divergências de quando ocorre a nidação. Alguns dizem que ocorre de sete a dez dias após a fecun-dação, mas a teoria mais segura é essa que foi a apresentada.

[18]Expusemos neste tópico a posição do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, apesar de existirem especialistas que afirmam que o sistema nervoso central se forma após o quarto mês de vida intrauterina, tais como MARTÍNEZ, Stella Maris. *Manipulação genética e direito penal*. São Paulo: IBCCrim, 1998. p. 86 e 87, *in verbis*: “Neste momento, a partir do quarto mês de vida intrauterina é que aparecem os rudimentos do que será o córtex cerebral, pelo que somente com a apresentação da chamada linha primitiva ou sulco neural estaríamos frente a um ser vivo. Esta tese reconhece no biólogo Jacques Monod seu principal defensor”.

[19]BARROSO, Luís Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com célulastronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In: NOVELINO, Marcelo Camargo (Org.).

Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 104.

[20]Idem, ibidem.

[21]Idem, p. 92.

[22]PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1, p. 217.

[23]AZEVEDO, Fábio de Oliveira. *Direito Civil*. Introdução e teoria geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 126.

[24]DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 32.

[25]FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 6. ed. rev. atual. Curitiba: Positivo, 2005.

[26]Esta forma de aborto era utilizada no execrável regime nazista, que buscava a qualquer custo a “raça ariana”.

[27]Disponível em: <http://www.anencephalie-info.org/p/index.php>.

[28]STJ, 5.ª T., HC 32.159, rel. Min. Laurita Vaz, *DJ* 17.02.2004.

[29]STJ, 5.ª T., HC 56.572, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJ* 25.04.2006.

[30]“2. Encontrando-se saneado o processo, devem ocorrer audiências públicas para ouvir entidades e técnicos não só quanto à matéria de fundo, mas também no tocante a conhecimentos específicos a extravasarem os limites do próprio Direito...” (Decisão monocrática em liminar – ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio Mello, *DJU* 14.08.2008).

[31]ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.04.2012.

[32]“... A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. O determinismo biológico faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, predominando o amor. A alteração física, estética, é suplantada pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade. Este o quadro de uma gestação normal, que direciona a desfecho feliz, ao nascimento da criança. Pois bem, a natureza, entrementes reserva surpresas, às vezes desagradáveis. Diante de uma deformação irreversível do feto, há de

se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia a dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intrauterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevida é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável em foco. Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. É como decido na espécie. 3. Ao Plenário para o crivo pertinente" (STF, ADPF 54 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio Mello, *DJ* 02.08.2004).

[33]"ADPF. Adequação. Interrupção da gravidez. Feto anencéfalo. Política Judiciária. Macroprocesso. Tanto quanto possível, há de ser dada sequência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental – como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade –, considerados a interrupção da gravidez de feto anencéfalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a arguição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF. Liminar. Anencefalia. Interrupção da gravidez. Glosa penal. Processos em curso. Suspensão. Pendente de julgamento a arguição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal. ADPF. Liminar. Anencefalia. Interrupção da gravidez. Glosa penal. Afastamento. Mitigação. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em arguição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no

sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia" (STF, ADPF 54 QO/DF, rel. Min. Marco Aurélio Mello, *DJ* 31.08.2007).

[34]A lei determina que só poderão ser utilizadas as células de embriões humanos "inviáveis" ou congelados há três anos ou mais, sendo necessário o consentimento dos genitores.

[35]Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal com a redação concedida pela Emenda Regimental 29/2009: "Art. 21. São atribuições do Relator: XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante"; e art. 9.º, § 1.º, Lei 9.868/1999: "Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou 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".

[36]ADI 3.510/DF, rel. Min. Carlos Ayres Britto, *DJU* 30.03.2007.

[37]ADI 3.510/DF, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 28 e 29.05.2008.

[38]Disponível em: <http://www.consultormedico.com/consultar-doencas/outras/eutanasia-ortotanasia-e-distanasia.html>.

[39]"Nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionadas ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. A regra é a 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" (RE 414.426, rel. Min. Ellen Gracie, j. 1.º.08.2011, Plenário, *DJE* 10.10.2011). No mesmo sentido: RE 509.409, rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 31.08.2011, *DJE* 08.09.2011.

[40]Dispõe o DL 972/1969: "Art. 4.º O exercício da profissão de jornalista requer prévio registro no órgão regional competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social que se fará mediante a apresentação

de: (...) V – diploma de curso superior de jornalismo, oficial ou reconhecido registrado no Ministério da Educação e Cultura ou em instituição por este credenciada, para as funções relacionadas de *a* a *g* no artigo 6.º". E o STF assim decidiu: "No campo da profissão de jornalista, não há espaço para a regulação estatal quanto às qualificações profissionais. O art. 5.º, IV, IX, XIV, e o art. 220 não autorizam o controle, por parte do Estado, quanto ao acesso e exercício da profissão de jornalista. Qualquer tipo de controle desse tipo, que interfira na liberdade profissional no momento do próprio acesso à atividade jornalística, configura, ao fim e ao cabo, controle prévio que, em verdade, caracteriza censura prévia das liberdades de expressão e de informação, expressamente vedada pelo art. 5.º, IX, da Constituição. A impossibilidade do estabelecimento de controles estatais sobre a profissão jornalística leva à conclusão de que não pode o Estado criar uma ordem ou um conselho profissional (autarquia) para a fiscalização desse tipo de profissão. O exercício do poder de polícia do Estado é vedado nesse campo em que imperam as liberdades de expressão e de informação. Jurisprudência do STF: Representação 930, rel. p/o Ac. Min. Rodrigues Alckmin, *DJ* 02.09.1977" (RE 511.961, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.06.2009, Plenário, *DJE* 13.11.2009).

[41]RE 603.583, rel. Min. Marco Aurélio, j. 26.10.2011, Plenário, *Informativo* 646.

[42]"Por entender que o exercício dos direitos fundamentais de reunião e de livre manifestação do pensamento devem ser garantidos a todas as pessoas, o Plenário julgou procedente pedido formulado em ação de descumprimento de preceito fundamental para dar, ao art. 287 do CP, com efeito vinculante, interpretação conforme a Constituição, de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos. (...) Destacou-se estar em jogo a proteção às liberdades individuais de reunião e de manifestação do pensamento. (...) Verificou-se que a marcha impugnada mostraria a interco-nexão entre as liberdades constitucionais de reunião – direito-meio – e de manifestação do pensamento – direito-fim – e o direito de petição, todos eles dignos de amparo do Estado, cujas autoridades deveriam

protegê-los e revelar tolerância por aqueles que, no exercício do direito à livre expressão de suas ideias e opiniões, transmitirem mensagem de abolicionismo penal quanto à vigente incriminação do uso de drogas ilícitas. Dessa forma, esclareceu-se que seria nociva e perigosa a pretensão estatal de reprimir a liberdade de expressão, fundamento da ordem democrática, haja vista que não poderia dispor de poder algum sobre a palavra, as ideias e os modos de sua manifestação. Afirmou-se que, conquanto a livre expressão do pensamento não se revista de caráter absoluto, destinar-se-ia a proteger qualquer pessoa cujas opiniões pudessem conflitar com as concepções prevalecentes, em determinado momento histórico, no meio social. Reputou-se que 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. Concluiu-se que 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" (ADPF 187, rel. Min. Celso de Mello, j. 15.06.2011, Plenário, *Informativo* 631).

[43]ADI. 1969-4/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJ* 31.08.2007.

[44]"*Ex positis*, concedo a liminar, cassando a decisão reclamada, nos termos do art. 21, V, do RISTF, por-quanto consideradas legítimas as manifestações populares realizadas sem vandalismo, preservado o poder de polícia estatal na repressão de eventuais abusos" (Rcl 15.887/MG, Rel. Min. Luiz Fux, j. 19.06.2013).

[45]Rcl 15.887/MG, Rel. Min. Luiz Fux, J. 19.06.2013.

[46]"Se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputas e queixas (como e quando iguais têm e recebem partes desiguais, ou quando desiguais recebem partes iguais). Ademais, isso se torna evidente pelo fato de que as distribuições devem ser feitas 'de acordo com o mérito de cada um', pois todos concordam que o que é justo com relação à distribuição também o deve ser com o mérito em um certo sentido..." (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco* cit., p. 108-109).

[47]Fundamentos retirados da ADPF 186/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25 e 26.04.2012.

[48]Segundo palavras do próprio STF, entenda-se por ações afirmativas as "*medidas especiais e concretas para assegurar o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos, com o fito de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais*" (grifo do autor). ADPF 186/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25 e 26.04.2012.

[49]Entenda-se como "pequena monta" os estudantes com renda familiar *per capita* de até um salário mínimo e meio para bolsas integrais e até três salários mínimos para as parciais.

[50]Trecho do voto do Min. Luiz Fux na ADI 3330/DF, rel. Min. Ayres Britto, j. 03.05.2012.

[51]Teorias apresentada por Guilherme Peña de Moraes, *Curso de Direito Constitucional* cit. p. 540/2.

[52]ROSENFELD, Michel. *Affirmative action and Justice: a philosophical and constitutional inquiry*. New Haven: Yale University Press, 1991, p. 288.

[53]WASSERSTROM, Richard. *Philosophy and social issues: five studies*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1980, p. 54.

[54]MORAES, Guilherme Peña. *Curso de direito constitucional* cit., 2010, p. 546-547.

[55]Existem súmulas que evitam práticas restritivas ao acesso ao Judiciário: "É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário" (Súmula Vinculante 28.) "Viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa" (Súmula 667 do STF).

[56]"Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5.º, XI, da CF, o conceito normativo de 'casa' revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4.º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5.º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito (*invito domino*), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva,

sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF)" (RHC 90.376, 2.ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 03.04.2007, *DJ* 18.05.2007).

[57]"Escuta ambiental e exploração de local. Captação de sinais óticos e acústicos. Escritório de advocacia. Ingresso da autoridade policial, no período noturno, para instalação de equipamento. Medidas autorizadas por decisão judicial. Invasão de domicílio. Não caracterização. (...) Inteligência do art. 5.º, X e XI, da CF; art. 150, § 4.º, III, do CP; e art. 7.º, II, da Lei 8.906/1994. (...) Não opera a inviolabilidade do escritório de advocacia, quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, sobretudo concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão" (Inq 2.424, rel. Min. Cezar Peluso, j. 26.11.2008, Plenário, *DJE* 26.03.2010).

[58]MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 50.

[59]"A LC 105, de 10.01.2001, não conferiu ao TCU poderes para determinar a quebra do sigilo bancário de dados constantes do Banco Central do Brasil. O legislador conferiu esses poderes ao Poder Judiciário (art. 3.º), ao Poder Legislativo Federal (art. 4.º), bem como às comissões parlamentares de inquérito, após prévia aprovação do pedido pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do plenário de suas respectivas Comissões Parlamentares de Inquérito (§§ 1.º e 2.º do art. 4.º). Embora as atividades do TCU, por sua natureza, verificação de contas e até mesmo o julgamento das contas das pessoas enumeradas no art. 71, II, da CF, justifiquem a eventual quebra de sigilo, não houve essa determinação na lei específica que tratou do tema, não cabendo a interpretação extensiva, mormente porque há princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, art. 5.º, X, da CF, no qual está inserida a garantia ao sigilo bancário (...)" (MS 22.801, rel. Min. Menezes Direito, j. 17.12.2007, Plenário, *DJE* 14.03.2008).

[60]"(…) Prova. Criminal. Interceptação telefônica. Transcrição da totalidade das gravações. Desnecessidade. Gravações diárias e ininterruptas de diversos terminais durante período de 7 (sete) meses. Conteúdo sonoro armazenado em 2 (dois) DVDs e 1 (hum) HD, com mais de quinhentos mil arquivos. Impossibilidade material e

inutilidade prática de reprodução gráfica. Suficiência da transcrição literal e integral das gravações em que se apoiou a denúncia. Acesso garantido às defesas também mediante meio magnético, com reabertura de prazo. Cerceamento de defesa não ocorrente. Preliminar repelida (…)" (Inq. 2.424, rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* 26.03.2010).

[61]"Prova. Criminal. Interceptação telefônica. Prazo legal de autorização. Prorrogações sucessivas. Admissibili-dade. Fatos complexos e graves. Necessidade de investigação diferenciada e contínua. Motivações diversas. Ofensa ao art. 5.º, *caput*, da Lei n. 9.296/1996. Não ocorrência. Preliminar rejeitada. Voto vencido. É lícita a prorrogação do prazo legal de autorização para interceptação telefônica, ainda que de modo sucessivo, quando o fato seja complexo e, como tal, exija investigação diferenciada e contínua. 6. Prova. Criminal. Interceptação telefônica. Prazo legal de autorização. Prorrogações sucessivas pelo Ministro Relator, também durante o recesso forense. Admissibilidade. Competência subsistente do Relator" (Inq. 2.424, rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* 26.03.2010).

[62]RODRIGUES, Manuel Coelho. *A extradição no direito brasileiro e na legislação comparada*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1930. t. I, p. 3.

[63]M. SYRAN, Claudena. The International Refugee Regime: The Historical and Contemporary Context of International Responses to Asylum Problems. In: LOESCHER, Gil. *Refugges and the Asylum Dilemma in the West*. Pennsylvania: The Pennsylvania State Univesity Press, 1992. p. 15.

[64]Extradição. Algumas observações. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *O direito inter-nacional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 222-223.

[65]MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 727.

[66]Ext. 1.085 Pet. avulsa/República Italiana, rel. orig. Min. Gilmar Mendes, red. p/o Ac. Min. Luiz Fux, j. 08.06.2011.

[67]"Não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade" (BINENBOJM,

Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 208).

[68]Sobre o tema, importante ler a transcrição realizada no *Informativo* 633 do STF.



8

REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

Sumário: 8.1 Conceito – 8.2 Tipos de remédios constitucionais: 8.2.1 *Habeas corpus* (art. 5.º, LXVIII); 8.2.2 Mandado de segurança individual (art. 5.º, LXIX); 8.2.3 Mandado de segurança coletivo; 8.2.4 Mandado de injunção (art. 5.º, LXXI); 8.2.5 *Habeas data* (art. 5.º, LXXII); 8.2.6 Ação popular (art. 5.º, LXXIII); 8.2.7 Ação civil pública – 8.3 Tabela dos remédios constitucionais – 8.4 Exercícios de fixação.

8.1 CONCEITO

Os remédios constitucionais são instrumentos destinados a assegurar o gozo dos direitos violados ou em vias de serem violados ou simplesmente não atendidos.

8.2 TIPOS DE REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

As garantias constitucionais que recebem o nome de remédios constitucionais são:

a) *habeas corpus* (art. 5.º, LXVIII);
b) mandado de segurança individual (art. 5.º, LXIX) e mandado de segurança coletivo (art. 5.º, LXX);
c) mandado de injunção (art. 5.º, LXXI);
d) *habeas data* (art. 5.º, LXXII); e
e) ação popular (art. 5.º, LXXIII).

Poucos incluem a ação civil pública dentre os remédios constitucionais. Em que pese não concordarmos com essa posição, é bom discorrer também sobre esta ação.

8.2.1 *Habeas corpus* (art. 5.º, LXVIII)

8.2.1.1 Histórico

O *habeas corpus* originou-se do mecanismo romano de proteção da liberdade denominado *interditum* de *homine liberum exhibendo*. Por meio desse interdito, ordenava-se a exibição *in iure* de um homem livre para permitir-lhe a *vindicatio* em *libertatem*.

O *habeas corpus* foi o primeiro remédio constitucional do mundo moderno, previsto pela primeira vez em 1215 na Magna Carta *Libertatum*, quando o rei João-Sem-terra, em troca de sua permanência no poder, aceitou reconhecer o direito da burguesia, concedendo-lhe alguns direitos, dentre os quais à locomoção e, como garantia a este direito, previu o *habeas corpus*.

No Brasil, esse remédio foi positivado pela primeira vez no art. 340 do Código de Processo Penal do Império em 1832 e, posteriormente, no art. 72, § 22, na primeira Constituição republicana, em 1891.

Naquela época, era comum no Brasil, por inexistência de outro remédio constitucional, a utilização do *habeas corpus* para todo tipo de liberdade, tais como locomoção, cátedra, convicção política, filosófica, dentre outras. A prática de utilização desse remédio para as diversas espécies de liberdade foi denominada **teoria brasileira do *habeas corpus***.

Somente após emenda constitucional, em 1926, houve a divisão de objeto, sendo o *habeas corpus* somente para locomoção.

8.2.1.2 Conceito

Remédio constitucional que busca evitar lesão ou restituir a liberdade de locomoção de qualquer pessoa.

8.2.1.3 Fundamento

O *habeas corpus* é o remédio que tem por finalidade resguardar o direito insculpido no art. 5.º, XV, da CRFB.

O direito à locomoção possui garantia no devido processo legal, art. 5.º, LV; porém, por vezes, a locomoção é cerceada sem respeitar o processo estabelecido em lei. Por isso, em caso de violação do direito e ineficácia da garantia, poderá qualquer pessoa fazer uso do remédio heroico denominado *habeas corpus*.

8.2.1.4 Cabimento

O *habeas corpus* é um processo de **cognição sumária (sumaríssima)**, por isso deve ser exigido direito líquido e certo para sua impetração. Assim, todas as provas que comprovam os fatos alegados devem instruir a peça inicial.[1]

A referida ação poderá ser manejada em qualquer seara do direito, como o *habeas corpus* manejado na Câmara Cível para tentar libertar devedor de alimentos (art. 733 do CPC), ou o *habeas corpus* trabalhista com o objetivo de expedição de alvará de soltura para depositário infiel (que até hoje continua sofrendo restrições, em que pese a Súmula Vinculante 25 do STF).

8.2.1.5 Espécies

De acordo com a própria redação do art. 5.º, LXVII, esse remédio poderá ser impetrado tanto para evitar lesão à liberdade de locomoção como para restituir a liberdade àqueles que sejam ceifados deste direito. Desta forma, o *habeas corpus* será:

a) **Preventivo** – Quando alguém se achar ameaçado de sofrer violência ou coação à liberdade de locomoção. Nesta hipótese, será requerida a expedição de um instrumento denominado **salvo-conduto**.
b) **Repressivo ou liberatório** – Caso já haja violência ou coação na referida liberdade. Nesse caso, será requerida a expedição de um **alvará de soltura**.

8.2.1.6 Formalidades

Do ponto de vista processual, o *habeas corpus* independe de qualquer formalidade. Assim, não é necessário obedecer aos pressupostos processuais ou condições da ação, inclusive no que diz respeito à capacidade postulatória.[2] O autor é denominado impetrante e o indivíduo em nome de quem se postula é denominado paciente, sendo o autor do constrangimento denominado autoridade

coatora ou impetrado.

8.2.1.7 Procedimento

Está previsto nos arts. 647 a 667 do CPP. Trata-se de rito especial, em que são dispensadas maiores formalidades, sempre em favor do bem jurídico maior, qual seja, liberdade de locomoção.

8.2.1.8 Legitimidade

8.2.1.8.1 Legitimidade ativa

Dentre todos os remédios e ações existentes no ordenamento jurídico, é possível afirmar que o *habeas corpus* é o mais informal.

Esta ação pode ser impetrada por qualquer pessoa, nacional ou estrangeira, sem exigência quanto à capacidade judiciária. Somente a título de exemplo, loucos e menores de idade podem mover esta ação sem necessidade de representação ou assistência.

Pessoas jurídicas podem impetrar *habeas corpus*, contudo não poderão ser pacientes (beneficiário da ação), posto que a ação é dirigida à pessoa física. Pelo mesmo motivo, não poderão ser impetrados *habeas corpus* para soltar animais que estejam sofrendo maus-tratos.

Analfabeto pode impetrar esse remédio, porém **não se admite *habeas corpus* apócrifo**. A solução é a assinatura a rogo.

Outra restrição é quanto ao magistrado, que, na qualidade de juiz, não pode impetrar *habeas corpus*, uma vez que ofenderia a imparcialidade do magistrado que irá julgar o remédio.

Esta última restrição não pode ser confundida com a possibilidade de o magistrado conceder *habeas corpus* **de ofício (*ex officio*)**. Nesta hipótese, autorizada pelo art. 654, § 2.º, do CPP, o magistrado, no processo do qual é competente, concede o salvo-conduto ou alvará de soltura.

Ademais, **não se exige capacidade postulatória** para propositura desse remédio constitucional. O art. 1.º, § 1.º, do Estatuto da OAB (Lei 8.906/1994) preceitua que não se inclui dentre as atividades privativas de advogado a impetração de *habeas corpus*. Desta forma, qualquer pessoa pode peticionar em juízo, objetivando a liberdade de locomoção sua ou de outrem.

8.2.1.8.2 Legitimidade passiva

Apesar de o Código de Processo Penal somente se referir à impetração de *habeas corpus* contra ato de "autoridade", é comum os Tribunais aceitarem *habeas corpus* contra ato de pessoas jurídicas de direito privado, como clínicas psiquiátricas e hospitais.

Há quem sustente a possibilidade de impetração de *habeas corpus* contra pessoa física, quando, *e.g*., o proprietário de terras mantém seus empregados em regime de trabalho escravo.

8.2.1.9 Competência

O *habeas corpus* impetrado contra ato de particulares, delegado e outras autoridades não dotadas de prerrogativa de função será proposto na primeira instância estadual ou federal, a depender da natureza do posto ocupado pelo responsável pelo cerceamento (efetivado ou iminente) à locomoção.

Contra atos dos juízes, a competência será da segunda instância da Justiça à qual o magistrado esteja vinculado; *v.g*., contra ato de juiz federal, a competência será do TRF (art. 108, I, *d*).

No concernente aos atos das turmas recursais dos Juizados Especiais Estaduais e Federais, a competência será dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, respectivamente, estando superada a Súmula 690 do STF.

Caso o paciente seja o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, membros do Congresso Nacional, Ministros do STF, membros dos Tribunais Superiores, Tribunal de Contas da União, Procurador-Geral da República, Ministro de Estado, Comandante da Marinha, Exército ou Aeronáutica, chefes de missão diplomática de caráter permanente, o *habeas corpus* será proposto diretamente no Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *d*).

O Supremo Tribunal Federal será ainda competente quando o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do STF ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em única instância (art. 102, I, *i*).

Para encerrar a competência do STF, é competência desse órgão julgar, em recurso ordinário, o *habeas corpus* decidido em única instância, pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão (art. 102, II, *a*).

Impende observar que, por vezes, o Supremo Tribunal Federal relativiza a

Súmula 691[3] do próprio Tribunal e, em **situações excepcionais**, analisa *habeas corpus* de decisão que indefere liminar em tribunal superior.[4]

Ao Superior Tribunal de Justiça cabe julgar o *habeas corpus* quando o coator ou paciente forem os Governadores dos Estados, Governador do Distrito Federal, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais, ou ainda 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*).

Ao STJ cabe ainda julgar, em recurso ordinário, o *habeas corpus* decidido em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória (art. 105, II, *a*).

8.2.1.10 Exceção constitucional ao cabimento do habeas corpus

De início, cumpre dizer que o referido *writ* é cláusula pétrea (art. 60, § 4.º, IV) e não poderá ser suprimido do ordenamento jurídico. No entanto, admite algumas restrições.

Não pode ser impetrado *habeas corpus* durante o estado de sítio, no caso do art. 139, I e II.[5] Nesta hipótese, o *habeas corpus* não é suprimido, mas fica mitigado, ou seja, diminui-se a abrangência do remédio que pode, durante o estado de sítio, ser utilizado em outras hipóteses.

Não haverá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares federais e estaduais (art. 142, § 2.º, c/c o art. 42, § 1.º). Assim, não será cabível *habeas corpus* contra atos de indisciplina que acarretem prisão de membros das forças armadas, policiais militares e corpo de bombeiro militar. Todavia, se houver ilegalidade na determinação ou efetivação da prisão, será possível o manejo do remédio heroico.

Há ainda previsão sumular que impede a análise do *habeas corpus* quando o objeto seja resolver sobre o ônus das custas, por não estar mais em causa a liberdade de locomoção (verbete 395 sumulado pelo STF).

Da mesma forma, súmulas do STF preveem:

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 606).

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 692).

Não se conhece de recurso de *habeas corpus* cujo objeto seja resolver sobre o ônus das custas, por não estar mais em causa a liberdade de locomoção (Súmula 693).

Não cabe *habeas corpus* contra a imposição da pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública (Súmula 694).

Não cabe *habeas corpus* quando já extinta a pena privativa de liberdade (Súmula 695).

8.2.2 Mandado de segurança individual (art. 5.º, LXIX)

8.2.2.1 Histórico

Em que pese posição que identifica a origem do mandado de segurança nos forais do direito ibérico,[6] é mais comum identificar a origem histórica do mandado de segurança no processo interdital.

Contudo, a fonte direta de inspiração advém do Direito mexicano por meio do *juicio* de amparo.

No Brasil, o mandado de segurança foi precedido de uma série de discussões em que foi suscitada a implementação de ação judicial semelhante ao referido *juicio* de amparo mexicano.[7] Com a extinção do contencioso administrativo vigente, todas as causas passaram a ser dirimidas no Poder Judiciário, fazendo-se imperiosa a instituição deste remédio.

E assim foi feito. A Constituição de 1934 o concebeu, sendo utilizado para tutelar direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de autoridade, aplicando, para tanto, o mesmo procedimento do *habeas corpus*.[8]

A Lei 191/1936 regulamentou o *mandamus*, o que foi fundamental, pois, mesmo não havendo previsão do referido remédio na Constituição de 1937, ele continuou sendo utilizado com base na Lei 191/1936.

Seis dias após a publicação da nova Constituição, foi editado o DecretoLei 6, de 16.11.1937, que proibiu o uso do *mandamus* contra atos do Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores e Interventores. Com isso, ficou clara a manutenção da ação com base na Lei 191/1936.

Porém, a partir da Constituição de 1946 e sua regulamentação pela Lei 1.533/1951, a citada ação passou a possuir os contornos que possui atualmente.

Finalmente, o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados (PLC 125/2001) elaborado pelo Advogado-Geral da União à época, Gilmar Ferreira Mendes, e pelo Ministério da Justiça, com autoria do então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, foi sancionado no dia 07.08.2009 e publicado no dia 10 subsequente.

A Lei 12.016/2009, nova Lei de Mandado de Segurança, uniu algumas leis, sendo as principais a Lei 1.533/1951 e a 4.348/1962, além de legalizar parte das jurisprudências do STJ e STF sobre o assunto.

Por essa lei foram revogados os seguintes dispositivos: Leis 1.533/1951, 4.166/1962, 4.348/1964, 5.021/1966; o art. 3.º da Lei 6.014/1973; o art. 1.º da Lei 6.071/1974; o art. 12 da Lei 6.978/1982; e o art. 2.º da Lei 9.259/1996, o que lhe deu os contornos que passaremos a analisar.

8.2.2.2 Conceito

Ação constitucional posta à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual ou universalidade reconhecida por lei, para tutela de direitos individuais líquidos e certos, não amparados por *habeas corpus* e *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

8.2.2.3 Espécies

Quanto ao momento:

a) **Preventivo** – quando houver justo receio de lesão ao direito líquido e certo. É bom notar que a expressão **justo receio**, contida na Lei 12.016/2009, da mesma forma que previa a lei revogada (Lei 1.533/1951), traz importante lição. O *mandamus*, nesta hipótese, só será cabível quando o “medo” de lesão for justificado, isto é, somente

caberá mandado de segurança preventivo quando houver **iminência** e **certeza** de lesão;

b) **Repressivo** – quando já houver ocorrido a lesão, e a ação buscar reparar a ofensa ao direito.

Quanto aos legitimados:

a) **Individual** – quando impetrado pelo titular do direito material em legitimidade ordinária;

b) **Coletivo** – quando movido pelos legitimados extraordinários previstos no art. 5.º, LXX, da CRFB[9] e art. 21 da Lei 12.016/2009.

8.2.2.4 Requisitos

8.2.2.4.1 Direito líquido e certo

Como muito bem observa Othon Sidou:[10] "É sem dúvida uma locução ao mesmo tempo pobre, redundante e vaga".

Ao contrário do que o termo faz crer, "direito líquido e certo" não se refere a "direito", e sim ao **conjunto probatório** que instrui a inicial e comprova todos os fatos alegados.

Neste sentido, direito líquido e certo é o conjunto de elementos probatórios que o autor tem que imediatamente apresentar (instruindo a inicial) que permitam ao juiz concluir, desde logo, sobre a existência ou não dos fatos dispostos. Desta sorte, não depende da produção da prova em juízo.

Independentemente da titularidade do direito material pleiteado, se o autor conseguir provar tudo o que alega, terá cumprido o requisito do direito líquido e certo.

Segundo André Ramos Tavares,[11] "resulta claro que a expressão 'direito líquido e certo' não se refere nem ao Direito nem ao enquadramento deste a determinado fato. É este que há de apresentar-se líquido e certo".

Somente após entender que direito líquido e certo é **matéria de fato**[12] e não de direito é possível entender a Súmula 625 do STF, que afirma que controvérsia sobre matéria de direito **não** impede o uso do mandado de segurança.

Também se torna mais claro o motivo pelo qual não se admite dilação

probatória em mandado de segurança. A justificativa é que os fatos já estarão provados na inicial.

Ora, se não se admite produção de provas no curso desta ação, logicamente não haverá audiência de instrução e julgamento (AIJ), pois não será necessária a produção de prova oral. Sem a referida audiência, **não será aplicado o princípio da identidade física do juiz**[13] ao mandado de segurança.

A prova pericial só é possível se realizada antes da propositura da demanda. Explica-se: suponhamos que a pessoa tenha sua inscrição em concurso público indeferida em razão de divergência de assinatura. Ao propor o MS a parte deve juntar à inicial perícia grafotécnica para provar que a assinatura emana do mesmo punho.

O art. 6.º, § 1.º, da Lei 12.016/2009 **excepciona** a obrigação de prova pré-constituída ao dispor que, se documento necessário à prova do alegado estiver em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz deverá ordenar, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de dez dias. Após a juntada, o escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.

8.2.2.4.2 Ato atacável

Para fins de cabimento, importa notar a natureza do ato que será objeto da ação. Independentemente da natureza da entidade que atua, se o ato comissivo ou omissivo tiver **natureza pública**, a princípio, será cabível mandado de segurança.

De acordo com este entendimento, o art. 1.º, § 2.º, da Lei 12.016/2009 estabelece que não cabe mandado de segurança contra atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

O art. 5.º da Lei 12.016/2009 proíbe a utilização desta ação quando se tratar de **ato** do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução. Contudo, se recurso administrativo com efeito suspensivo for motivado em razão de **omissão lesiva**, nada impede o uso do remédio constitucional estudado, nos moldes da Súmula 429 do STF.[14]

Também é inviável mandado de segurança contra decisão judicial da qual

caiba recurso com efeito suspensivo.

No recurso judicial, não temos a mesma separação (ação ou omissão) do recurso administrativo, isto porque na seara judicial é possível o magistrado conceder efeito suspensivo puro ou suspensivo ativo.

Explica-se: se a ação versar sobre obrigação de fazer e o Juiz de primeira instância não concede liminar, a lesão continuará a ocorrer e o efeito suspensivo puro de um eventual recurso de nada adiantará. Porém, se o efeito for suspensivo ativo, a segunda instância pode suprir a omissão e liminarmente materializar a pretensão até a decisão final. Neste caso, não faz sentido o cabimento do mandado de segurança porque a lesão não estará ocorrendo.

Por fim, não cabe mandado de segurança para impugnar decisão judicial transitada em julgado (art. 5.º, III, da Lei 12.016/2009 e Súmula 268 do STF). Nestes termos, o *mandamus* não substitui ação rescisória.

Ainda importante notar que a Súmula 266 do STF veda mandado de segurança contra lei em tese.

A Súmula 267 do STF veda mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.

Já a Súmula 270 do STF prevê que “não cabe mandado de segurança para impugnar enquadramento da Lei 3.780, de 12 de julho de 1960, que envolva exame de prova ou de situação funcional complexa”.

8.2.2.4.3 Cabimento residual

O mandado de segurança é ação residual, isto é, só será utilizado quando não houver outro remédio apto a resolver a questão.

Reforçam esta tese o art. 5.º, LXIX, da CRFB e o art. 1.º da Lei 12.016/2009, segundo os quais somente caberá mandado de segurança quando o ato questionado não for amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*. No mesmo sentido da residualidade, a Súmula 101 do STF afirma que mandado de segurança não substitui ação popular.

No entanto, se o direito de locomoção for meio para exercício de outro direito, a ação cabível será de mandado de segurança, e não de *habeas corpus*. Por exemplo, se a polícia dispersa passeata, não deixando o grupo progredir, o remédio é mandado de segurança, e não *habeas corpus*, pois a locomoção é somente o meio pelo qual as pessoas exercem direito de reunião e pensamento.

Entretanto, se o temor for de prisão, pois a passeata versa sobre algo ilegal, o remédio será *habeas corpus*.

8.2.2.5 Legitimidade

8.2.2.5.1 Legitimidade ativa

Pode propor mandado de segurança individual qualquer pessoa, física (nacional ou estrangeira) ou jurídica de direito público ou privado, universalidades juridicamente reconhecidas (massa falida e espólio), que sofra ou esteja em vias de sofrer violação ao seu direito líquido e certo.

É bom esclarecer que a impetração do remédio pelo(s) titular(es) do direito material constitui hipótese de mandado de segurança individual, ainda quando impetrado por uma grande quantidade de pessoas. Neste caso, haverá um mandado de segurança individual em litisconsórcio ativo, o que não pode ser confundido com o mandado de segurança coletivo que é proposto pelos legitimados extraordinários (art. 21 da Lei 12.016/2009). Estes entes movem a ação em nome próprio, tutelando direito alheio.

Nas aulas sobre mandado de segurança, um tema que sempre desperta curiosidade do concursando é a real compreensão do art. 3.º da Lei 12.016/2009. Este dispositivo prescreve que "o titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, no prazo de 30 (trinta) dias, quando notificado judicialmente".

O art. 3.º trata de mais uma hipótese de substituição processual e é mais bem compreendido com o clássico exemplo em que o segundo colocado de determinado concurso público, diante da inércia do primeiro colocado, ingressa com mandado de segurança em favor deste (primeiro) diante da convocação do terceiro colocado no certame. Como explica Daniel Amorim Assumpção Neves, neste mandado de segurança se buscará a anulação da convocação do terceiro colocado, o que tutelará o direito do primeiro colocado em ser convocado, e do segundo colocado a ser o próximo da ordem de chamada. Por óbvio, não poderá, neste remédio, requerer sua imediata convocação, mas indiretamente melhora sua situação ao se tornar o próximo na ordem de convocação.[15] Outro exemplo comum é a preterição da ordem estabelecida em licitação.[16]

Mas para que esta substituição ocorra é necessário que o titular imediato do

direito não ingresse com o mandado de segurança por 30 dias após notificado para fazê-lo. Escoado este prazo, nasce para o substituto processual mover ação, sem prejuízo da possibilidade de o titular do direito mover a demanda dentro do prazo decadencial do *mandamus*.

Se, porventura, os dois propuserem a ação, haverá litispendência, devendo ser aplicada a regra do art. 219, caput, do CPC.

8.2.2.5.2 Legitimidade passiva

Em que pese o esforço da Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009) em tentar pacificar a discussão a respeito da legitimidade passiva para o mandado de segurança, a discussão persiste. Cabe trazer as duas principais posições sobre o tema.

O **primeiro** entendimento,[17] do qual comungamos, sustenta a existência de litisconsórcio passivo necessário.

Isso porque o art. 6.º prescreve que a petição inicial deverá indicar, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

E é colmatado pelo art. 7.º da Lei, que impõe ao Juiz, ao despachar a inicial, o dever de **notificar 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 dez dias, **preste as informações**, e **dar 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.

Com isso, deixa claro, a nosso ver, que, no polo passivo da ação, deverá constar em **litisconsórcio necessário simples** a autoridade coatora e a pessoa jurídica que esta integra.[18] Porém, a pessoa jurídica só será cientificada formalmente por sofrer os efeitos da decisão, não sendo obrigatória sua interveniência nos autos.

Ainda nesse sentido, o art. 6.º, § 3.º, da Lei 12.016/2009 esclarece que se considera autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.

A preocupação com a autoridade coatora segue no art. 1.º, § 1.º, que equipara às autoridades 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,

mas somente no que disser respeito a essas atribuições.

A **segunda** posição e, para muitos, majoritária, entende que legitimidade passiva seria somente da pessoa jurídica em nome da qual o ato foi praticado.[19] Nesse sentido a autoridade coatora seria chamada no processo somente para prestar informações.

O Ministro Luiz Fux[20] explica que parte é a pessoa jurídica a que pertence a autoridade coatora, muito embora a lei do mandado de segurança permita à autoridade coatora praticar outros atos além da prestação de informações, reforçando a defesa da entidade pública ou quem lhe faça as vezes.

Por fim, não se pode olvidar daqueles que exercem **funções delegadas.** O desempenho dessas funções delegadas coloca o agente delegado como autoridade coatora e contra ele caberá o mandado de segurança (Súmula 510 do STF). Nesse passo, caso uma autoridade municipal aceite praticar um ato por delegação do Estado ou União, responderá por estas atribuições **como autoridade estadual ou federal, perante os juízos privativos dessas entidades.**[21]

8.2.2.6 Desistência

No que diz respeito à desistência, o STF tem jurisprudência complacente ao não aplicar o art. 267, § 4.º, do CPC neste remédio constitucional. Assim, é lícito ao impetrante desistir da ação de mandado de segurança, independentemente de aquiescência da autoridade apontada como coatora ou da entidade estatal interessada ou, ainda, quando for o caso, dos litisconsortes passivos necessários, mesmo que já prestadas as informações ou produzido o parecer do Ministério Público.[22]

Mais ainda, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a homologação, a qualquer tempo, de pedido de desistência de mandado de segurança, ainda que tenha sido proferida decisão de mérito.[23]

8.2.2.7 Competência

A competência para julgamento do MS será definido em razão da hierarquia da autoridade legitimada a praticar a conduta, comissiva ou omissiva, que pode resultar na lesão ao direito subjetivo da parte. Em outros termos, “é o órgão coator que, basicamente, fixa o juiz constitucional da causa”.[24]

A CR define as competências do STF e dos Tribunais Superiores. No âmbito estadual, a matéria será disciplinada na Constituição de cada Estado e nas respectivas leis de organização judiciária.

A Súmula 330 prescreve que o STF **não** é competente para conhecer de mandado de segurança contra atos dos Tribunais de Justiça dos Estados.

A Constituição determina que o STF é competente para julgar o mandado de segurança contra atos do Presidente da República, Mesa da Câmara ou do Senado, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio STF (art. 102, I, *d*). E, em recurso ordinário, o mandado de segurança julgado em única instância nos Tribunais Superiores, se a decisão for denegatória (102, II, *a*).

Colmatando a competência do Supremo, a Súmula 623 dispõe: "Não gera por si só a competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer do mandado de segurança com base no art. 102, I, *n*, da Constituição, dirigir-se o pedido contra deliberação administrativa do tribunal de origem, da qual haja participado a maioria ou a totalidade de seus membros".

Quanto ao STJ, cabe a este o julgamento do mandado de segurança contra ato do Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército, da Aeronáutica ou do próprio Tribunal (art. 105, I, *b*); e em recurso ordinário decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados, Distrito Federal e territórios, quando a decisão for **denegatória** (art. 105, II, *b*).

O STJ **não** possui competência para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de outros tribunais ou dos respectivos órgãos (Súmula 41 do STJ). Assim como também **não** é competência do STJ processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de órgão colegiado presidido por Ministro de Estado (Súmula 177 do STJ).

Quanto ao TRF, cabe mandado de segurança contra atos do próprio Tribunal ou de Juiz Federal (art. 108, I, *c*).

Já quanto aos Juízes Federais, cabe o *mandamus* contra atos de autoridades federais, salvo as de competência dos tribunais federais (art. 109, VIII).

Contra ato do Promotor de Justiça, a competência é do Juízo monocrático, diferentemente do que acontece no *habeas corpus*.

Por fim, é bom ressalvar que a existência de vara privativa, instituída por lei estadual, não altera a competência territorial resultante das leis de processo

(Súmula 206 do STJ).

No que diz respeito à competência para julgamento contra atos de universidades, o STJ entende que "nos processos em que envolvem o ensino superior, são possíveis as seguintes conclusões: a) mandado de segurança – a competência será federal quando a impetração voltar-se contra ato de dirigente de universidade pública federal ou de universidade particular; ao revés, a competência será estadual quando o *mandamus* for impetrado contra dirigentes de universidades públicas estaduais e municipais, componentes do sistema estadual de ensino; b) ações de conhecimento, cautelares ou quaisquer outras de rito especial que não o mandado de segurança – a competência será federal quando a ação indicar no polo passivo a União Federal ou quaisquer de suas autarquias (art. 109, I, da Constituição da República); será de competência estadual, entretanto, quando o ajuizamento voltar-se contra entidade estadual, municipal ou contra instituição particular de ensino".[25] Há uma série de súmulas do Supremo Tribunal Federal sobre competência:

> Súmula 248: É competente, originariamente, o Supremo Tribunal Federal, para mandado de segurança contra ato do Tribunal de Contas da União.
>
> Súmula 330: O Supremo Tribunal Federal não é competente para conhecer de mandado de segurança contra atos dos Tribunais de Justiça dos Estados.
>
> Súmula 433: É competente o Tribunal Regional do Trabalho para julgar mandado de segurança contra ato de seu Presidente em execução de sentença trabalhista.
>
> Súmula 510: Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial.
>
> Súmula 511: Compete à Justiça Federal, em ambas as instâncias, processar e julgar as causas entre autarquias federais e entidades públicas locais, inclusive mandados de segurança, ressalvada a ação fiscal, nos termos da Constituição Federal de 1967, art. 119, § 3º.
>
> Súmula 623: Não gera por si só a competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer do mandado de segurança com base no art. 102, I, *n*, da Constituição, dirigir-se o pedido contra deliberação

> administrativa do Tribunal de origem, da qual haja participado a maioria ou a totalidade de seus membros.
>
> Súmula 624: Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer originariamente de mandado de segurança contra atos de outros Tribunais.

Assim como o Tribunal Supremo, o Superior Tribunal de Justiça também sumulou a ação analisada:

> Súmula 41: O Superior Tribunal de Justiça não tem competência para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de outros Tribunais ou dos respectivos órgãos.
>
> Súmula 177: O Superior Tribunal de Justiça é incompetente para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de órgão colegiado presidido por Ministro de Estado.
>
> Súmula 206: A existência de vara privativa, instituída por lei estadual, não altera a competência territorial resultante das leis de processo.
>
> Súmula 376: Compete à turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial.

Por fim, há dois julgados do mesmo Tribunal (STJ) importantes sobre o tema:[26]

> Em sede de mandado de segurança, a competência é fixada em razão das autoridades coatoras indicadas e de sua categoria funcional, não importando a natureza do ato impugnado. Voltando-se o *writ* contra atos de autoridade estadual e federal e não havendo conexão entre os pedidos, fato, este, que importaria na competência da Justiça Federal, tornam-se aqueles inacumuláveis, *ex vi* do art. 292, II, do Código de Processo Civil (STJ, 1ª Seção, CC 31.242/SP, rel. Min. Paulo Medina, *DJ* 16.12.2002, p. 231).
>
> A Justiça estadual é competente para processar e julgar mandado de segurança contra ato de Presidente de Subseção da OAB restrito à esfera de sua competência, que não se projeta no âmbito federal (STJ,

Segunda Turma, REsp 235.723/SP, rel. Min. Peçanha Martins, *DJ* 04.11.2002, p. 178).

8.2.2.8 Procedimento

O primeiro ponto a ser constatado no procedimento é que os processos de mandado de segurança e os respectivos recursos terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo *habeas corpus* (art. 20).

De início, o art. 4.º da Lei 12.016/2009 prevê que, 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, sendo, inclusive, possível que o Magistrado determine a notificação da autoridade por telegrama, radiograma ou outro meio que assegure a autenticidade do documento e a imediata ciência pela autoridade.

Entretanto, o § 2.º do mesmo artigo determina que o texto original da petição deverá ser apresentado nos 5 (cinco) dias úteis seguintes.

Isso pode parecer um avanço rumo à celeridade, mas na verdade é um retrocesso.

Na verdade, o art. 4.º da nova lei está em descompasso com os avanços sociais e jurídicos, que, alheio à era do *e-proc*, desconectado dos avanços implementados pelo Superior Tribunal de Justiça aos processos eletrônicos, autorizou o manejo do mandado de segurança por meio eletrônico apenas em caso de urgência.

Poderia justificar o desafino com os tempos modernos em razão dos longos oito anos em que o projeto tramitou no legislativo, ocorrendo, desde sua propositura, diversos avanços nesta área. Ocorre que tempo de tramitação não pode servir para legitimar leis retrógradas, na medida em que é conferido ao legislador o direito de oferecer emendas ao projeto de lei para adaptá-lo aos novos tempos.

A questão é simples, quase dois anos após a publicação da Lei 11.419/2006, que dispõe sobre informatização do processo judicial, uma lei impõe o requisito da urgência para propositura de ação por meio eletrônico e ainda condicionando a juntada do texto original nos cinco dias úteis seguintes.

Quanto à inicial, esta será apresentada em 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 (art. 6.º).

Contudo, se os documentos necessários à prova do alegado se achem 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 (art. 6.º, § 1.º). Porém, se a autoridade que se recusar a fornecer o documento for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento da notificação.

A inicial será distribuída ao juízo competente, que, ao despachar a inicial, poderá, desde logo, indeferi-la, por decisão motivada, quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo legal para a impetração (art. 10).

Por óbvio, do indeferimento da inicial pelo juiz de primeiro grau caberá apelação e, quando a competência para o julgamento do mandado de segurança couber originariamente a um dos tribunais, do ato do relator caberá agravo para o órgão competente do tribunal que integre (art. 10, § 1.º).

Se não for caso de indeferimento, ordenará 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; e 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.

O ingresso de litisconsorte ativo não será admitido após o despacho da petição inicial.

Findo o prazo concedido à autoridade coatora para prestar informações, o juiz ouvirá o representante do Ministério Público, que opinará, dentro do prazo improrrogável de 10 (dez) dias.

Com ou sem o parecer do Ministério Público, os autos serão conclusos ao juiz, para a decisão, a qual deverá ser necessariamente proferida em 30 (trinta) dias.

Cabe notar que, como afirmado, não há protesto por provas ou audiência de instrução e julgamento, uma vez que esta é utilizada para colher depoimento pessoal e prova oral.

8.2.2.9 Liminar

O art. 7.º, III, prevê que, ao despachar a inicial, o juiz ordenará 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, é facultado ao juiz exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

A exigência de caução, fiança ou depósito como condição para concessão da liminar está sendo objeto de ação direta de inconstitucionalidade impetrada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil,[27] uma vez que esta previsão limita o benefício da liminar, ofendendo o princípio da igualdade e deixando sem proteção os menos dotados economicamente.

De regra, é possível liminar *inaudita altera parte*, salvo no mandado de segurança coletivo, quando o juiz deve realizar audiência com representante judicial da pessoa jurídica, que deverá se manifestar no prazo de 72 horas (art. 22, § 2.º, da Lei 12.016/2009).

Da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a liminar caberá agravo de instrumento nos mesmos moldes do Código de Processo Civil.

Os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença.

Mesmo já possuindo prioridade de tramitação (art. 20), o art. 7.º, § 4.º, determina que, deferida a medida liminar, o processo terá prioridade para julgamento.

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.

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.

Importante notar o art. 7.º, § 2.º, que **veda a concessão de liminar** quando o

processo tenha por objeto:

a) a compensação de créditos tributários;
b) a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior;
c) a reclassificação ou equiparação de servidores públicos;
d) a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza;
e) que esgote no todo ou em parte o objeto da ação (art. 1.º, § 3.º, da Lei 8.437/1992).

As vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas nesse artigo se estendem à tutela antecipada a que se refere o Código de Processo Civil.

Nestas quatro primeiras hipóteses, não caberá execução provisória por ocasião da sentença (art. 14, § 3.º).

Por fim, a Súmula 405 do STF dispõe que, denegado o mandado de segurança, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária.

8.2.2.10 Decisão e recurso

A sentença em mandado de segurança possui natureza mandamental.

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.

O art. 14, § 4.º, da Lei 12.016/2009 assegura que 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.

Unindo diversas súmulas, o art. 25 prevê que não cabem, no processo de mandado de segurança, a oposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.

Neste caso, uma especial atenção. O mandado de segurança exige custas processuais e taxa judiciária. Quando condenado nos ônus da sucumbência, o

perdedor deverá arcar com as referidas custas e taxa, porém não poderá ser onerado com os honorários advocatícios.

Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe **apelação**, sendo que a procedência em mandado de segurança sujeita-se, obrigatoriamente, ao duplo grau de jurisdição.

Como dito anteriormente, a sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo quando se tratar de compensação de créditos tributários, entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza. Nestas hipóteses, o recurso será recebido no duplo efeito.

Mesmo quando recebido somente no efeito devolutivo, é possível, 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 (art. 15).

Caso não haja suspensão, seja por indeferimento do pedido de suspensão ou em razão do provimento do referido agravo, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.

Cumpre notar que 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.

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.

Das decisões em mandado de segurança proferidas em única instância pelos tribunais cabe recurso especial e extraordinário, nos casos legalmente previstos, e recurso ordinário, quando a ordem for denegada.

Na instância superior, os recursos deverão ser levados a julgamento na primeira sessão que se seguir à data em que forem conclusos ao relator. E mais, o prazo para a conclusão dos autos não poderá exceder de 5 (cinco) dias.

8.2.2.11 Prazo

Segundo o art. 23 da Lei 12.016/2009, o mandado de segurança possui o prazo de 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado. Este prazo só se aplica ao mandado de segurança repressivo, eis que no mandado de segurança preventivo **não** se conta o prazo.

Escoado este prazo o lesado não poderá pleitear a satisfação do seu direito por mandado de segurança, mas nada impede que recorra às vias ordinárias para buscar a tutela pretendida.

Este prazo possui natureza decadencial (Súmula 632 do STF), por isso uma vez iniciado não se submete a causas de suspensão ou interrupção do tempo. Não é por outro motivo que a Súmula 430 do STF esclarece que o "pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança".

Porém, quando o ato for omissivo, o prazo só começa a contar quando ficar oficializada a omissão, mesmo que o interessado tenha ciência da lesão antecipadamente. Em outros termos, o prazo terá início quando ocorrer o vencimento do prazo legal para a prática do ato.

Nas relações jurídicas de trato sucessivo, o prazo decadencial é **renovado cada vez** que se verificar a lesão a ser impugnada.[28]

Se o candidato aprovado em concurso público dentro das vagas previstas no edital não for nomeado, o STJ tem entendimento que garante que o prazo para impetração do mandado de segurança começa a contar quando acaba a validade do concurso, pois só neste momento ocorre a lesão.[29]

8.2.3 Mandado de segurança coletivo

8.2.3.1 Conceito

Ação constitucional para tutela de direitos coletivos *strictu sensu* e individuais homogêneos, líquidos e certos, não amparados por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

As regras atinentes ao mandado de segurança coletivo são similares às analisadas no tópico anterior, pertinente ao mandado de segurança individual, com algumas peculiaridades.

8.2.3.2 Objeto

Diferentemente da ação popular, que tutela os interesses difusos, os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo tutelam **direitos coletivos *strictu sensu***, assim entendidos "os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica", e os **individuais homogêneos**, assim entendidos "os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante" (art. 21, parágrafo único, I e II).

8.2.3.3 Legitimidade

O exercício da legitimidade em mandado de segurança coletivo possui natureza jurídica de **legitimidade extraordinária**. Neste passo, os entes legitimados atuam em nome próprio, porém buscam tutelar direito alheio. Assim, se, por exemplo, uma associação mover mandado de segurança para tutelar direitos da própria associação (e não de associados), estará movendo mandado de segurança individual, pois atuará na defesa de direito próprio em autêntica legitimidade ordinária.

Segundo o art. 5.º, LXX, da CRFB e o art. 21 da Lei 12.016/2009, o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária;
b) organização sindical;
c) entidade de classe;
d) 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.

Não se aplica ao mandado de segurança coletivo a regra contida no art. 5.º, XXI, da CRFB, segundo o qual as associações precisam de autorização expressa

para representar seus filiados, judicial ou extrajudicialmente (Súmula 629 STF).[30]

Isso porque o art. 5.º, XXI, da CRFB trata de **representação processual** (neste caso, a associação atua em n**ome alheio** na defesa de **direito alheio**) e o mandado de segurança versa sobre **legitimidade extraordinária**, em que a associação atua em **nome próprio** na defesa de **direito alheio**.

Outro ponto importante é saber distinguir quando o ente legitimado para impetração do mandado de segurança coletivo atua em nome próprio na defesa de direito próprio (legitimidade ordinária) ou quando atua em nome próprio na defesa de direito alheio (legitimidade extraordinária). Na primeira hipótese o mandado de segurança será individual; na segunda, será coletivo. Assim, se uma associação, por exemplo, impetra um mandado de segurança para proteger direito da própria associação (e não dos associados), o mandado de segurança será individual, pois estará atuando em legitimidade ordinária.

O prazo de um ano exigido às associações começa a contar da data do registro no RCPJ (Registro Civil de Pessoas Jurídicas). No entanto, o Supremo Tribunal Federal já excepcionou o prazo de constituição, admitindo a legitimidade de associações que não tenham cumprido o prazo quando houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido, em analogia ao art. 5.º, § 4.º, da Lei 7.347/1985.

Já "a legitimidade de sindicato para atuar como substituto processual no mandado de segurança coletivo pressupõe, tão somente, a existência jurídica, ou seja, o registro no cartório próprio, sendo indiferente estarem ou não os estatutos arquivados e registrados no Ministério do Trabalho".[31]

8.2.3.4 Liminar

É vedada a liminar *inaudita altera parte*, ou seja, no mandado de segurança coletivo a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas, nos moldes do art. 22, § 2.º da Lei 12.016/2009.

8.2.3.5 Right opt out *e* right opt in

A regra é que os efeitos da sentença em mandado de segurança coletivo sejam

limitados aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

Porém, é possível que os atingidos pelo ato lesivo não esperem o legitimado coletivo mover o *mandamus* e promovam, por sua conta, o remédio individual. Neste caso, uma eventual propositura do mandado de segurança coletivo não induzirá litispendência para as ações individuais, correndo em autos apartados.

Porém, o impetrante individual tem a possibilidade de escolher entre ser atingido ou não pela coisa julgada coletiva.

Explica-se: a partir da ciência comprovada do mandado de segurança coletivo, o impetrante individual tem, dentro do prazo de 30 dias, a possibilidade de requerer a desistência de sua ação individual, oportunidade na qual será atingido pela coisa julgada coletiva (***right opt in***), ou permanecerá com sua demanda individual, não sendo beneficiado pelos efeitos da coisa julgada coletiva (***right opt out***).

8.2.4 Mandado de injunção (art. 5.º, LXXI)

8.2.4.1 Conceito

É uma ação judicial, de origem constitucional, de natureza civil, com caráter especial, que objetiva combater a morosidade do Poder Público em sua função legislativa regulamentadora, para que viabilize o exercício concreto de direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionalmente previstas.

8.2.4.2 Origem

Há grande controvérsia quanto à sua origem. Alguns acreditam que o mandado de injunção surgiu no direito norte-americano por meio do *writ of injunction*. Contudo, a única similaridade é o étimo da palavra injunção, que tem origem na palavra latina *injunctio*, que significa prescrever uma ordem, obrigação.[32]

Por ter regras específicas, o mandado de injunção brasileiro não pode ser equiparado nem ao direito norte-americano nem a outras normas de países que possuem regras sobre “injunção”, como Itália, Alemanha, Portugal e França.

No Brasil, este remédio surgiu com a Constituição de 1988, assim como o mandado de segurança coletivo e o *habeas data*.

8.2.4.3 Objeto

De início, cumpre dizer que as normas têm que ser de **eficácia limitada**, ou seja, dependentes de regulamentação, não cabendo o referido *writ* quando a norma for autoaplicável.

A tutela alcança qualquer direito subjetivo constitucional (individual, coletivo ou difuso).

Apesar de a parte final do art. 5.º, LXXI, da CR afirmar que este remédio é voltado para direitos inerentes à "nacionalidade, soberania e cidadania", entendemos, como a maioria, que este rol é exemplificativo.

8.2.4.4 Pressupostos de cabimento

Somente será cabível mandado de injunção quando presentes os seguintes pressupostos:

a) previsão de um direito não autoaplicável pela Constituição;
b) falta de norma implementadora de regulamentação;
c) inviabilização referente aos direitos e liberdades constitucionais;
d) nexo de causalidade entre a omissão e a inviabilidade;
e) que o impetrante seja o beneficiário direto do direito, liberdade ou prerrogativa, pois, se não for, baldio estará de interesse de agir.

8.2.4.5 Mandado de injunção coletivo

O STF tem admitido mandado de injunção de cunho coletivo aplicando-se analogicamente o art. 5.º, LXX, da CR. Ademais, o art. 8.º, III, da CR afirma que cabe ao sindicato a defesa da categoria; logo, o sindicato poderá impetrar o *writ*.

8.2.4.6 Partes

8.2.4.6.1 Legitimidade ativa

Qualquer pessoa que esteja impossibilitada de exercer direito à liberdade ou prerrogativa constitucional em virtude de falta de norma regulamentadora.

8.2.4.6.2 Legitimidade passiva

A ação dirige-se contra autoridade estatal do órgão competente para expedição de norma regulamentadora da vontade constitucional.

8.2.4.7 Competência

A competência do STF para mandado de injunção vem explícita no art. 102, I, *q*, que discorre que compete ao Pretório Excelso processar e julgar 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.

Quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, a competência será do Superior Tribunal de Justiça, 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 (art. 105, I, *h*).

8.2.4.8 Procedimento

No mandado de injunção, serão aplicadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica, conforme determina o art. 24, parágrafo único, da Lei 8.038/1990.

8.2.4.9 Decisão

A decisão em mandado de injunção tem sofrido mutações ao longo do tempo.

Por tempos, o Supremo Tribunal adotou postura **não concretista**, em que a finalidade é ensejar o reconhecimento formal da inércia do Poder Público. Com isso, o Supremo concede mera ciência da norma faltante ao órgão responsável para adoção das providências necessárias.[33]

Esta simples ciência possui pouco efeito prático, posto que, em razão do princípio da conformação legislativa, o Legislativo produz a norma quando bem entender, inobstante a ciência realizada pelo Judiciário.

Contudo, é bom registrar que a posição eminentemente não concretista do

Supremo Tribunal Federal não era absoluta, podendo ser constatados alguns casos de implementação de direitos em face da norma de eficácia limitada não regulamentada.[34]

Aos poucos, as decisões eminentemente não concretistas foram cedendo espaço para decisões mais substantivas, em que a **posição concretista** do Supremo Tribunal permite que o Judiciário, por meio de uma decisão constitutiva, declare a existência da omissão administrativa ou legislativa e **implemente o exercício** do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional até que sobrevenha regulamentação do poder competente.

Em interessante julgado, o Supremo Tribunal Federal[35] demonstrou a mudança de raciocínio, *in verbis*: "Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções 'normativas' para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5.º, XXXV). Precedentes: MI n. 283. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. **DJ**, 14.11.1991; MI n. 232/RJ. Relator: Ministro Moreira Alves. **DJ**, 27.03.1992; MI n. 284. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o Acórdão: Ministro Celso de Mello, **DJ**, 26.06.1992; MI n. 543/DF. Relator: Ministro Octavio Gallotti. **DJ**, 24.05.2002; MI n. 679/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. **DJ**, 17.12.2002; e MI n. 562/DF. Relatora: Ministra Ellen Gracie. **DJ**, 20.06.2003 (*omissis*). Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo (*omissis*). Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2.º) (*omissis*)".

Desta forma, as decisões concretistas permitem que o Supremo Tribunal implemente o exercício do direito e, para balizar, determine que seja usada, analogicamente, outra lei, até que seja regulamentado o instituto.

Note que o Judiciário não poderia legislar para suprir a omissão, mas, ao implementar o exercício do direito constitucional, estará exercendo sua função precípua, zelando pela máxima efetividade da Constituição.

Ao analisar o Mandado de Injunção 712/PA,[36] o Supremo Tribunal Federal, seguindo a mesma orientação do MI 670/ES,[37] decidiu "remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no art. 37, VII, da Constituição do Brasil".[38] Para isso, autorizou a aplicação da lei de greve do setor privado (Lei 7.783/1989) para os servidores públicos.

No melhor estilo substancialista, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MI 721/DF, entendeu que "cabe ao judiciário, por força do disposto no art. 5.º, XXXV e seu § 1.º, da CF, não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, (*omissis*) mas viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as consequências da inércia do legislador".[39]

Com esse argumento e diante da inércia legislativa na regulamentação da aposentadoria especial para servidores públicos (art. 40, § 4.º, da CRFB/1988), o Pretório Excelso, em 30.08.2007, por unanimidade, deferiu o direito à aposentadoria aos funcionários públicos, utilizando, como base, o art. 57 da Lei 8.213/1991.

Após este, houve julgados no mesmo sentido, materializando os mesmos direitos, com base na mesma filosofia.[40-41]

Ainda sob o manto substancialista, o Supremo Tribunal Federal segue implementando direitos, por vezes com efeitos *erga omnes*, em ações como mandado de injunção.[42]

Quando o efeito da decisão concretista é *erga omnes*, como citado, denominamos **posição concretista geral**. Caso o efeito seja *interpartes*, será chamada de **posição concretista individual**.

Há ainda a possibilidade de implementar imediatamente o direito perseguido **(posição concretista direta)** ou conceder prazo para o órgão competente suprir a omissão. Somente em caso de subsistir a inércia, o judiciário autoriza o exercício do direito **(posição concretista intermediária)**.

8.2.5 *Habeas data* (art. 5.º, LXXII)

8.2.5.1 Conceito

É o instrumento constitucional mediante o qual todo interessado pode exigir o conhecimento do conteúdo de registro de dados relativos a sua pessoa, a retificação, quando as informações não conferirem com a verdade, estiverem ultrapassadas ou implicarem discriminação ou, ainda, a anotação, em assentamento, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro, mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

8.2.5.2 Origem

Há quem diga que o *habeas data* surgiu da Constituição norte-americana, especificamente do *Freedom of information act*, em 1974. Outros afirmam que este remédio se originou da Constituição portuguesa em 1976, outros, da Constituição espanhola em 1978. Há quem diga que surgiu na Constituição holandesa em 1983, e ainda do "Congresso Pontes de Miranda" realizado em Porto Alegre em 1981.

Atualmente, a referida ação está prevista no art. 5.º, LXX, da CR, regulamentada pela Lei 9.507/1997.

8.2.5.3 Natureza

É uma ação constitucional, de caráter civil, de rito especial.

8.2.5.4 Objeto

A ação de *habeas data* pode ser impetrada em três hipóteses:

a) 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;
b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;
c) para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro, mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

8.2.5.5 Cabimento – tentativa extrajudicial frustrada

O *habeas data* deve ser proposto apenas no caso de recusa por parte da autoridade administrativa (Súmula 2 do STJ).

Ao contrário do que possa parecer, este entendimento não ofende o princípio do acesso ao Poder Judiciário (art. 5.º, XXXV, CR), uma vez que a tentativa administrativa constitui requisito indispensável para o surgimento do interesse de agir. Somente após a recusa ou omissão por prazo razoável haverá a necessidade do provimento jurisdicional (interesse de agir).

Entretanto, o art. 8.º, parágrafo único, da Lei 9.507/1997 prevê que, se, em vez da recusa, houver a omissão da autoridade administrativa, o *habeas data* poderá ser impetrado após o decurso do tempo por mais de 10 dias, sem decisão quanto às informações solicitadas, ou decurso por mais de 15 dias, sem decisão quando se pleiteia retificação ou anotação.

8.2.5.6 Partes

8.2.5.6.1 Legitimidade ativa

O *habeas data* é conferido a toda pessoa, seja física ou jurídica, nacional ou estrangeira.

O autor só poderá ingressar em juízo para pleitear informações ou dados, ou solicitar sua retificação ou anotação, em seu próprio nome, não se admitindo a impetração deste remédio em relação a terceiros. Trata-se, pois, de **ação de caráter personalíssimo**.

Entretanto, a jurisprudência admite que os herdeiros legítimos ou o cônjuge supérstite do *de cujus* possam impetrar *habeas data* em nome do falecido.[43]

Por não se admitir legitimidade extraordinária nesta ação, **não é possível falar em *habeas data* coletivo**.

8.2.5.6.2 Legitimidade passiva

Podem figurar no polo passivo da demanda tanto a Administração Pública direta ou indireta quanto pessoas jurídicas de direito privado que mantenham banco de dados aberto ao público,[44] sejam partidos políticos, empresa de cadastramento, de proteção ao crédito ou de qualquer outro seguimento.

8.2.5.7 Competência

A competência está prevista nos arts. 102, I, *d*; 105, I, *b*; 108, I, *c*; 109, VIII; 121, § 4.º, V, da CRFB.

O art. 20 da Lei 9.507/1997 os resume da seguinte forma:

> I – O *habeas data* será julgado originariamente:
> a) pelo Supremo Tribunal Federal, 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;
> b) pelo Superior Tribunal de Justiça, contra atos de Ministro de Estado ou do próprio Tribunal;
> c) pelos Tribunais Regionais Federais, contra atos do próprio Tribunal ou de juiz federal;
> d) pelo juiz federal, contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;
> e) pelos tribunais estaduais, segundo o disposto na Constituição do Estado;
> f) pelo juiz estadual, nos demais casos.
>
> II – em grau de recurso, compete:
> a) ao Supremo Tribunal Federal, quando a decisão denegatória for proferida em única instância pelos Tribunais Superiores;
> b) ao Superior Tribunal de Justiça, quando a decisão for proferida em única instância pelos Tribunais Regionais Federais;
> c) aos Tribunais Regionais Federais, quando a decisão for proferida por juiz federal;
> d) aos Tribunais Estaduais e ao do Distrito Federal e Territórios, conforme dispuserem a respectiva Constituição e a lei que organizar a Justiça do Distrito Federal.
>
> III – mediante recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, nos

casos previstos na Constituição.

8.2.5.8 Procedimento

De início, cumpre dizer que o processo de *habeas data* tem **prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo em casos de *habeas corpus* e mandado de segurança**.

Ademais, assim como o *habeas corpus*, o *habeas data* está **isento de custas judiciais** (art. 5.º, LXXVII) e **é imprescritível**.

Após a recusa ou omissão na seara administrativa, a inicial poderá ser proposta, preenchendo os requisitos do Código de Processo Civil, sendo apresentada em duas vias. Os documentos que instruírem a primeira serão reproduzidos por cópia na segunda.

Segundo o art. 8.º, parágrafo único, a petição inicial deverá ser instruída com prova da recusa ao acesso às informações, retificação ou anotação ou, ainda, do decurso de mais de dez dias sem decisão sobre as informações, ou de mais de 15 dias sem decisão no caso de retificação ou inclusão.

Ao despachar a inicial, o juiz 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.

A inicial será desde logo indeferida, quando não for o caso de *habeas data*, ou se lhe faltar algum dos requisitos previstos nessa Lei. Deste despacho de indeferimento caberá apelação.

Feita a notificação, o serventuário em cujo cartório corra o feito juntará aos autos cópia autêntica do ofício endereçado ao coator, bem como a prova da sua entrega a este ou da recusa, seja de recebê-lo, seja de dar recibo.

Findo o prazo das informações, e ouvido o representante do Ministério Público dentro de cinco dias, os autos serão conclusos ao juiz para decisão a ser proferida em cinco dias.

Na decisão, se julgar procedente o pedido, o juiz marcará data e horário para que o coator:

a) apresente ao impetrante as informações a seu respeito, constantes de registros ou bancos de dados; ou

b) apresente em juízo a prova da retificação ou da anotação feita nos assentamentos do impetrante.

A decisão será comunicada ao coator, por correio, com aviso de recebimento, ou por telegrama, radiograma ou telefonema, conforme o requerer o impetrante.

No caso de transmissão telegráfica, radiofônica ou telefônica, os originais deverão ser apresentados à agência expedidora, com a firma do juiz devidamente reconhecida.

Da sentença que conceder ou negar o *habeas data* cabe apelação somente no efeito devolutivo.

Quando o *habeas data* for concedido e o Presidente do Tribunal ao qual competir o conhecimento do recurso ordenar ao juiz a suspensão da execução da sentença, desse seu ato caberá agravo para o Tribunal que presida.

Nos casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos demais Tribunais, caberá ao relator a instrução do processo.

O pedido de *habeas data* poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito.

Na instância superior, os processos deverão ser levados a julgamento na primeira sessão que se seguir à data em que, feita a distribuição, forem conclusos ao relator. O prazo para a conclusão não poderá exceder vinte e quatro horas, a contar da distribuição.

8.2.5.9 Natureza da decisão

No *habeas data* preventivo (para conhecimento de informações), a sentença terá cunho mandamental, e no *habeas data* repressivo (para retificação de informações ou anotação no assentamento do interessado), a sentença terá cunho constitutivo, na medida em que determinará a correção de dados até então existentes ou a inclusão de dados novos.

8.2.6 Ação popular (art. 5.º, LXXIII)

8.2.6.1 Conceito

É instrumento posto à disposição do cidadão para provocar pronunciamento do Poder Judiciário com o fim de invalidar atos ou contratos administrativos (ou

a estes equiparados), ilegais ou lesivos ao patrimônio público (federal, distrital, estadual ou municipal), ou autarquias, paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiro público.

8.2.6.2 Origem

Teve origem no direito romano, que atribuía legitimidade a qualquer pessoa do povo para zelar pela *res* pública.

A ação popular foi prevista pela primeira vez na Constituição do Império de 1824,[45] contra prática de suborno, peita, peculato ou concussão. Essa ação poderia ser proposta por qualquer do povo.

Apesar de omitida na Constituição de 1891, foi reintroduzida em nosso sistema na Constituição de 1934,[46] sendo suprimida novamente em 1937, reposta em 1946[47] e repetida na Constituição de 1967.[48] A CR de 1988 ampliou seu alcance, incluindo a moralidade administrativa.[49]

8.2.6.3 Natureza jurídica

A natureza jurídica da ação popular dependerá da ótica. Pelo viés constitucional, esta ação tem natureza de **remédio constitucional**, com vias à tutela de direitos difusos. Pelo enfoque processual, a estudada ação possui natureza de **ação civil**, dada a natureza do pleito nela deduzido.

8.2.6.4 Finalidade

A ação popular decorre do princípio republicano, tendo por fim zelar pelo bem público, e juntamente o sufrágio (direito de participar do processo eleitoral), plebiscito, referendo, iniciativa popular e direito de participação em partidos políticos e na administração pública são formas de exercício da soberania popular, em que o povo exerce diretamente o poder soberano (art. 1.º, parágrafo único), fiscalizando, evitando ou exigindo reparação de eventuais lesões perpetradas sobre os direitos da sociedade.

8.2.6.5 Objeto

Este remédio está ancorado na noção de lesividade, seja efetiva ou presumida, prevista no art. 4.º da Lei 4.717/1965. Assim, desde que haja lesão a qualquer

desses valores, pode-se pleitear a invalidação de atos ou contratos administrativos.

Existe discussão doutrinária a respeito do objeto da ação popular. Enquanto alguns doutrinadores sustentam a necessidade de ilegalidade, ilicitude ou ilegitimidade aliada à lesividade, para cabimento da ação popular,[50] outra posição sustenta o cabimento de ação popular com a ocorrência da lesividade (real ou presumida), independentemente de ilegalidade, ilegitimidade ou ilicitude, vez que a atuação lesiva aos direitos da sociedade, por si, implica vício do ato ou contrato.[51]

Esta última posição está em consonância com interpretação literal do art. 5.º, LXXIII, da CRFB/1988 e art. 1.º da Lei 4.717/1965, de que a ação popular pode ser impetrada para evitar (**preventiva**) ou reparar (**repressiva**) **lesão** à ordem pública, ao patrimônio público, histórico e cultural ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente.

Nossa posição é a de que, havendo alternativamente a ilegalidade, ilicitude, ilegitimidade **ou** lesão, é possível a propositura de ação popular.

O Supremo Tribunal Federal entende que, "na maioria das vezes, a lesividade ao erário público decorre da própria ilegalidade do ato praticado".[52]

E mais, o art. 5.º, LXXIII, "abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico".[53]

Por fim, cumpre dizer que **não é cabível** ação popular para anular **lei em tese**, nem **ato de conteúdo jurisdicional**,[54] assim como não pode ser utilizada como **substituta de ação direta de inconstitucionalidade** ou **para proteger interesses privados, particulares ou individuais**.

8.2.6.6 Partes

8.2.6.6.1 Legitimidade ativa

Originariamente, em 1824, a ação popular poderia ser proposta por qualquer pessoa do povo. Essa ideia mudou.

Atualmente, qualquer cidadão, ou seja, aquele que está no gozo de seus direitos políticos, é parte legítima para promover ação popular. Assim, a petição inicial deve ser instruída com o título de eleitor ou outro título equivalente,[55] *e.g.*, comprovantes de votação ou certidão da Justiça Eleitoral.

O que importa é estar no gozo dos **direitos políticos ativos** (direito de votar), independe de ser brasileiro naturalizado ou ter menos de 18 anos, ou, ainda, português equiparado que tenha seus direitos políticos assegurados (neste último caso, a exordial deve vir acompanhada de certificado de equiparação e gozo dos direitos civis e políticos).

Por se tratar de direito eminentemente político, o menor entre 16 e 18 anos, se possuir direitos políticos, não precisa ser assistido.[56]

Estão excluídos da legitimidade os conscritos,[57] estrangeiros (salvo português equiparado munido de capacidade eleitoral ativa), pessoas que perderam ou tiveram suspensos seus direitos políticos (art. 15), pessoa jurídica (Súmula 365 do STF) e assim por diante, por faltar a condição de cidadania. Para aferição da legitimidade, pouco importa a cidadania passiva, ou seja, o direito de ser eleito.

O cidadão pode propor esta ação independentemente de seu domicílio eleitoral, ou seja, é irrelevante se o título de eleitor está registrado na comarca da qual pertença o litígio.

O autor popular não precisa pagar custas processuais e ônus de sucumbência (honorários advocatícios e custas processuais em caso de perda do processo), salvo se houver má-fé; nesse caso, o sucumbente deverá pagar dez vezes o valor das custas, como previsto no art. 13 da Lei 4.717/1965.

Cabe observar que a isenção de custas e ônus de sucumbência é uma previsão constitucional (art. 5.º, LXXIII); por isso, o art. 10 da Lei 4.717/1965 deve ser entendido como não recepcionado.

8.2.6.6.2 Legitimidade passiva

Forma-se um **litisconsórcio passivo necessário simples** na ação popular.

Nesse sentido, a ação deverá ser proposta contra:

a) pessoas jurídicas públicas ou privadas;
b) autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, houverem dado ensejo à lesão;
c) os beneficiários diretos do ato.

A pessoa jurídica de direito público, ao ser citada, pode contestar o pedido,

deixar de contestar ou encampar o pedido atuando ao lado da parte autora. Esta última constitui hipótese de **translatividade de polo**.

A translatividade de polo é o instituto que permite que a pessoa jurídica, citada como ré, mude sua posição processual e passe a atuar ao lado do autor (art. 6.º, § 3.º, da Lei 4.717/1965). Este instituto faz com que doutrinadores afirmem que a pessoa jurídica possui **legitimação bifronte.**

Além da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, podem ser anulados atos ou contratos celebrados por outras entidades.

Por isso, podem ser consideradas pessoas jurídicas para fins de legitimidade passiva em ação popular entidades autárquicas, sociedades de economia mista, sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, empresas públicas, serviços sociais autônomos, instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com **mais** de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios e quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos (art. 1.º, *caput*, da Lei 4.717/1965).

Tratando-se de instituições ou fundações, para cuja criação ou custeio o tesouro público concorra com **menos** de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, bem como de pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas, as consequências patrimoniais da invalidez dos atos lesivos terão por limite a repercussão deles sobre a contribuição dos cofres públicos (art. 1.º, § 2.º, da Lei 4.717/1965).

Quanto aos beneficiários, é bom lembrar que, se não houver beneficiários diretos do ato lesivo, **ou se eles forem indeterminados ou desconhecidos, obviamente**, não figurarão no polo passivo (art. 6.º, § 1.º, da Lei 4.717/1965).

8.2.6.7 Atuação do Ministério Público na ação popular

O **Ministério Público**, enquanto instituição, não possui legitimidade para ajuizamento de ação popular; porém, como **parte pública autônoma**, é incumbido de atuar como *custos legis*.

Contudo, se o autor-cidadão **desistir da ação, perder ou tiver suspenso seus direitos políticos**, fica assegurado ao Ministério Público ou a qualquer outro cidadão a possibilidade de prosseguir na demanda[58] na qualidade de autor popular. Entretanto, se essa situação ocorrer em grau de recurso, é aplicável a

perpetuatio jurisdicionis, e não há alteração do polo ativo.[59]

Ademais, se o autor não promover a execução da sentença favorável, o Ministério Público deve assumir a titularidade sob pena de **falta grave**.[60] Pode, ainda, recorrer da decisão proferida **contra** o autor popular.[61]

Dessa forma, apesar de o órgão fiscalizador não poder promover a ação estudada, ele poderá, excepcionalmente, ser autor (parte na demanda), e sempre será *custos legis* (parte no processo).[62]

8.2.6.8 Competência

Por ser instrumento de democracia, toda autoridade será julgada em primeira instância (federal ou estadual), podendo ser interpostos todos os recursos cabíveis no ordenamento jurídico pátrio.

As únicas exceções são as hipóteses previstas no art. 102, I, *f* e *n*, da CRFB, de acordo com orientação jurisprudencial.

Esquematizando a competência:

Competência	Se o ato impugnado...
Supremo Tribunal Federal	envolver 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;
Supremo Tribunal Federal	interessar, direta ou indiretamente, a todos os membros da magistratura, ou as ações em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
Justiça federal da seção judiciária em que se consumou o ato ou fato ou onde esteja situada a coisa.	foi praticado por autoridades, funcionários ou administradores de órgãos da União e de suas entidades, ou entidades por ela subvencionadas;
Justiça estadual que a organização judiciária do Estado indicar.	foi produzido por órgão, repartição, serviço ou entidade de estado-membro ou Município, ou entidades por eles subvencionadas.

No tocante à competência da Justiça federal, cabe lembrar que não se inclui em sua esfera de competência as causas envolvendo o **SEBRAE**, pois este não se enquadra no conceito de autarquia, devendo ser criado por lei específica (art.

37, XIX). Assim, o SEBRAE possui natureza de sociedade civil, sendo pessoa jurídica de direito privado, que não foi transformada pela Lei 4.717/1965 (art. 20, *c*) em autarquia.[63] Sendo assim, a competência é da Justiça estadual.[64]

A propositura de uma ação popular prevenirá o juízo para todas as ações que possuírem as mesmas partes sob o mesmo fundamento (art. 5.º, § 3.º, da Lei 4.717/1965).

É bom observar que, quando o pleito interessar simultaneamente à União e a qualquer outra pessoa ou entidade, será competente a Justiça federal, se houver. Quando interessar simultaneamente ao Estado e ao Município, será competente o juiz das causas do Estado, se houver (art. 5.º, § 2.º, da Lei 4.717/1965).

A ação popular segue o quadro anterior mesmo para as autoridades que possuem foro por prerrogativa de função; em outros termos, processos contra Deputados Federais, Senadores, Presidente da República, por exemplo, serão propostos na primeira instância.[65]

8.2.6.9 Particularidades procedimentais

O procedimento da ação popular é comum ordinário, com as peculiaridades trazidas pela Lei 4.717/1965, dentre as quais destacamos a seguir as principais.

É possível que o autor da ação solicite certidões ou informações para que se torne possível o ajuizamento da ação, devendo indicar a finalidade da solicitação (art. 1.º, § 4.º). Nessa hipótese, o pedido deve ser executado em até 15 dias, e os documentos e informações só terão validade para fins de ajuizamento de ação popular (art. 1.º, § 5.º). O descumprimento do prazo traduz em desobediência do administrador (art. 8.º). Sendo negadas as informações e documentos, a ação poderá ser intentada independentemente deles.

É possível a concessão de liminar (art. 5.º, § 4.º).

A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado cujo ato tenha sido impugnado pode deixar de apresentar contestação. Nesse caso, atuará ao lado do autor popular (o que se chama translatividade de polo). Ademais, qualquer cidadão poderá habilitar-se como litisconsorte ou assistente.

A sentença deve ser proferida em até 15 dias da conclusão dos autos ao juiz, depois de realizada a audiência. Do contrário, o juiz ficará fora da lista de merecimento por dois anos e perderá tantos dias, na lista de antiguidade, quantos forem os do atraso no julgamento final.

O Ministério Público só pode assumir a ação no caso de desistência do autor popular, e desde que seja do interesse público.

Uma vez julgada procedente a ação, se sua execução não for providenciada dentro do prazo de 60 dias daquele julgamento, o Ministério Público deverá fazêlo, sob pena de falta grave, em 30 dias (art. 16).

A sentença de improcedência e carência se submete ao reexame necessário, apresentando duplo grau de jurisdição obrigatório.

8.2.6.10 Natureza da decisão

Edson Aguiar Vasconcelos[66] entende que a natureza da decisão é desconstitutivo-condenatória, visando tanto à anulação do ato impugnado quanto à condenação dos responsáveis e beneficiários em perdas e danos.

8.2.6.11 Sentença

As consequências da procedência da ação são:[67]

1. invalidade do ato impugnado;
2. condenação dos responsáveis e beneficiários em perdas e danos;
3. condenação dos réus nas custas e despesas com a ação, bem como honorários advocatícios;
4. produção de efeitos de coisa julgada *erga omnes*.

8.2.6.12 Coisa julgada

Na ação popular, o autor não é o único titular do interesse que defende em juízo; ao revés, esse interesse é comum a todos os demais cidadãos e eleitores. Assim, a coisa julgada não pode seguir parâmetros do direito processual comum.

Desta sorte, na mesma sintonia do que foi explanado, o art. 18 prevê a sentença, seja de procedência ou improcedência, e terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido julgada improcedente por insuficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra nova ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

8.2.6.13 Custas e ônus da sucumbência

Havendo improcedência da ação, seja por insuficiência de provas, seja por ser infundada, ficará o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e ônus da sucumbência. A *ratio* desta disposição é não inibir o cidadão de propor a demanda, mas, em contrapartida, evitar a utilização deste remédio com objetivos político-partidários de desmoralização dos adversários políticos.

A primeira turma do STF entendeu que o autor de medida cautelar preparatória de ação popular que ainda será proposta também poderá contar com a isenção do ônus da sucumbência, quando perder a causa, mesmo que essa futura demanda sequer venha a ser proposta.[68]

8.2.7 Ação civil pública

8.2.7.1 Introdução

Assim como a maioria das ações coletivas brasileiras, a ação civil pública tem berço nas *class actions* norte-americanas, inspirando-se na Regra 23 (Rule 23) da Legislação Federal Processual Civil daquele país. Por óbvio, muito há de diferente, porém o espírito adotado pelo direito brasileiro se extrai daquelas normas anteriores à grande reforma ocorrida em 1966.[69]

Em solo brasileiro, a ação civil pública firmou-se como uma ação de índole constitucional destinada a tutelar as violações de massa.

Esta ação é regulamentada pela Lei 7.347/1985 (LACP) e pelo Título III da Lei 8.078/1990 (CDC).

Didaticamente, podemos dividir da seguinte forma:

- A maior parte da Lei 7.347/1985 (LACP) tutela interesses difusos e coletivos;[70]
- Os arts. 91 a 100 do CDC tutelam interesses individuais homogêneos;
- Os arts. 81 ao 90 e 103 e 104 do CDC tutelam os três interesses elencados.

Observe que o art. 19 da LACP prescreve: “Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, **naquilo em que não contrarie suas disposições**” (destaque pessoal). Extrai-se desta regra que os princípios que regem o processo individual não são adequados para resolver lides coletivas.[71]

O princípio matriz do processo coletivo, por exemplo, que é o inquisitivo, não é a regra utilizada pelo CPC (art. 2.º). Assim, basta a provocação inicial. Após, mesmo sem ser provocado, o magistrado poderá atuar. As tutelas de urgência, por exemplo, podem ser adotadas de ofício, por envolver questão de grande repercussão e, em muitos casos, de direitos indisponíveis para a sociedade.[72]

Como observa Carolina Romano Brocco,[73] nas ações individuais, a atuação do magistrado é mais limitada do que nas ações coletivas, pois, neste, aplica-se o que no direito norte-americano é conhecido como *defining function*, isto é, o magistrado pode controlar o litígio, estabelecendo desmembramento de processo, flexibilizar a interpretação do pedido e assim por diante.

Somente à guisa de entendimento, nas demandas coletivas existe uma atenuação da teoria da substanciação, podendo a narrativa dos fatos ser menos detalhada.[74]

8.2.7.2 Diferenciando mandado de segurança coletivo, ação popular e ação civil pública

A Constituição prevê três ações para tutelar direitos de toda a coletividade, conhecidos como direitos metaindividuais, transindividuais ou coletivos *lato sensu*.

As três ações são: mandado de segurança coletivo, ação popular e ação civil pública.

Dizemos “três” porque o mandado de injunção coletivo é criação jurisprudencial e tem objeto muito específico: não regulamentação de direito subjetivo constitucional.

Contudo, ao se deparar com alguma questão de prova, é possível que essas três ações causem algum tipo de confusão, por isso é importante analisar como identificar a melhor ação a propor.

Para melhor entendimento, é necessário identificar as diferenças entre as três espécies de direitos metaindividuais ou coletivos *lato sensu* ou transindividuais: direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Esses direitos estão conceituados no art. 81, parágrafo único, da Lei 8.078/1990, *in litteris*:

> “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."

Acreditamos que o quadro esquematizado simplifica a questão:

Direitos	Difusos	Coletivos	Individuais Homogêneos
Pessoas	Indeterminadas	Determinadas ou determináveis	Determinadas ou determináveis
Direito	Indivisível	Indivisível	Divisível
Vínculo	De fato	Jurídico	De fato

Aliado a esse quadro, cumpre, didaticamente, estabelecer diferenças estratégicas entre as três ações:

	Ação Popular	Ação Civil Pública	MS Coletivo
Na CR	Art. 5.º, LXXIII	Art. 129, III	Art. 5.º, LXX
Na Lei	Lei 4.717/1965	Lei 7.347/1985	Lei 12.016/2009
Legitimidade	Cidadão	MP, DP, AP direta e indireta, associação constituída há mais de um ano (art. 5.º da Lei 7.347/1985)	Partido político c/representação no CN; organização sindical, entidade de classe e associação constituída há mais de um ano (art. 21 da Lei 12.016/2009)

Objeto	Direitos difusos	Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos	Direitos coletivos e individuais homogêneos
Competência	Local do ato (art. 5.º da Lei 4.717/1965)	Local do dano (art. 2.º da Lei 7.347/1985)	Local do dano
Prerrogativa	Não obedece a regras de prerrogativa de função	Obedece a regras de prerrogativa de função	Obedece a regras de prerrogativa de função
Procedimento	Ordinário	Especial	Sumário especial
Custas	É gratuito, salvo má-fé (art. 5.º, LXXIII, da CR)	É gratuito, salvo máfé (art. 18 da Lei 7.347/1985)	Há custas

O objeto da ação seria um fator fundamental para diferenciá-las, pois a ação popular só cabe para tutelar direitos difusos, e o mandado de segurança coletivo cabe para proteção dos direitos coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos (art. 21, parágrafo único, da Lei 12.016/2009).

Assim, para diferenciar as duas ações referidas, basta analisar se os lesados com o ato que se pretende impugnar são identificáveis. Se sim, será mandado de segurança coletivo (MSC), se não, ação popular (AP).

A ação civil pública (ACP) pode ser proposta para tutelar quaisquer dos direitos analisados, porém é fácil diferenciar esta ação da ação popular, posto terem legitimados totalmente distintos.

Quanto ao mandado de segurança coletivo, é possível que associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano impetre as duas ações (ACP e MSC). Contudo, se houver direito líquido e certo, será mandado de segurança coletivo; caso tenha que realizar discussão de provas, será ação civil pública.

Porém, apesar de a ação civil pública tutelar todos os direitos supraindividuais, existe uma exceção. Os direitos previstos no art. 1.º, parágrafo único, da LACP,[75] não podem ser objeto de ACP, quais sejam: "(…) para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados".

8.2.7.3 Ação civil pública e políticas públicas

Com maestria, Marcelo Abelha Rodrigues[76] discorre sobre o tema constatando que, frequentemente, a ação civil pública tem sido um importante instrumento para realização das políticas públicas, impondo realização de condutas e ressarcimento de prejuízos causados pela má execução dessas políticas.

Discorre que "tem-se na doutrina e jurisprudência brasileira que é legítima a intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas quando configurada hipótese de injustificável inércia ou de abuso governamental para proteção desse mínimo necessário à proteção da dignidade da coletividade".[77]

O debate sobre o tema sempre desperta discussões, tendo o Poder Judiciário se posicionado, de forma quase uníssona, pela possibilidade de atuar impondo ao Poder Público condutas condizentes com os preceitos constitucionais e legais.

Outro ponto relevante é saber se o Poder Judiciário poderia escolher a política pública mais adequada para cada caso.

A teoria reticente a esta possibilidade alega quatros pontos principais: a) separação dos poderes; b) falta de legitimidade do Poder Judiciário, que não é um órgão majoritário, eleito para tanto; c) a possibilidade desses atos investiria o órgão judicante de poderes que o elevariam ao *status* de um superpoder; d) quebra da imparcialidade do julgador, eis que o jogo político é incompatível com posições neutras e imparciais[78].

Contudo, não é a esta posição que nos aliamos, nem à posição que o Judiciário parece seguir. A eleição não é um "cheque em branco" para o parlamentar e o executivo, devendo o magistrado praticar atos que mantenham íntegros os preceitos constitucionais[79].

O inesquecível Ruy Barbosa[80] ensinava que "uma questão pode ser distintamente política, altamente política, segundo alguns, até puramente política fora dos domínios da justiça, e, contudo, em revestindo a forma de pleito, estar na competência dos tribunais, desde que o ato, executivo ou legislativo, contra o qual se demanda, fira a Constituição, lesando ou negando um direito nela consagrado".

O STJ, nos mesmos moldes explicitados, tem julgados no sentido de admitir controle de políticas públicas, fixando que a determinação judicial quanto ao

cumprimento de políticas públicas não encerra suposta ingerência do Judiciário na esfera da administração, pois "não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente".[81]

8.2.7.4 Legitimidade

O rol de legitimados para propositura desta demanda está no art. 5.º da Lei 7.347/1985:

a) **Ministério Público;**

É bom alertar que o Ministério Público tem ampla legitimidade para promover ACP que busque a tutela de direitos difusos e coletivos *strictu sensu*.[82] Contudo, quanto aos direitos individuais homogêneos, o Ministério Público só poderá atuar quando a situação a ser tutelada for de interesse indisponível ou de grande repercussão social,[83] como contratos de financiamento firmados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), reajuste de planos de saúde ou de mensalidades escolares (Súmula 643 do STF).

O STF, respaldado no art. 5.º, § 5.º, da Lei 7.347/1985 (introduzido na LACP pelo art. 113 do Código de Defesa do Consumidor), passou a admitir litisconsórcio ativo facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e dos direitos do consumidor.[84]

b) **Defensoria Pública;**

Apesar de este órgão atuar em ACP há tempos,[85] pela previsão contida no art. 82, III, do CDC, LC 80/1994, a legitimidade da Defensoria Pública foi incluída na LACP pela Lei 11.448/2007.

Existe discussão sobre a possibilidade de a Defensoria Pública, órgão que tutela interesse dos hipossuficientes econômicos, atuar na defesa de interesses difusos, uma vez que, por serem pessoas indeterminadas, poderia exorbitar sua esfera de atuação e albergar direitos de pessoas que possuem condições de pagar causídicos.

Há acórdão proferido pelo TJ/RS[86] entendendo ser ilegítima a Defensoria Pública para promover ACP na defesa de interesses difusos imprecisos e abstratos. No entanto, o art. 4.º, VII, da LC 80/1994 (alterado pela LC 132/2009) confere legitimidade à Defensoria Pública para tutelar direitos difusos, assim

como algumas Constituições estaduais, que preveem expressamente a legitimidade desse órgão, como o art. 179, § 2.º, V, e, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que concede legitimidade à Defensoria Pública para patrocinar "ação civil pública em favor das associações necessitadas que incluam entre suas finalidades estatutárias a proteção ao meio ambiente e a de outros interesses difusos e **coletivos**".

Este imbróglio parece estar perto do fim, na medida em que a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, em 16.08.2007, promoveu Ação Direta de Inconstitucionalidade, com objetivo de aniquilar o inc. II do art. 5.º da Lei 7.347/1985, alterado pela Lei 11.448/2007, justamente o dispositivo que autoriza a Defensoria Pública a propor ação civil pública.

Um dos argumentos do CONAMP é exatamente a ilegitimidade da Defensoria Pública para proteger direitos difusos, *in verbis*: "A Defensoria Pública foi criada para atender, gratuitamente, aos necessitados, aqueles que possuem recursos insuficientes para se defender judicialmente ou que precisam de orientação jurídica. Assim, a Defensoria Pública pode, somente, atender aos necessitados que comprovarem, individualmente, carência financeira. Portanto, aqueles que são atendidos pela Defensoria Pública devem ser, pelo menos, individualizáveis, identificáveis, para que se saiba, realmente, que a pessoa atendida pela Instituição não possui recursos suficientes para o ingresso em Juízo. Por isso, não há possibilidade alguma de a Defensoria Pública atuar na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, como possuidora de legitimação extraordinária" (fl. 6 dos autos – ADI 3.943).

Com todas as vênias, acreditamos na legitimidade da Defensoria Pública para tutelar todos os direitos supraindividuais, por alguns motivos:

1. A lei não restringe a legitimidade da Defensoria. Pelas regras de hermenêutica, medidas restritivas devem ser interpretadas restritivamente, não cabe ao intérprete tolher direitos quando a norma não faz.
2. Se, dentre os direitos difusos, por um lado há pessoas abastadas economicamente, por outro há pessoas sem recursos financeiros, que deveriam ser tuteladas pela Defensoria Pública. Impedir esse órgão de promover demandas somente porque terá outras pessoas se beneficiando é negar o acesso ao Judiciário a uma parcela da população que tem o direito constitucional de pedir socorro a este

importante e fundamental órgão de materialização dos direitos fundamentais.

c) **União, Estados, Distrito Federal e Municípios**;

d) **Autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;**

e) **Associação** que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

Atenção! O art. 5.º, § 4.º, da LACP dispõe que "o requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido".

f) **Sindicatos;**

g) **Partidos políticos.**

Apesar de o art. 5.º da Lei 7.347/1985 e o art. 82 do CDC não elencarem sindicatos e partidos políticos como legitimados, a legitimidade dos primeiros se justifica pela previsão contida no art. 8.º, III, da CR; já os partidos políticos possuem legitimidade em razão da natureza associativa que ostentam.

É bom avisar que é "facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas, nos termos deste artigo, habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes" (art. 5.º, § 2.º, da Lei 7.347/1985).

E mais, em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa (art. 5.º, § 3.º, da LACP).

Apesar de os EUA terem servido de inspiração para o sistema pátrio, no Brasil não se repete a regra da legitimidade. Enquanto no sistema norte-americano qualquer pessoa pode mover *class action*, o art. 6.º da Lei brasileira somente possibilita que qualquer pessoa (e obriga que o servidor público)

provoque a iniciativa do Ministério Público, concedendo informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e demonstrando os elementos de convicção.

Contudo, a doutrina[87] entende que, nos casos em que a ACP tenha objetivo coincidente com a demanda popular, será possível que o cidadão ingresse em condição semelhante a "assistente litisconsorcial", muito embora o termo não seja de todo apropriado, pois o cidadão não poderia promover ACP.

Caso os juízes e tribunais, no exercício de suas funções, tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.

Por óbvio, os legitimados atuam a título extraordinário, uma vez que litigam em nome próprio, mas em benefício de direito alheio.

Além da natureza da legitimidade, a doutrina costuma dar outra classificação, normalmente designada como *concorrente e disjuntiva*. Concorrente porque existem vários legitimados, e disjuntiva porque cada legitimado pode promover a demanda coletiva individualmente, não sendo necessária a anuência dos demais.

8.2.7.5 Procedimento

8.2.7.5.1 Inquérito civil

Antes da propositura da ACP é possível que o Ministério Público instaure, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisite, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a dez dias úteis.

São características do inquérito civil:

a) **Exclusividade** – é procedimento exclusivo do *Parquet*, que possui competência para propor ACP correspondente, não podendo outro legitimado instaurá-la.
b) **Instrumentalidade** – constitui instrumento de convicção para propositura de ACP. O STJ já entendeu que o inquérito civil, como peça informativa, pode embasar a propositura de ação civil pública contra agente político, sem a necessidade de abertura de procedimento administrativo prévio.[88]
c) **Publicidade** – deve ser respeitado o art. 37, *caput*, da CRFB, sendo

procedimento público.

d) **Solenidade** – deve obedecer às regras legais para sua instauração e procedimento.

e) **Dispensabilidade** – o MP pode ou não instaurá-lo, a depender das provas que o órgão já dispõe para propor a ACP.

f) **Participatividade** – é um procedimento que admite participação, como previsto no art. 8.º da LACP.

Como já se pode perceber, a intenção do inquérito civil é colher provas para propositura da ACP, mas nada impede que as provas colhidas durante o inquérito civil sejam utilizadas no processo penal.[89] Ao contrário do que se pode presumir, não é cabível *habeas corpus* para questionar questões relacionadas neste tipo de inquérito.[90]

À semelhança do que ocorre no inquérito penal, no inquérito civil não se aplicam as garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa, pois possui natureza administrativa e pré-processual.[91]

Sobre o inquérito civil e a requisição de documentos, o art. 8.º, § 2.º, da LACP admite que o órgão detentor dos documentos não conceda certidão ou informação, quando a lei impuser sigilo, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los.

Caso o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, entenda que é o caso de promover a ação civil pública, o fará; ao revés, caso se convença da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente. Neste caso, os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de três dias, ao Conselho Superior do Ministério Público.

Até que, em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação (art. 9.º, § 2.º, da LACP).

Como afirmado, a promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu Regimento. Caso o Conselho Superior deixe de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o

ajuizamento da ação.

Por fim, é bom avisar que o inquérito civil não tem prazo para sua conclusão.[92]

8.2.7.5.2 Processo

a) **Propositura – competência**

De qualquer forma, a ação civil pública será proposta no foro do local onde ocorrer o dano.

Quando for ACP para tutelar direitos difusos, é possível que seja promovida em todo território nacional, uma vez que são pessoas indeterminadas.

Porém, não se pode ignorar o art. 93 do CDC, que esclarece que, "ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

> I – no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;
>
> II – no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente".

Como preceitua o art. 2.º da LACP, esta é uma competência funcional, logo, absoluta.

A litispendência em ações coletivas leva em conta legitimados passivos, causa de pedir e pedido. Por se tratar de legitimidade extraordinária, os legitimados ativos atuam em nome da sociedade, logo, estes não são considerados para análise de configuração de litispendência.

A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.

Havendo conexão entre duas demandas coletivas, é necessário, inicialmente, analisar se pertencem à mesma comarca ou não. Caso pertençam à mesma comarca, aplica-se a regra do art. 2.º, parágrafo único, da Lei 7.347/1985, c/c o art. 105 do CPC, isto é, a conexão será constatada quando houver o mesmo objeto ou, ao menos, a mesma causa de pedir. Sendo assim, é necessário que haja reunião de processos, a fim de que sejam decididas simultaneamente.

Como já afirmado, a ação que foi proposta primeiro prevenirá o juízo e atrairá a outra demanda. Curioso é que, mesmo sendo competência absoluta, haverá o deslocamento de competência (art. 2.º, *caput* e seu parágrafo único), prática que não é usual.

Se as comarcas onde tramitam as demandas forem diversas, não haverá a reunião dos processos, pois a regra do art. 16 da LACP limita a decisão a determinada localidade, não havendo, *em princípio*, risco de decisões colidentes.

Reconhecida a continência, devem ser reunidas na Justiça Federal as ações civis públicas propostas nesta e na Justiça estadual (Súmula 489 do STJ).

b) **Inicial**

O art. 8.º da LACP possibilita que, para instruir a inicial, o interessado requeira às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 dias.

Já o art. 10 da mesma norma imputa crime, punido com pena de reclusão de um a três anos, mais multa de dez a mil Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.

É possível a desistência da ACP a qualquer tempo,[93] pois a legitimidade é extensa e facultativa, e a desistência de uma ação não impede posterior propositura por outro legitimado. Entretanto, o pedido de desistência tem que ser fundamentado, pois os direitos são alheios, logo, não é crível que se possa simplesmente requerer a extinção do feito sem especificar o motivo.

c) **Liminar**

É perfeitamente cabível liminar em ação civil pública. Marcelo Abelha Rodrigues[94] apresenta três possibilidades de tutela de urgência:

A tutela antecipada (art. 12 da LACP) poderá ser concedida pelo magistrado no curso do processo, desde que haja *fumus boni juris* (verossimilhança da alegação) e *periculum in mora* (risco de dano irreparável ou de difícil reparação com a demora da prestação jurisdicional). É bom alertar que o art. 273 do CPC só é aplicado subsidiariamente e, mesmo assim, sempre para beneficiar, nunca para prejudicar. Por isso, pode ser aplicado o art. 273, §§ 6.º e 7.º, mas nunca o § 2.º e as exigências do *caput*.

Já a tutela cautelar poderá ser concedida antes do processo (de forma autônoma) ou incidentalmente na própria ACP (art. 273, § 7.º, do CPC).

A tutela cautelar satisfativa nada mais é do que uma ACP sumária, como prevê o art. 4.º da LACP.

Como já demonstrado, é possível a aplicabilidade do princípio da fungibilidade na liminar (entre tutela antecipada e medida cautelar).

Na decisão liminar, assim como na maioria das ações, caberá agravo. Em grau de recurso de decisão liminar, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada.

Como a decisão que concederá efeito suspensivo é monocrática, caberá agravo para uma das turmas julgadoras no prazo de cinco dias a partir da publicação do ato.

É bom alertar que caso a liminar fixe multa, esta só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.

d) **Dilação probatória**

Na fase de instrução probatória, o magistrado pode se valer do art. 130 do CPC, determinando de ofício a expedição de medidas destinadas à colheita do material probatório, além da possibilidade da inversão do ônus da prova.[95]

Além disso, por se tratar de uma demanda social, que envolve interesse da coletividade, o magistrado não pode ser tão criterioso com o autor, que é um mero impulsionador, que não foi escolhido pela sociedade, e sim pelo legislador em abstrato. Nesse passo, o rigor da forma deve ser atenuado, e a demanda somente deverá ter decisão terminativa prejudicial em último caso, quando não houver meios de aproveitar a lide.[96]

8.2.7.6 Decisão

O objetivo primacial da demanda coletiva é obter a tutela *in natura*, isto é, obrigação de fazer ou não fazer, para que a sociedade obtenha o mesmo bem que teria direito caso não houvesse lesão, restituindo o *status quo*. Por isso,

usualmente, vemos ação civil pública para obtenção de tutela específica ou resultado prático equivalente.

Nesse sentido, o art. 11 da Lei 7.347/1985 dispõe que “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”.

Lógico que nada impede tutela ressarcitória.[97] O art. 3.º da LACP prevê exatamente esta possibilidade quando avisa que o objeto da ACP poderá ser tanto a obrigação de fazer ou não fazer como a condenação em dinheiro.

A forma como ocorrerá a execução pecuniária (do valor da condenação) vai depender do direito tutelado por ACP. Como nos interesses difusos ou coletivos *strictu sensu* os direitos são indivisíveis, o valor da execução será encaminhado ao um fundo de proteção desses direitos (art. 13 da Lei 7.347/1985),[98] que serão geridos por um Conselho Federal ou Estadual, a depender do dano e do Juízo da condenação.

Ainda no tocante a direitos difusos ou coletivos *strictu sensu*, caso a ação tenha sido promovida por entidade associativa, decorridos 60 dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que esta tenha promovido a execução, deverá fazê-la o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados.

Tratando-se dos direitos individuais homogêneos, cada lesado terá que promover uma liquidação de sentença por artigos, que serão objetos de tópico próprio mais adiante neste livro.

Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos (art. 17 da LACP).

Não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais (art. 18 da LACP).

O art. 14 da mesma Lei possibilita ainda que o juiz confira efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte.

8.2.7.7 Coisa julgada

Para proteger a sociedade de possíveis conluios, o legislador achou por bem, no art. 16 da LACP, impedir a autoridade da coisa julgada material sempre que a demanda for julgada improcedente por insuficiência de provas (*secundum eventum probationis*), mesmo se houver apreciado o mérito, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Quanto ao efetivo julgamento do mérito com a autoridade de coisa material, o art. 103 do CDC complementa o art. 16 da LACP para esclarecer que:

a) tratando-se de direitos difusos, os efeitos serão ***erga omnes***;
b) caso a ação busque a tutela de direitos coletivos *strictu sensu* os efeitos serão ***ultra partes***, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe.

O CDC demonstra sensibilidade ao estipular uma importante regra no art. 103, § 3.º, quando autoriza que os efeitos da coisa julgada suprarrelatados "não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente (…), mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução".

Explica-se: imagine que um derramamento de petróleo cause um grande dano ambiental (como comumente visto pelo mundo) e que esse desastre ambiental tenha banhado de petróleo comunidade ribeirinha que vivia da pesca e agora está impedida de ter seu sustento. Como se vê, houve um dano aos direitos difusos (desastre ambiental), que foi objeto de ação civil pública. Sem prejuízo desta ACP, os pescadores da comunidade promoveram ações individuais para obterem lucros cessantes (reparação econômica pelo que deixaram de lucrar).

O que o art. 103, § 3.º, quer dizer é que uma possível improcedência na ACP não prejudica as ações individuais, que continuarão seu rito. No entanto, eventual procedência poderá fazer com que os procedimentos individuais sejam abreviados, sendo possível transportar a coisa julgada coletiva (*transporte in utilibus*), para iniciar de imediato a execução do julgado.

É muito comum na doutrina críticas ao art. 16 da Lei 7.347/1985 na parte que prevê que "a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, **nos limites da competência territorial do órgão prolator**" (destacamos). Ora, se a jurisdição é una e indivisível, como poderá ser limitada? Como pode limitar o objeto de

direitos difusos e coletivos que são indivisíveis? Essa positivação teratológica foi introduzida com o fim de esvaziar a autoridade das decisões em ação civil pública, que tem sido importante instrumento de controle das atrocidades sociais. Bem, claro é que este dispositivo não pode ser aplicado em sua interpretação literal.

Ao tentar estabelecer limitação, esse artigo confunde competência (divisão de trabalho judiciário) com jurisdição (atividade política do Estado com o fim de pacificar conflitos); aquela é limitada, esta não.

Logo, é comum ver em doutrina o entendimento de que esse artigo é de impossível aplicabilidade especificamente na tentativa de limitar territorialmente o exercício da jurisdição.[99]

8.2.7.7.1 Repercussão da coisa julgada na ação civil pública de tutela de interesse individual homogêneo

Uma das questões mais intrincadas nas ações coletivas é quanto aos efeitos da decisão na sentença coletiva de tutela dos interesses individuais homogêneos.

Os interesses individuais homogêneos, como já explicado, são direitos que possuem natureza individual e, como o próprio nome faz crer, versam sobre interesses divisíveis de pessoas determinadas ligadas por um vínculo de fato. No entanto, para garantir o acesso à justiça material, por economia processual, para diminuir as demandas no judiciário abarrotado de processos, dentre outros motivos, o legislador achou por bem tutelar esses direitos dentro do capítulo destinado aos interesses coletivos *lato sensu*.

Porém, em razão da particularidade explanada, a tutela desse direito conta com características próprias desde a inicial (tendo seu pedido genérico e podendo ser incerto) até a liquidação por artigos da sentença coletiva.

De todas as particularidades, a mais intrigante é aquela que se relaciona com a repercussão da coisa julgada, que, por fins didáticos, veremos em três partes: 1 – Extinção do processo sem análise de mérito; 2 – Procedência do pleito; 3 – Improcedência do pedido.

1) Quando ocorre a **extinção do processo sem análise de mérito**, a legislação não traz nenhuma novidade, produzindo a decisão coisa julgada formal, possibilitando propositura de nova demanda coletiva pelos legitimados constantes do rol do art. 5.º da Lei 7.347/1985.

2) No caso de **procedência** do pleito, temos que observar o art. 103, § 3.º, da

Lei 8.078/1990, *in verbis*:

> "Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:
> (...)
> § 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99."

Olhando puramente para esse dispositivo, a questão parece um tanto quanto simples, mas quando realizada interpretação sistemática de todos os dispositivos atinentes ao tema, a questão ganha interessante complexidade.

A começar pelo art. 94 do Código das Relações Consumeristas, que dispõe:

> "Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor."

Dessa forma, deve ser publicado edital para ciência geral, e isso tem grande importância porque a parte que estiver litigando em demanda individual poderá optar por:

a) Escolher se continua a ação individual; b) suspender o julgamento da ação individual. E assim o fazendo poderá: b.1) permanecer inerte; ou b.2) ingressar como assistente litisconsorcial do autor civil.

Dependendo da escolha, a ação coletiva irá influenciar ou não na ação individual.

Determina o art. 104 do Código de Defesa do Consumidor:

> "Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos

> II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.”

Acreditamos que agora as ideias começarão a clarear.

Se o autor individual preferiu permanecer em sua busca pela tutela jurisdicional sozinho, sem requerer a suspensão do feito, não poderá se beneficiar com a sentença de procedência (fenômeno conhecido como *right opt out*). Entretanto, se requerer a suspensão do feito, será beneficiado com a sentença de procedência (*right opt in*), valendo-se do instituto denominado ***transporte in utilibus*** *da coisa julgada coletiva*.

Explica-se: quando a sentença coletiva é procedente, as pessoas que estavam com os pleitos suspensos podem abreviar o rito e transportar a coisa julgada para seus processos individuais, encerrando discussão sobre causa de pedir, sintetizando, *v.g.*, as provas. É pressuposto para utilização do transporte *in utilibus* o requerimento de suspensão do pleito individual dentro de 30 dias a contar da ciência dos autos do ajuizamento da ação coletiva, ou seja, da publicação do edital.

Se, ao revés, optar por manter a ação individual em curso, terá que resolver o processo por seus próprios meios, não podendo aproveitar o transporte *in utilibus* garantido no art. 104 do CDC.

3) Havendo **improcedência** do pleito, há coisa julgada material produzindo eficácia *erga omnes* e impossibilidade de propositura pelos mesmos entes. No entanto, existe questão que merece análise mais contida.

Quando o titular do direito material requer o ingresso na ação civil pública como litisconsorte, estará participando da relação jurídica processual, sendo atingido pela autoridade da coisa julgada. Contudo, aqueles que permaneceram inertes, não intervindo na ação coletiva, não serão atingidos pela decisão prejudicial. Essa é, senão, a melhor dicção do art. 103, § 2.º, da Lei 8.078/1990, *in litteris*:

> “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:
> (...)
> III – erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar

todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

(...)

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual."

Desta sorte, entendemos que a eficácia da decisão de improcedência na ação civil pública que tutela interesses individuais homogêneos é *inter partes* e não *erga omnes*, conforme prescrição legal, uma vez que quem não participou da relação travada no processo não será atingido pela autoridade da decisão.

Em resumo, decisão que analisa o mérito em ação civil pública faz coisa julgada *erga omnes*, havendo algumas ressalvas: em caso de procedência, a decisão não atinge o titular do direito material que não requereu a suspensão do processo do qual é parte dentro de 30 dias; no caso de improcedência, a decisão produz efeitos *erga omnes*, mas não atinge o legitimado que não participou diretamente da relação jurídica processual travada em ação civil pública.

Para finalizar, uma última situação deve ser abordada: o que acontece se decorrido um ano sem habilitação na execução de interessados em número compatível com a gravidade do dano? Bem, neste caso, qualquer dos legitimados poderá promover a execução, que será revertida para o fundo de reconstituição dos bens lesados (art. 100 do CDC).

8.3 TABELA DOS REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

TABELA DOS REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS							
Remédio	Dispositivo	Bem tutelado	Legitimado ativo	Legitimado passivo	Interesse próprio do autor	Rito	
Habeas Corpus	5.º, LXVIII, 647 a 667, CPP	Locomoção art. 5º, XV	Qualquer pessoa	Autoridades, órgãos públicos ou privados	Legitimação ordinária ou extraordinária	Código de Processo Penal	
		Interesse	Pessoas	Autoridade			

Mandado de Segurança Individual	5.º, LXIX, Lei 12.016/2009	individual não amparado por outro remédio constitucional	privadas, P.J. de dir. público ou privado, universalidades	coatora e P.J. de dir. público ou privado	Legitimação ordinária	Lei 12.016/2009
Mandado de Segurança Coletivo	5.º, LXX, Lei 12.016/2009	Interesse coletivo *strictu sensu* e individuais homogêneos	Partido político, org., entidade de classe e associação	Autoridade coatora e P.J. de dir. público ou privado	Legitimação extraordinária	Lei 12.016/2009
Habeas Data	5.º, LXXII, Lei 9.507/1997	Informação de interesse pessoal (art. 5º, XXXIII)	Pessoa física ou jurídica	Órgãos públicos e pessoas privadas detentoras de dados públicos	Legitimação ordinária, personalíssima	Lei 9.507/1997
Mandado de Injunção	5.º, LXXI	Direito constitucional que não possa ser exercido por ausência de regulamentação	Pessoa física ou jurídica	Órgão público, admitindose litisconsórcio com pessoa privada	Legitimação ordinária ou extraordinária (no caso de M.I. coletivo)	Mandado de Segurança Individual (art. 24, p.ú., Lei 8.038/1990)
Ação popular	5.º, LXXIII, Lei 4.717/1965	Direitos difusos ex.: patrimônio público, moralidade administrativa, meio ambiente e pat. hist. cultural	Cidadão	Pessoa estatal, agentes públicos que praticaram o ato e pessoa beneficiária	Legitimação extraordinária,	Ordinário Lei 4.717/1965
Ação Civil Pública	129, III, Lei 7.347/1985 CDC, ECA	Direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos)	Ministério Público, Adm. Públ. direta, indireta e associações	Pessoas físicas, jurídicas, públicas ou privadas	Legitimação extraordinária	Lei 7.347/1985

8.4 EXERCÍCIOS DE FIXAÇÃO

1. **(Defensor Público/AM – Instituto Cidades/2011) A respeito dos remédios constitucionais, marque a alternativa correta:**

   A) Não é cabível o *habeas corpus* sempre que for possível ao interessado utilizar a revisão criminal.

   B) O *habeas data* é instrumento adequado para a proteção do direito de certidão, sempre que o impetrante objetivar que conste na certidão informações relevantes a seu respeito.

   C) A doutrina majoritária sempre criticou duramente a adoção, pelo STF, da teoria concretista-individual, no que tange ao mandado de injunção. Em razão disso, o Pretório Excelso, recentemente, modificou sua jurisprudência, passando a aceitar a teoria não concretista do mandado de injunção.

   D) A ação popular pode ser ajuizada por estrangeiro residente no país, pois os direitos e garantias fundamentais também se aplicam a eles, por força do *caput* do art. 5.º da Constituição Federal.

   E) Conceder-se-á *habeas data* para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

2. **(182.º Magistratura/SP – VUNESP) O *Habeas Data*:**

   A) É da competência originária do Supremo Tribunal Federal, quando impetrado contra ato de Ministro de Estado.

   B) Será concedido para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, ou de membros do Congresso Nacional, constantes dos registros de entidades governamentais.

   C) Será concedido para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

   D) É da competência originária do Superior Tribunal de Justiça, quando impetrado contra ato do Tribunal de Contas da União.

3. **(MP/SC – 2013) Analise o enunciado da questão abaixo e assinale certo ou errado.**

   Nos termos da Lei 12.016/2009, 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. E mais, não se concederá mandado de segurança quando se tratar de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo; e de decisão judicial transitada em julgado.

4. **(Magistratura/SC – 2010) Qualquer cidadão em pleno gozo de seus direitos políticos pode invalidar atos ou contratos administrativos ilegais ou lesivos ao patrimônio da União, Estados ou Municípios. Esta afirmação refere-se a:**

   A) Mandado de segurança.
   B) *Habeas data*.
   C) Ação popular.
   D) Ação de impropriedade administrativa.
   E) Mandado de injunção.

5. **(Magistratura/MA – CESPE/2013) Assinale a opção correta a respeito das ações constitucionais.**

   A) Tal como ocorre no mandado de segurança, há, no procedimento do *habeas data*, o denominado reexame necessário ou recurso de ofício.
   B) Conforme entendimento do STF, não se admite a impetração de *habeas corpus* para o trancamento de ação de improbidade administrativa.
   C) Quando praticados por administradores de empresas públicas e de sociedades de economia mista, os atos de gestão comercial podem ser objeto de mandado de segurança.
   D) Tratando-se de mandado de segurança impetrado contra nomeação de magistrado de competência do presidente da República, o chefe do Poder Executivo não poderá ser considerado, de acordo com o STF, autoridade coatora quando o fundamento da impetração for nulidade ocorrida em fase anterior do procedimento.

6. **(Procurador do Estado/SP – FCC/2012) Assinale a alternativa correta.**

A) Cabe ao Chefe do Poder Executivo dispor, sempre por lei de sua iniciativa, sobre organização e funcionamento da administração pública, quando se tratar de extinção de cargos públicos vagos.

B) Cabe ao Chefe do Poder Executivo dispor, sempre por lei de sua iniciativa, sobre organização e funcionamento da administração pública, quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos.

C) Lei proveniente de iniciativa parlamentar, devidamente sancionada pelo Chefe do Poder Executivo, pode dispor sobre organização e funcionamento da administração pública, quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos.

D) Cabe ao Chefe do Poder Executivo dispor, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da administração pública, quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos.

E) Lei proveniente de iniciativa parlamentar, devidamente sancionada pelo Chefe do Poder Executivo, pode dispor sobre organização e funcionamento da administração pública, quando se tratar de extinção de cargos públicos vagos.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

[1]"I – *Habeas corpus*: cabimento: direito probatório. Não cabe o *habeas corpus* para solver controvérsia de fato dependente da ponderação de provas desencontradas; cabe, entretanto, para aferir a idoneidade jurídica ou não das provas onde se fundou a decisão condenatória" (HC 85.457/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 15.04.2005).

[2]"O Código de Processo Penal, em consonância com o texto constitucional de 1988, prestigia o caráter po-pular do *habeas corpus*, ao admitir a impetração por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem. Assim, não é de se exigir habilitação legal para impetração originária do *writ* ou para interposição do respectivo recurso ordinário. Precedente (HC 73.455). *Habeas corpus* deferido" (HC 86.307/SP, rel. Min. Carlos Britto, *DJ* 26.05.2006).

[3]Súmula 691 do 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".

[4]"Excesso de Prazo e Internação Provisória – Por considerar que a internação provisória extrapolaria, em muito, o prazo assinalado pelo art. 108 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, assumindo a feição de punição antecipada, a Turma superou o Enunciado 691 da Súmula do STF e deferiu *habeas corpus* impetrado em favor de menores, cuja apreensão ocorrera em 23.10.2007 (ECA: 'Art. 108. A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias. Parágrafo único. A decisão deverá ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida'). De início, salientou-se que o feito encontrar-se-ia, ainda, na fase de defesa prévia, e que a demora na prestação jurisdicional não poderia ser imputada à defesa ou à complexidade da causa. Tendo isso em conta, asseverou-se que deveriam ser calibrados, de um lado, os valores constitucionais do exercício do poder-dever de julgar (art. 5.º, XXXV), e, de outro, o direito subjetivo à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5.º, LXXVIII), sobretudo quando em jogo a liberdade de

locomoção daqueles a quem a Constituição assegura o mais amplo acesso aos direitos de prestação positiva e um particular conjunto normativoprotetivo (arts. 227 e 228). Concluiu-se, assim, que de nada valeria a Constituição declarar o direito à razoável duração do processo e, na espécie, o direito à brevidade e excepcionalidade da internação preventiva, se a ele não correspondesse o dever estatal de julgar com presteza. Ordem concedida para garantir aos pacientes o direito de aguardarem, em liberdade assistida, o desfecho das ações em curso na 2.ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Teresina" (HC 94.000/PI, rel. Min. Carlos Britto, j. 17.06.2008).

[5]CRFB/1988: "Art. 139. 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".

[6]ROCHA, José de Moura. *Mandado de segurança*. Rio de Janeiro: AIDE, 1987. p. 26-27.

[7]Alfredo Buzaid discorre que "em Congresso Jurídico de 1922, o Ministro Muniz Barreto propôs que se adotasse no Brasil um remédio semelhante ao amparo mexicano" (*Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1, p. 29).

[8]Art. 113, n. 33: "Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes".

[9]"Art. 5.º, LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:
a) partido político com representação no Congresso Nacional;
b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados."

[10]SIDOU, J. M. Othon. Habeas corpus, *mandado de segurança, mandado de injunção*, habeas data, *ação popular*: as garantias ativas dos direitos coletivos. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 142.

[11]TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional* cit., 2010, p. 911.

[12]"Registre-se que esta Corte, em sucessivas decisões, deixou assinalado que o direito líquido e certo, apto a autorizar o ajuizamento da ação de mandado de segurança, é, tão somente, aquele que concerne a fatos incontroversos, constatáveis, de plano, mediante prova literal inequívoca. (RE 269.464/DF, rel. Min. Celso de Mello) (...) direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, e fato certo é aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documento inequívoco. (*RTJ* 83/130, rel. Min. Soares Muñoz) O mandado de segurança labora em torno de fatos certos e como tais se entendem aqueles cuja existência resulta de prova documental inequívoca... (*RTJ* 83/855, rel. Min. Soares Muñoz) (...) É da essência do processo de mandado de segurança a característica de somente admitir prova literal pré-constituída, ressalvadas as situações excepcionais previstas em lei (Lei n. 1533/51, art. 6.º e seu parágrafo único). (*RTJ* 137/663, rel. p/o Ac. Min. Celso de Mello)" (MS 27.141 MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, *Informativo do STF* 495).

[13]Pelo princípio da identidade física do juiz, o magistrado que preside a audiência de instrução e julgamento fica vinculado a proferir a sentença (art. 132 do CPC).

[14]Súmula 429 do STF: "A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade".

[15]NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações constitucionais*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 133.

[16]Idem, ibidem.

[17]BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 26.

[18]Posição contrária, entendendo que somente autoridade coatora deve compor o polo passivo, cf. MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo*: comentários à Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009. p. 46.

[19]SODRÉ, Eduardo. *Ações constitucionais*. 5. ed. org. Fredie Didier Jr. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 117; NEVES, Daniel Amorim

Assumpção. Op. cit., p. 136.

[20]FUX, Luiz. *Mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 26.

[21]Idem, p. 24.

[22]"Mandado de segurança – Desistência – Possibilidade – Inaplicabilidade do art. 267, § 4.º, do CPC – Re-curso improvido. – É lícito ao impetrante desistir da ação de mandado de segurança, independentemente de aquiescência da autoridade apontada como coatora ou da entidade estatal interessada ou, ainda, quando for o caso, dos litisconsortes passivos necessários, mesmo que já prestadas as informações ou produzido o parecer do Ministério Público. Doutrina. Precedentes" (MS 26.890 AgR/DF, Ag. Reg. no Mandado de Segurança, rel. Min. Celso de Mello, publicado 23.10.2009).

[23]"Embargos de declaração no agravo regimental nos embargos de declaração no agravo regimental no recurso extraordinário. Processual civil. Art. 535 do Código de Processo Civil. Impossibilidade de rediscussão da matéria. Precedentes. Embargos de declaração rejeitados. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido da possibilidade de homologação, a qualquer tempo, de pedido de desistência de mandado de segurança, ainda que tenha sido proferida decisão de mérito" (STF, RE 446.790 AgR-ED-AgR-ED/PR, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 13.10.2009).

[24]STJ, CC 18.888/SP, 1.ª S., rel. Min. Adhemar Maciel, *DJ* 06.04.1998, p. 5.

[25]STJ, CC 108.466/RS, rel. Min. Castro Meira, *DJ* 01.03.2010.

[26]Cf. LOPES, Mauro Luís Rocha. *Comentários à nova Lei do Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 74.

[27]A ADI 4.296/DF, rel. Min. Marco Aurélio Mello, distribuída dia 15.09.2009, busca a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 1.º, § 2.º; 7.º, III e § 2.º; 22, § 2.º; 23 e 25.

[28]"MANDADO DE SEGURANçA. MILITAR. REDUçãO DO VALOR DE AUXÍLIO INVALIDEZ. TRATO SUCESSIVO. OCORRÊNCIA. IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. I – Aplica-se a teoria do trato sucessivo quando o ato

apontado como coator é editado mensalmente. No caso, a redução do valor do auxílio-invalidez ocorre mês a mês com o respectivo pagamento, diferenciando-se, portanto, de ato que suprime determinada vantagem pecuniária. II – Nas hipóteses de atos de trato sucessivo, o prazo decadencial para a impetração de mandado de segurança renova-se mês a mês" (STJ, MS 12.473/DF, Min. Felix Fischer, *DJ* 14.04.2009).

[29]"Trata-se de REsp em que se discute o prazo decadencial para impetração de mandado de segurança (MS) nas hipóteses em que o candidato aprovado em concurso público dentro das vagas previstas no edital não é nomeado no prazo de validade do concurso. A Turma reiterou que, nos casos em que o candidato aprovado em concurso público não foi nomeado, o prazo decadencial de 120 dias para impetrar o MS inicia-se com o término da validade do certame. Assim, não há, na hipótese, violação do art. 23 da Lei n. 12.016/2009, visto que o MS foi impetrado três dias após a expiração da validade do concurso. Quanto à alegação de inexistência de direito líquido e certo de aprovados em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital, consignou-se que o acórdão recorrido possui fundamentação constitucional – violação do art. 1.º da CF/1988 –, que não foi atacada por recurso extraordinário, o que inviabiliza o processamento do recurso especial consoante a Súm. n. 126-STJ. Precedentes citados: AgRg no RMS 21.764-ES, *DJe* 03.11.2009; AgRg no RMS 21.165-MG, *DJe* 08.09.2008; REsp 948.471-SC, *DJ* 20.09.2007; EDcl nos EDcl no REsp 848.739-DF, *DJe* 29.10.2009; AgRg no REsp 630.974-RS, *DJ* 28.03.2005" (REsp 1.200.622-AM, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 19.05.2011).

[30]"A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes" (*Súmula 629*). No mesmo sentido: "Esta Corte firmou o entendimento segundo o qual o sindicato tem legitimidade para atuar como substituto processual na defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais homogêneos da categoria que representa. (...) Quanto à violação ao art. 5.º, LXX e XXI, da Carta Magna, esta Corte firmou entendimento de que é desnecessária a expressa autorização dos sindicalizados para a substituição processual" (RE 555.720-AgR, voto do rel. Min. Gilmar Mendes, j. 30.09.2008, 2.ª T., *DJE* 21.11.2008).

[31]RE 370.834/MT, rel. Min. Marco Aurélio, j. 26.09.2011.

[32]MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança. Ação popular. Ação civil pública. Mandado de injunção. Habeas data*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 169.

[33]"No julgamento do MI 107/DF, rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 21.09.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: I) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, *não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF*; II) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional *constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida*; III) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; IV) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia *erga omnes*, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; V) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado (*omissis*)" (MI 708/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJU* 31.10.2008) (grifo do autor). Nesse mesmo sentido: "... O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida – que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público – constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional (*omissis*)" (MI 20/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJU* 20.11.1996), assim como diversos outros julgados. "Mandado de injunção. Direito de greve dos servidores públicos. Art. 37, VII, da Constituição Federal. Configurada a mora do Congresso Nacional na regulamentação do direito sob enfoque, impõese o parcial deferimento do *writ* para que tal situação seja comunicada ao referido

órgão” (MI 585/TO, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJU* 02.08.2002).

[34]“Mandado de injunção. Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no § 7.º do art. 195 da Constituição Federal. Ocorrência, no caso, em face do disposto no art. 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do art. 195, § 7.º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida” (MI 232/RJ, rel. Min. Moreira Alves, *DJU* 27.03.1992).

[35]MI 708/DF, rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, *DJU* 31.10.2008.

[36]MI 712/PA, rel. Min. Eros Grau, *DJU* 31.10.2008.

[37]MI 670/ES, rel. Min. Maurício Correa, *DJU* 31.10.2008.

[38]Frase extraída da parte final do acórdão proferido no MI 712/PA, rel. Min. Eros Grau, *DJU* 31.10.2008.

[39]MI 721/DF, rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* 27.09.2009.

[40]Nesse sentido: “Direito constitucional e administrativo. Mandado de injunção. Servidora pública. Atividades exercidas em condições de risco ou insalubres. Aposentadoria especial. § 4.º do art. 40 da Constituição Federal. Ausência de lei complementar. Mora legislativa. Regime geral da previdência social. 1. Ante a prolongada mora legislativa, no tocante à edição da lei complementar reclamada pela parte final do § 4.º do art. 40 da Magna Carta, impõese ao caso a aplicação das normas correlatas previstas no art. 57 da Lei n. 8.213/1991, em sede de processo administrativo. 2. Precedente: MI 721, rel. Min. Marco Aurélio. 3. Mandado de injunção deferido nesses termos” (MI 788/DF, rel. Min. Carlos Britto, *DJU* 08.05.2009). “Sendo assim, em face das razões expostas e tendo em vista o caráter alternativo do pleito ora deduzido nesta causa (fls. 06), concedo a ordem injuncional, para, reconhecido o estado de mora legislativa, garantir, ao ora impetrante, o direito de ter o seu pedido administrativo de aposentadoria especial concretamente analisado

pela autoridade administrativa competente, observado, para tanto, além do que dispõe o art. 57 da Lei n. 8.213/1991 (aplicável, por analogia, à situação registrada nesta causa), também a diretriz que esta Corte firmou no julgamento plenário do MI 1.286-ED/DF" (MI 1.967/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJe* 27.05.2011).

[41]"CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL. SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS. DECISÃO QUE CONCEDE A ORDEM PARA DETERMINAR QUE A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA COMPETENTE ANALISE A SITUAÇÃO FÁTICA DO IMPETRANTE À LUZ DO ART. 57 DA LEI 8.213/1991. AGRAVO REGIMENTAL DA UNIÃO. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA E DE INCOMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. A Corte firmou entendimento no sentido de que a competência concorrente para legislar sobre previdência dos servidores públicos não afasta a necessidade da edição de norma regulamentadora de caráter nacional, cuja competência é da União. Por esse motivo, a Corte assentou a legitimidade do Presidente da República para figurar no polo passivo de mandado de injunção sobre esse tema. Precedentes. Agravo regimental desprovido" (AG. REG. no MI 1.898-DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 16.05.2012).

[42]Além de todos os expostos, podem ser dados como referência o MI 758, rel. Min. Marco Aurélio, *DJE* 26.09.2008 e o MI 1.616, rel. Min. Celso de Mello, *DJE* 11.11.2009.

[43]HD 147/DF, rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, j. 28.08.2008.

[44]STF, RE 165.304, rel. Min. Octávio Gallotti, *DJ* 15.12.2000. "*Habeas data*. Ilegitimidade passiva do Banco do Brasil S.A para a revelação, à ex-empregada, do conteúdo da ficha de pessoal, por não se tratar, no caso, de registro de caráter público, nem atuar o impetrado na condição de entidade Governamental (Constituição, art. 5.º, LXXII, *a* e art. 173, § 1.º, texto original)."

[45]Constituição Política do Império do Brasil de 25.03.1824: "Art. 157. Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo

estabelecida na Lei".

[46]Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16.07.1934: "Art. 113, n. 38. Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios".

[47]Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18.09.1946: "Art. 141, § 38. Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista".

[48]Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, com redação alterada pela Emenda Constitucional n. 1, de 17.10.1969: "Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas".

[49]Constituição da República Federativa do Brasil de 05.10.1988: "Art. 5.º, LXXIII. 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".

[50]MARQUES, José Frederico. Ação popular. Ato lesivo ao patrimônio do Estado, sem ser, todavia, nulo ou anulável. Impossibilidade jurídica do pedido. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, n. 181, p. 843, 1949.

[51]VIEIRA, Roberto Atila Amaral. Ação popular. *Revista de Direito Público*, n. 89, p. 458, 1989.

[52]RE 160.381/SP, rel. Min. Marco Aurélio Mello, *DJ* 12.08.1994.

[53]RE 170.768/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 13.08.1999.

[54]AO 672-MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 16.03.2000.

[55]Lei 4.717/1965: "Art. 1.º (...) § 3.º A prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda".

[56]Nesse sentido: SILVA, José Afonso da. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva. v. 3, p. 402; MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 171.

[57]ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 294.

[58]Lei 4.717/1965: “Art. 9.º Se o autor desistir da ação ou der motivo à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7.º, inc. II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação”.

[59]MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional* cit., p. 672.

[60]Lei 4.717/1965: “Art. 16. 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”.

[61]Lei 4.717/1965: “Art. 19, § 2.º Das sentenças e decisões proferidas contra o autor da ação e suscetíveis de recurso, poderá recorrer qualquer cidadão e também o Ministério Público”.

[62]CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. v. 1, p. 151.

[63]BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito constitucional ao alcance de todos* cit., p. 389.

[64]RE 414.375/SC, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 01.12.2006.

[65]“... jamais admitiu a própria competência originária: ao contrário, a incompetência do Tribunal para processar e julgar a ação popular tem sido invariavelmente reafirmada, ainda quando se irrogue a responsabilidade pelo ato questionado a dignitário individual – a exemplo do Presidente da República – ou a membro ou membros de órgão colegiado de qualquer dos poderes do Estado cujos atos, na esfera cível – como sucede no mandado de segurança – ou na esfera penal – como ocorre na ação penal originária ou no *habeas corpus* – estejam sujeitos diretamente à sua jurisdição...” (Pet. (QO) 3.674, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 19.12.2006).

[66]VASCONCELOS, Edson Aguiar. *Instrumento de defesa da cidadania na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 120.

[67]MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 173.

[68]RE 335.428, rel. Min. Dias Toffoli, j. 18.05.2010.

[69]Antes de 1966, a Regra 23 B 1, 2 e 3 separava as *class actions* de acordo com o tipo de interesse tutelado, se difuso, coletivo e individual homogêneo, tal qual realizamos no Brasil.

[70]Obviamente, existem artigos, como o 2.º e o 5.º, que se aplicam a todos os direitos.

[71]RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ações constitucionais*. DIDIER JR., Fredie (org.). 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 343.

[72]Idem, p. 346. No mesmo sentido: FREIRE JR., Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: RT, 2005. p. 101.

[73]BROCCO, Carolina Romano. A ação de improbidade e o microssistema das ações coletivas. In: ABELHA, Marcelo; JORGE, Flávio Cheim. *Direito processual e Administração Pública*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 119-120.

[74]CABRAL, Antonio do Passo. A causa de pedir nas ações coletivas. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique. *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 71.

[75]Lei 7.347/1985, art. 1º: “Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”.

[76]RODRIGUES, Marcelo Abelha. Op. cit., p. 380.

[77]Idem, p. 387.

[78]FREIRE JR., Américo Bedê. Op cit., p. 51-53.

[79]Idem. p. 61.

[80]BARBOSA, Ruy. *O direito do Amazonas ao Acre septentrional*. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Comércio, 1910, apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 291.

[81]STJ, REsp 753.565/MS, rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 28.05.2007.

[82]“Mostra-se consentâneo com a ordem jurídica vir o Ministério Público a ajuizar ação civil pública visando ao tratamento de esgoto a ser jogado em rio. Nesse caso, não cabe cogitar da impossibilidade jurídica do pedido e da extinção do processo sem julgamento do mérito” (RE 254.764, rel. Min. Marco Aurélio, j. 24.08.2010, 1.ª T.,

DJE 21.02.2011).

[83]"O Ministério Público 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, rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.2008, 2.ª T., *DJE* 29.08.2008). No mesmo sentido: AI 516.419-AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 16.11.2010, 2.ª T., *DJE* 30.11.2010. "Legitimidade para a causa. Ativa. Caracterização. Ministério Público. Ação civil pública. Demanda sobre contratos de financiamento firmados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação – SFH. Tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos. Matéria de alto relevo social. Pertinência ao perfil institucional do Ministério Público. Inteligência dos arts. 127 e 129, III e IX, da CF. Precedentes. O Ministério Público tem legitimação para ação civil pública em tutela de interesses individuais homogêneos dotados de alto relevo social, como os de mutuários em contratos de financiamento pelo SFH" (RE 470.135-AgR-ED, rel. Min. Cezar Peluso, j. 22.05.2007, 2.ª T., *DJ* 29.06.2007) e "o Ministério Público é parte legítima para propor ação civil pública voltada a infirmar preço de passagem em transporte coletivo" (RE 379.495, rel. Min. Marco Aurélio, j. 11.10.2005, 1.ª T., *DJ* 20.04.2006). No mesmo sentido: RE 228.177, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.11.2009, 2.ª T., *DJE* 05.03.2010.

[84]"Conflito de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Estadual. Instauração de procedimento administrativo para apurar possíveis irregularidades na produção de copos descartáveis. Relação de consumo. Conflito inexistente. A questão tratada nas representações instauradas contra a autora versa sobre direito do consumidor. O art. 113 do Código de Defesa do Consumidor, ao alterar o art. 5.º, § 5.º, da Lei 7.347/1985, passou a admitir a possibilidade de litisconsorte facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e dos direitos do consumidor. O Ministério Público Federal e o Estadual têm a atribuição de zelar pelos interesses sociais e pela integridade da ordem consumerista, promovendo o inquérito civil e a ação civil pública – inclusive em litisconsórcio ativo facultativo –, razão pela qual não se há reconhecer o suscitado conflito de atribuições" (ACO

1.020, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 08.10.2008, Plenário, *DJE* 20.03.2009).

[85]REsp 181.580/SP, rel. Min. Castro Filho, *DJ* 22.03.2004; REsp 555.111/RJ, rel. Min. Castro Filho, j. 05.09.2006.

[86]"Ação civil pública. Defensoria pública. Ilegitimidade. 1. Não tem a Defensoria Pública legitimidade para propor ação civil pública na defesa de interesses difusos, imprecisos e abstratos. 2. Ao Defensor Público compete a orientação jurídica, judicial e extrajudicial e promover a defesa das pessoas necessitadas, em todos os graus de jurisdição, mas não lhe cabe promover ação em nome próprio na defesa de interesses difusos, imprecisos e abstratos ou pessoas incertas. 3. O art. 201, inc. V, do ECA confere ao Ministério Público, expressa e especificamente, a legitimidade para promover o inquérito civil e ação civil pública para a proteção dos interesses difusos e coletivos relativos à infância e à adolescência. Recurso conhecido e, de ofício foi decretada a extinção do processo sem exame do mérito" (TJRS, ApCiv 70.039.474.531, Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 15.12.2010).

[87]RODRIGUES, Marcelo Abelha. Op. cit., p. 401.

[88]AREsp 113.436-SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 10.04.2012.

[89]"Ministério Público. Oferecimento de denúncia com base em inquérito civil público. Viabilidade. Recurso desprovido. Denúncia oferecida com base em elementos colhidos no bojo de inquérito civil público destinado à apuração de danos ao meio ambiente. Viabilidade. O Ministério Público pode oferecer denúncia independentemente de investigação policial, desde que possua os elementos mínimos de convicção quanto à materialidade e aos indícios de autoria, como no caso (art. 46, § 1.º, do CPP)" (RE 464.893, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 20.05.2008, 2.ª T., *DJE* 1.º.08.2008).

[90]"O *habeas corpus* não é meio hábil para questionar-se aspectos ligados, quer ao inquérito civil público, quer à ação civil pública, porquanto, nesses procedimentos, não se faz em jogo, sequer na via indireta, a liberdade de ir e vir" (HC 90.378, rel. Min. Marco Aurélio, j. 13.10.2009, 1.ª T., *DJE* 06.11.2009).

[91]"(...) as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório não são aplicáveis na fase do inquérito civil, que tem natureza

administrativa, de caráter pré-processual, e somente se destina à colheita de informações para propositura da ação civil pública" (RE 481.955-AgR, voto da rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10.05.2011, 1.ª T., *DJE* 26.05.2011).

[92]"O inquérito civil público tem natureza administrativa e é autônomo em relação ao processo de responsabilidade, do mesmo modo que o processo de apuração de danos ao erário também é autônomo em relação ao processo penal. Não há legislação que fixe um prazo para a conclusão do inquérito civil público, contudo a Res. n. 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público (Conamp), em seu art. 9.º, prevê que o inquérito civil deve ser concluído em um ano, prorrogável pelo mesmo prazo, quantas vezes forem necessárias, por decisão fundamentada de seu presidente. Assim, cabe ao investigado demonstrar que a dilação do prazo causa-lhe prejuízo, do contrário, inexistindo este, não há dano ou nulidade." Precedentes citados: HC 70.501-SE, *DJ* 25.06.2007; MS 10.128-DF, *DJe* 22.02.2010; MS 13.245-DF, *DJe* 31.05.2010; REsp 928.725-DF, *DJe* 05.08.2009; REsp 1.069.723-SP, *DJe* 02.04.2009. AgRg no RMS 25.763-RS, rel. Min. Humberto Martins, j. 02.09.2010.

[93]RODRIGUES, Marcelo Abelha. Op. cit., p. 404.

[94]Idem, p. 419.

[95]STJ, REsp 972.902/RS, rel. Min. Eliana Calmon, j. 25.08.2009.

[96]RODRIGUES, Marcelo Abelha. Op. cit., p. 349.

[97]STJ, REsp 1.181.820/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07.10.2010.

[98]Lei 7.347/1985: "Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. § 1.º Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária. § 2.º Havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1.º desta Lei, a prestação em dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o *caput* e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do

Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente".

[99]SANTOS, Ronaldo Lima dos. Amplitude da coisa julgada nas ações coletivas. *Revista de Processo*, n. 142, São Paulo: RT, dez. 2006, p. 56.

9

NACIONALIDADE

Sumário: 9.1 Conceito – 9.2 Nacionalidade originária e secundária – 9.3 Critérios de aquisição da nacionalidade – 9.4 Polipátridas e apátridas – 9.5 Brasileiro nato (art. 12, I) – 9.6 Brasileiro naturalizado (art. 12, II): 9.6.1 Espécies de naturalização – 9.7 Situação constitucional dos portugueses (quase nacionalidade) – 9.8 Tratamento jurídico do brasileiro nato e do naturalizado: 9.8.1 Extradição (art. 5.º, LI); 9.8.2 Cargos privativos de brasileiro nato (art. 12, § 3.º); 9.8.3 Composição do Conselho da República como cidadão (art. 89, VII); 9.8.4 Propriedade de empresa jornalística (art. 222) – 9.9 Perda da nacionalidade – 9.10 Reaquisição da nacionalidade brasileira – 9.11 Exercícios de fixação.

Apesar de o direito à nacionalidade fazer parte do título inerente aos direitos e garantias fundamentais, por questões didáticas, achou-se conveniente abrir um capítulo para o tema.

9.1 CONCEITO

A palavra “nacionalidade” surgiu no século xVIII, do termo “soberania nacional”, sendo considerado nacional o membro de uma nação. À época, este conceito bastava, eis que o termo “nação” era aclamado durante a revolução francesa e utilizado para designar tudo que dizia respeito ao povo.

Com o avanço do estudo sobre teoria do Estado, ficou claro que povo e nação são conceitos que não se confundem. Nação não se apoia em vínculo jurídico, sendo o termo utilizado para designar determinado grupo de pessoas ligado pela raça, religião, hábitos e costumes. Vemos alguns Estados que possuem duas nações, como, *v.g.*, Canadá, eis que na sua capital a nação fala determinada língua, com costumes e datas comemorativas diferentes das demais regiões

daquele ente Federal. Assim, constata-se que nacionalidade não é sinônimo de nação. Atualmente se entende que o povo é o elemento humano do Estado, sendo estes, na verdade, tidos como nacionais.

Atualmente, a nacionalidade é considerada o vínculo jurídico-político estabelecido entre o indivíduo e determinado Estado.[1]

9.2 NACIONALIDADE ORIGINÁRIA E SECUNDÁRIA

Nacionalidade de origem – ou originária, ou primária, ou nata – ocorre quando o direito à nacionalidade resulta do fato do nascimento. O nascimento concede o direito à pessoa a pleitear sua nacionalidade, mesmo que esta não seja adquirida no mesmo momento.

Nacionalidade secundária, adquirida ou decorrente de naturalização ocorre quando o direito à nacionalidade se adquire depois do nascimento e por ato voluntário. Ao nascer, o nascituro não possui direito à aquisição da nacionalidade. Ao crescer e cumprir determinados requisitos, passa a ter direito a pleitear a nacionalidade.

9.3 CRITÉRIOS DE AQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE

A nacionalidade nata pode ser adquirida, obedecido um dos três critérios a seguir apresentados:

a) **Critério da origem territorial** (***jus soli*** ou ***jus loci***) considera nacional aquele que nascer em território de respectivo Estado (independentemente de onde foi concebido). Corresponde, pois, ao local do nascimento;

De regra, é o critério adotado pelos países do Novo Mundo (Américas e Oceania), isto é, países colonizados que tinham por objetivo fixar os colonos recém-chegados da Ásia e Europa;

b) **Critério da origem sanguínea** (***jus sanguinis***) considera nacional os descendentes de nacionais. Em outros termos, a nacionalidade é aferida pela origem dos ascendentes.

De regra, é adotado pelos países do Velho Mundo (África, Europa e Ásia);

c) **Critério religioso (direito de retorno)** – para entender esse critério, é necessário conhecer o processo histórico que o gerou.

Meses antes do fim do mandato britânico na Palestina, foi editada, pela Assembleia-Geral da ONU, a Resolução 181, em 29.11.1947 (plano de partição da Palestina). Segundo essa resolução, o lado ocidental do Estado Palestino seria dividido em dois Estados, um judeu e outro árabe, ficando as áreas de Jerusalém e Belém sob o controle internacional.

Dentre os 13 votos contrários à medida, estavam os países da Liga Árabe (Egito, Síria, Líbano e Jordânia), que não reconheceram o novo Estado de Israel.

Logo após terminar o mandato britânico na Palestina, aquela região – que já se encontrava em guerra – recebeu a declaração de Independência do Estado de Israel. O ato recebeu imediata reprimenda dos Estados árabes, dando início à primeira guerra árabe-israelense.

Por óbvio, as constantes guerras geraram um êxodo muito grande de judeus (de Israel) e árabes daquela região.

Com o fim de repatriar seu povo, manter hegemonia judaica no território e conceder um lar aos judeus, foi promulgada, em 1950, a Lei do Retorno (5.710). A lei declara ao povo judaico que o Estado de Israel acolherá todos os judeus do mundo que regressarem à antiga pátria.

A lei editada por Israel concede cidadania israelense aos membros da religião judaica (independentemente da filiação ou do local de nascimento) que queiram se estabelecer no Estado. Em complemento a esta regra, a lei de nacionalidade de Israel, de 1952, permite que todo imigrante que pertença à religião judaica requeira a nacionalidade israelense.

Embora à primeira vista possa parecer que se trata do critério *jus sanguinis*, é bom esclarecer que com este não se confunde, pois pessoas não adeptas da religião judaica podem se converter ao judaísmo (o que dará direito à nacionalidade israelense se cumprir o requisito da residência, independentemente dos seus ascendentes); já outras pessoas podem renunciar à religião judaica – o que fará com que não tenham direito à aquisição da nacionalidade.

9.4 POLIPÁTRIDAS E APÁTRIDAS

Como os Estados são absolutamente independentes para estabelecer os

critérios que julgarem convenientes, o entrelaçamento de nacionalidades diversas e o choque entre diversos ordenamentos jurídicos serão inevitáveis, deixando, muitas vezes, pessoas sem nacionalidade (apátridas) ou com mais de uma nacionalidade (polipátridas).

No **conflito negativo**, nenhum dos ordenamentos com os quais o indivíduo teria algum elemento de contato o admite como seu nacional, gerando o apátrida (*heimatlos*, em alemão), não recebendo nenhuma nacionalidade.

Já o **conflito positivo** gera a multinacionalidade, concedendo para um mesmo indivíduo diferentes e concomitantes nacionalidades. A multinacionalidade pode ser originária, quando, desde o nascimento, o indivíduo é contemplado com mais de uma nacionalidade. Pode ser também secundária ou posterior, quando é o próprio indivíduo que exerce o direito de, tendo adquirido a nacionalidade originária, vir a adquirir outra, sem prejuízo daquela inicial.

Na hipótese de dupla nacionalidade, sempre existe uma com que o polipátrida possui um vínculo mais forte. Esta é conhecida como **nacionalidade real e efetiva** (*real and effective nationality*).[2]

9.5 BRASILEIRO NATO (ART. 12, I)

Cumpre esclarecer que a doutrina majoritária entende que o termo “nascido” deve ser interpretado sistematicamente. Desta sorte, os filhos adotados também gozam de nacionalidade, posto que o art. 227, § 6.º, da CF preceitua que os filhos adotados têm os mesmos direitos dos filhos retirados do ventre materno.

Sendo assim, a sentença que concede adoção ou reconhece a paternidade terá efeito *ex tunc*, aplicando a esse filho os mesmos efeitos.

É bom esclarecer que não se adquire a nacionalidade pelo casamento.

a) ***Nascimento no Brasil*** (art. 12, I, *a*)

O art. 12, I, *a*, da CR diz que são natos “os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país”.

No caso, foi adotado o critério *jus soli*, que se deduz da expressão “ainda que de pais estrangeiros”. Em outras palavras, pouco importa a nacionalidade dos genitores, desde que comprovado o nascimento em território brasileiro, salvo se os pais estejam a serviço de seu país; mister aqui conjugar dois elementos:

I – ambos os pais têm que ser estrangeiros (não podendo ter pai ou mãe brasileiros);

II – um dos pais, pelo menos, deve estar no território brasileiro a serviço do seu país de origem.

Será brasileira a criança:

a) se os pais estiverem a serviço de outro país (que não seja o de origem);

b) se os pais, mesmo trabalhando para seu país de origem (do qual é nacional), estiverem por conta própria no Brasil, isto é, custeando sua própria estadia.

Por território brasileiro deve ser entendido como o limite espacial dentro do qual o Estado exerce, de modo exclusivo e efetivo, o poder de império sobre as pessoas e bens, ou seja, as terras delimitadas pelas fronteiras geográficas, com rios, lagos, baías, golfos, ilhas, bem como espaço aéreo e o mar territorial, formando o território propriamente dito; os navios e aeronaves de guerra brasileiros, onde quer que se encontrem; os navios mercantes brasileiros em alto-mar ou de passagem em mar territorial estrangeiro; as aeronaves civis brasileiras em voo sobre o alto-mar ou de passagem sobre águas territoriais ou espaços aéreos estrangeiros.

b) ***Nascimento no estrangeiro com genitor brasileiro a serviço do Brasil*** (art. 12, I, *b*)

Na alínea *b* aparece regra do *jus sanguinis* combinada com um elemento de ligação à República Federativa do Brasil, qual seja, estar a serviço desta. Assim, são requisitos:

a) ser filho de pai ou mãe brasileiros (natos ou naturalizados);

b) um dos pais deve estar a serviço do Brasil, seja serviço diplomático, consular ou qualquer outro de natureza pública prestada à administração direta ou indireta.

Essa alínea tende a ter pouca aplicabilidade, vez que a modificação realizada pela EC 54/2007 ao art. 12, I, *c*, ampliou demasiadamente seu espectro, como passaremos a analisar.

c) ***Demais hipóteses de nascimento fora do Brasil*** (art. 12, I, *c*)

Dispõe o art. 12, I, *c*, que serão brasileiros natos "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".

Como afirmado, a EC 54/2007 modificou o art. 12, I, *c*. Após a alteração, é possível filho de brasileiro nascido fora do Brasil já adquirir a nacionalidade brasileira, bastando efetuar o registro em repartição competente no país de nascimento.

A crítica que se faz a esta modificação é que a pessoa poderia adquirir a nacionalidade brasileira no exterior, sendo brasileira nata sem falar português e, talvez, nem sequer ter conhecido a cultura do País do qual é nacional.

9.6 BRASILEIRO NATURALIZADO (ART. 12, II)

Considera-se brasileiro naturalizado aquele que vem a adquirir a nacionalidade brasileira posteriormente ao seu nascimento de maneira secundária.

A naturalização não importa em aquisição da nacionalidade brasileira pelo cônjuge e filhos do naturalizado, nem a estes autoriza entrar ou radicar-se no Brasil sem que satisfaçam as exigências legais.

Há duas espécies de naturalização: a tácita e expressa; esta última, por sua vez, divide-se em ordinária e extraordinária.

9.6.1 Espécies de naturalização

9.6.1.1 Naturalização tácita ou grande naturalização

O art. 69, § 4.º, da Constituição de 1891 previa que serão "cidadãos brazileiros os estrangeiros que, achando-se no Brazil aos 15 de novembro de 1889, não declararem, dentro de 6 mezes depois de entrar em vigor a Constituição, o ânimo de conservar a nacionalidade de origem".

Na época, a naturalização tácita dos pais acarretava a naturalização dos filhos

menores.

Esta foi a única vez em que o Brasil contemplou esta forma de naturalização.

9.6.1.2 Naturalização expressa

É aquela que depende do requerimento do interessado, demonstrando sua manifestação de vontade em adquirir a nacionalidade brasileira. Divide-se em ordinária e extraordinária.

9.6.1.2.1 Naturalização ordinária

Originários de países de língua portuguesa com residência e idoneidade moral (art. 12, II, *a*).

A própria CR contemplou o caso dos "originários de países de língua portuguesa" para exigir-lhes "apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral" (art. 12, II, *a*, segunda parte).

Requisitos:

1. **residência** por um ano ininterrupto;
2. idoneidade moral.

São países de língua portuguesa: Portugal, Angola, Moçambique, Guiné-Bissau, Açores, Cabo Verde, Príncipe, Goa, Dio, Macau e Timor.

O fato de os requisitos serem previstos não afasta a natureza discricionária do Poder Executivo em conceder ou não a nacionalidade.

Ademais, entende-se necessário o requisito da capacidade civil, pois a aquisição da nacionalidade secundária decorre de um ato de vontade.

9.6.1.2.2 Da expressão "na forma da lei", contida no art. 12, II, *a*

A primeira parte do art. 12, II, *a*, reconhece como brasileiros naturalizados "os que, na forma da lei, adquiriram nacionalidade brasileira".

Primeiramente, excluem-se leis delegadas (art. 68, § 1.º, II) e medidas provisórias (art. 62, § 1.º, I, *a*), que não podem dispor sobre nacionalidade.

Em segundo lugar, a lei não pode estabelecer novo caso de nacionalidade originária; esta é atributo da Lei Maior.

A Lei 6.815/1980 prevê duas hipóteses de naturalização (arts. 115, § 1.º, I e II, e 116) que existiam na Constituição de 1967 (art. 140, II, *b*, 1 e 2) e atualmente subsistem em lei graças à autorização do art. 12, II, *b*, da CR. São elas:

Radicação precoce – em que o estrangeiro é admitido no Brasil até a idade de 5 (cinco) anos, radicado definitivamente no território nacional, desde que requeira a naturalização até 2 (dois) anos após atingir a maioridade;

Naturalização por curso superior – estrangeiro que tenha vindo residir no Brasil antes de atingida a maioridade e haja feito curso superior em estabelecimento nacional de ensino, se requerida a naturalização até 1 (um) ano depois da formatura.

A lei que regulamenta a nacionalidade é a Lei 6.815/1980, em seus arts. 111 a 124.[3]

9.6.1.2.3 Naturalização extraordinária (quinzenária)

Estrangeiros com residência e sem condenação penal (art. 12, II, *b*).

Excetuando os estrangeiros de países de língua portuguesa, todos os demais, para adquirir a nacionalidade brasileira por derivação, devem cumprir as condições expressas pela lei (art. 12, II, *a*, primeira parte) ou demonstrar que são "residentes na República Federativa do Brasil há mais de 15 anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira" (art. 12, II, *b*).

Assim, são requisitos:

- **Residência** por 15 anos ininterruptos;
- Ausência de condenação penal;
- Requerimento do interessado.

A EC 3/1994 alterou o prazo anteriormente estabelecido, de 30 anos, para exigir 15 anos.

A Constituição exige que a **residência** seja **ininterrupta**. Certamente, não significa a **permanência totalmente ininterrupta**, ou seja, a impossibilidade de ausentar-se a qualquer título do território brasileiro.

A doutrina é quase uníssona ao afirmar que nesse caso (e só nesse caso) há

direito subjetivo por parte daquele que cumpriu as exigências constitucionais, não comportando "discussão administrativa". Assim, a incorporação desse direito ao estrangeiro é automática, faltando-lhe só o requerimento.

9.7 SITUAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS PORTUGUESES (QUASE NACIONALIDADE)

O art. 12, § 1.º, estabeleceu tratamento privilegiado aos portugueses. Destarte, é bom que não se confunda o português com brasileiro naturalizado. Caso o português queira adquirir a nacionalidade brasileira, é necessário cumprir os requisitos estabelecidos para naturalização dos originários de países de língua portuguesa (art. 12, I, *a*).

A situação jurídica dos portugueses é mais abrangente que a atribuída aos demais estrangeiros.

Reciprocidade significa tratamento a ambas as partes inversamente correspondentes.

O art. 15 da Constituição portuguesa assim leciona: "Aos cidadãos dos Estados de Língua portuguesa, com residência permanente em Portugal, são reconhecidos, em condições de reciprocidade, os direitos não conferidos a estrangeiros, salvo o acesso aos cargos de Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, primeiro-ministro, presidentes dos tribunais supremos e ao serviço nas Forças Armadas e na carreira diplomática."

Para celebrar esta relação, foi assinado o Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta, entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa, na cidade de Porto Seguro, em 22.04.2000, e internalizado pelo Decreto 3.927/2001.

Esse tratado versa, dentre outros pontos, sobre entrada e permanência de brasileiros em Portugal e de portugueses no Brasil,[4] cooperação cultural, científica e tecnológica, cooperação econômica e financeira, cooperação em outras áreas, meio ambiente e ordenamento do território.

9.8 TRATAMENTO JURÍDICO DO BRASILEIRO NATO E DO NATURALIZADO

O art. 12, § 2.º, afirma que apenas à Constituição é reconhecida a

possibilidade de estabelecer distinções entre ambas as categorias de brasileiros.

Inobstante o artigo citado, o art. 19, III, veda, da mesma forma, “criar distinções entre brasileiros”.

Portanto, quando na previsão de qualquer direito ou obrigação houver apenas referência ao brasileiro, sem qualquer referência ao nato ou naturalizado, a conclusão será no sentido de que o dispositivo se aplica a ambos.

A Constituição reconhece um *status* diferenciado aos brasileiros natos, mais amplo do que aquele atribuído ao brasileiro naturalizado. As hipóteses de tratamento diferenciado estão nos casos relativos à extradição (art. 5.º, LI), perda da nacionalidade (art. 12, § 4.º, I), exercício de cargos (12, § 3.º) e função (art. 89, VIII) e propriedade de empresas jornalísticas (art. 222).

9.8.1 Extradição (art. 5.º, LI)

A Constituição impede a extradição passiva de brasileiro nato, ou seja, proíbe, em qualquer hipótese, que brasileiro nato seja enviado do Brasil para outro país, mesmo que o país solicitante seja competente para julgamento ou punição.

O mesmo não acontece com brasileiro naturalizado. Este pode ser extraditado em duas hipóteses:

a) se à época do crime o autor era estrangeiro e somente depois veio a adquirir a nacionalidade brasileira, o Brasil não terá barreiras em extraditá-lo;
b) se, mesmo naturalizado, cometer crime de tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins, será possível enviar o brasileiro a outro país.

Por óbvio, para a extradição se consumar, é necessário a observância de diversos outros requisitos.

De início, o pedido extradicional será realizado pela via diplomática ao Presidente da República, que, por sua vez, encaminhará o processo ao STF para que o plenário do Supremo se manifeste sobre a legalidade e procedência do pleito (art. 102, I, *g*, da CR c/c o art. 6.º, I, *f*, do RISTF). Para que o pedido de extradição possa ser analisado, é necessário que o extraditando seja preso, como exige o art. 208 do RISTF.[5]

O art. 78 do Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980) elenca as condições

para concessão da extradição:

a) ter sido o crime cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado; e
b) existir sentença final de privação de liberdade, ou estar a prisão do extraditando autorizada por Juiz, Tribunal ou autoridade competente do Estado requerente, salvo em caso de urgência, quando a prisão preventiva do extraditando poderá ser ordenada, qualquer que seja o meio de comunicação, por autoridade competente, agente diplomático ou consular do Estado requerente.

Para que a extradição seja admitida, o Estado estrangeiro deve ainda se fundamentar em tratado ou prometer ao Brasil reciprocidade (art. 76 da Lei 6.815/1980) e prestar o compromisso de (art. 91):

a) não ser o extraditando preso nem processado por fatos anteriores ao pedido;
b) computar o tempo de prisão que, no Brasil, foi imposta por força da extradição;
c) comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanto à última, os casos em que a lei brasileira permitir a sua aplicação (hipótese de guerra declarada – art. 5.º, XLVII, *a*);
d) não ser o extraditando entregue, sem consentimento do Brasil, a outro Estado que o reclame; e
e) não considerar qualquer motivo político para agravar a pena.[6]

Por fim, o Estatuto do Estrangeiro (art. 77) veda a extradição quando:

a) se tratar de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato que motivar o pedido;
b) o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente;
c) o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando;
d) a lei brasileira impuser ao crime a pena de prisão igual ou inferior a 1

(um) ano;

e) o extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido;

f) estiver extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente;

g) o fato constituir crime político; e

h) o extraditando houver de responder, no Estado requerente, perante Tribunal ou Juízo de exceção. Esta hipótese não impedirá a extradição quando o fato constituir, principalmente, infração da lei penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal.

Quem poderá determinar o caráter da infração será o próprio STF (art. 77, § 2.º, Lei 6.815/1980).

O § 3.° do art. 77 relativiza a vedação, dispondo que: "O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra Chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, sequestro de pessoa, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social".

Constatando a possibilidade de extradição, o Presidente da República não poderá se opor de cumpri-la, se prevista em tratado internacional, sob pena de responsabilidade internacional.[7]

9.8.2 Cargos privativos de brasileiro nato (art. 12, § 3.º)

A Constituição considera privativos dos brasileiros natos os cargos previstos no art. 12, § 3.º, quais sejam: Presidente e Vice-Presidente da República, Presidente do Senado Federal, Presidente da Câmara dos Deputados, Ministro do Supremo Tribunal Federal, carreira diplomática, oficial das Forças Armadas, Ministro de Estado de Defesa.

Importante notar que brasileiro naturalizado pode ser Ministro do Tribunal de Contas, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ministro da Justiça, Deputado Federal, Senador e assim por diante.

9.8.3 Composição do Conselho da República como cidadão (art. 89, VII)

O art. 89, VII, reza que a função (e não cargo) no Conselho da República só pode ser exercida por “seis cidadãos brasileiros natos”.

É bom notar que o brasileiro naturalizado não pode compor o conselho da República valendo-se da condição de cidadão. Contudo, poderá compor o referido Conselho mediante outros cargos, como Ministro da Justiça líder da maioria ou da minoria da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal.

9.8.4 Propriedade de empresa jornalística (art. 222)

Apenas o brasileiro nato não sofre qualquer restrição para o exercício do direito de propriedade de empresa jornalística e de radiofusão sonora ou de sons e imagens, pois o brasileiro naturalizado terá que provar que está naturalizado há mais de dez anos (art. 222 da CR).

9.9 PERDA DA NACIONALIDADE

A Constituição arrola situações nas quais haverá perda da nacionalidade brasileira no art. 12, § 4.º.

As hipóteses só podem ser previstas pela Constituição Federal, sendo vedada a ampliação de tais hipóteses pelo legislador ordinário.

A única hipótese de perda de nacionalidade não prevista na Constituição é a decorrente da aquisição da nacionalidade com fraude à lei.

Por óbvio, será nulo o ato de naturalização se provada a falsidade ideológica ou material. A nulidade será declarada em processo judicial e poderá ser promovida pelo Ministério Público Federal ou por qualquer cidadão, no prazo de quatro anos que se seguirem à entrega da certidão de naturalização (art. 35 da Lei 818/1949).

A Constituição arrola as seguintes formas de perda da nacionalidade:

a) **Perda-punição** – Cancelamento da **naturalização** por **sentença judicial**, o que só ocorrerá em virtude de **atividade nociva ao interesse nacional** (art. 12, § 4.º, I).

Pela própria redação, já se nota que esta é mais uma distinção entre brasileiro nato e naturalizado, vez que somente a este é aplicável o dispositivo.

O procedimento para determinar a perda da naturalização está previsto nos

arts. 24 a 34 da Lei 818/1949.[8]

Pela lei, o oferecimento da denúncia cabe ao Ministério Público Federal, e a decisão que concluir pelo cancelamento da naturalização produzirá efeitos não retroativos (*ex nunc*).

b) **Perda-mudança** – O Brasil adota a teoria da nacionalidade única. Nestes termos, perde a condição de brasileiro, seja nata ou decorrente de naturalização, o nacional que adquirir outra nacionalidade (art. 12, § 4.º, II).

Nesta hipótese, a perda da nacionalidade será ocasionada por meio de **processo administrativo**, que será iniciado de ofício ou mediante representação fundamentada, e tramitará no Ministério da Justiça, assegurada a ampla defesa, e será concretizado por **decreto presidencial** (art. 23 da Lei 818/1949).

Tal previsão encontra-se no art. 1.º da Convenção sobre Nacionalidade, de Montevidéu, de 1933: "A naturalização perante as autoridades competentes de qualquer dos países signatários implica a perda da nacionalidade de origem".

Há duas exceções constitucionais à nacionalidade única. A EC de revisão 3/1994 passou a admitir duas **hipóteses de dupla nacionalidade**. São elas:

a) **Reconhecimento da nacionalidade originária pela lei estrangeira**: Se a pessoa adquiriu o direito à nacionalidade com o nascimento, poderá acumular a nacionalidade brasileira e outra; *v.g.*, Espanha adota o *ius sanguinis*, assim, filhos de espanhóis nascidos no momento em que os pais passavam férias no Brasil podem ter dupla nacionalidade (art. 12, I, *a*, c/c o art. 12, § 4.º, II, *a*);

b) **Imposição de naturalização, por norma estrangeira, ao brasileiro residente no Estado estrangeiro, como condição para sua permanência ou para que possa exercer seus direitos civis**: Se brasileiro que resida em outro país tiver que adotar a nacionalidade daquele Estado para poder permanecer no território (por motivos profissionais, por exemplo) ou exercer direitos civis (herança, por exemplo), poderá acumular as nacionalidades.

9.10 REAQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE BRASILEIRA

Como analisado, a nacionalidade será retirada em duas circunstâncias, e as

possibilidades de reaquisição ocorrerão de forma distinta.

No caso de **cancelamento de naturalização**, a única possibilidade é a utilização de ação rescisória para desconstituir o julgado que cancelou a naturalização. Já na hipótese de **aquisição de outra nacionalidade**, é possível readquiri-la por meio de decreto presidencial. O pedido de reaquisição, dirigido a Presidente da República, será processado no Ministério da Justiça, ao qual será encaminhado por intermédio dos respectivos Governadores, se o requerente residir nos Estados ou Territórios (art. 36 da Lei 818/1949).

9.11 EXERCÍCIOS DE FIXAÇÃO

1. **(Defensor Público/AM – Instituto Cidades/2011) Márcio Spagheti, italiano residente no Brasil há mais de 15 anos ininterruptos e sem condenação criminal, requereu a nacionalidade brasileira. Nesse caso:**

   A) terá seu *status* de brasileiro naturalizado reconhecido e poderá ser Ministro do Supremo Tribunal Federal.

   B) não terá o seu *status* de brasileiro naturalizado reconhecido em função da inexistência de reciprocidade por parte do Governo italiano.

   C) terá seu *status* de brasileiro naturalizado reconhecido e poderá seguir carreira diplomática e, assim, tornar-se embaixador do Brasil na Itália.

   D) não terá o seu *status* de brasileiro naturalizado reconhecido, pois, não obstante a existência de tratado de reciprocidade, no caso dos estrangeiros, o prazo de residência mínima é de 20 anos ininterruptos.

   E) terá seu *status* de brasileiro naturalizado reconhecido e poderá ser eleito Senador da República.

2. **(MP/AP – FCC/2012) No caso de Estado estrangeiro requerer à República Federativa do Brasil a extradição de brasileiro nato que se encontre no território nacional, o pedido em questão**

   A) será admitido apenas na hipótese de cancelamento de sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade

nociva ao interesse nacional.

B) será admitido somente na hipótese de a lei do Estado solicitante reconhecer igualmente nacionalidade originária ao extraditando.

C) não poderá ser atendido, uma vez que a Constituição da República não admite a extradição de brasileiro nato, quaisquer que sejam as circunstâncias ou a natureza do delito.

D) poderá ser admitido na hipótese de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.

E) poderá ser admitido, salvo na hipótese de condenação em virtude de crime político ou de opinião.

3. (Juiz do trabalho/TRT-2 – 2012) Observe as proposições seguintes e ao final responda.

I. São brasileiros natos os nascidos no Brasil, ainda que de pais estrangeiros, mesmo que estejam a serviço de seu país.

II. São brasileiros natos os nascidos a bordo de navios de guerra brasileiros, ainda que o navio se encontre ancorado em porto estrangeiro.

III. São brasileiros natos os nascidos no estrangeiro, de pai ou mãe brasileira, desde que ambos estejam a serviço do Brasil.

IV. São brasileiros natos os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que registrados em repartição brasileira ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira.

V. Para que o filho de brasileiro ou de mãe brasileira, nascido no exterior, seja considerado brasileiro nato, há necessidade que tenha residido no Brasil, quando ainda menor, como condição permissiva da opção.

Estão corretas apenas as proposições:

A) I e V.

B) I e II.

C) II e III.

D) III e IV.

E) II e IV.

4. **(Defensor Público/RR – CESPE/2013) No que se refere aos direitos à nacionalidade e aos direitos políticos, assinale a opção correta.**

A) A CF dotou o analfabeto de capacidade eleitoral ativa e passiva.

B) Assim como os líderes da maioria e da minoria da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, os cidadãos que integrarem o Conselho da República deverão ser brasileiros natos.

C) A perda da nacionalidade decorrente de aquisição voluntária de outra nacionalidade pode atingir tanto brasileiros natos quanto naturalizados e independerá de ação judicial, já que se concretiza no âmbito de procedimento meramente administrativo.

D) Se o extraditando tiver filho brasileiro, não será admitida a sua extradição.

E) Se o indivíduo sofrer condenação penal decorrente de conduta culposa, sem pena privativa de liberdade, transitada em julgado, não terá seus direitos políticos suspensos.

5. **(Juiz do Trabalho/TRT8 – 2013) Nos termos da Constituição da República são brasileiros natos:**

A) Os nascidos no estrangeiro, de pai e mãe brasileiros, desde que ambos estejam a serviço da República Federativa do Brasil.

B) Os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente e venham a residir na República Federativa do Brasil antes da maioridade, e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira.

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

D) Os que, nascidos no estrangeiro, ainda que de pais estrangeiros, optem pela nacionalidade brasileira, desde que venham a residir

no Brasil antes de atingir a maioridade.

E) Os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, mesmo que estes estejam a serviço de seu país, desde que optem pela nacionalidade brasileira depois de atingida a maioridade.

6. (Delegado de Polícia/RJ – FUNCAB/2012) Quanto ao direito de nacionalidade, previsto na Constituição da República, é correto afirmar:

A) Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro residente em Estado estrangeiro que adquire outra nacionalidade em função de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis.

B) O cargo de militar das Forças Armadas é privativo de brasileiro nato.

C) 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 na Constituição.

D) Em respeito ao princípio da origem territorial, todos os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, mesmo que estes estejam a serviço de seu país serão considerados brasileiros natos.

E) Os estrangeiros de qualquer nacionalidade residentes na República Federativa do Brasil há mais de 20 anos ininterruptos, desde que requeiram a nacionalidade brasileira, serão considerados brasileiros naturalizados.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

[1]GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. *Direito à nacionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 9.

[2]"*Habeas corpus*. Informações de provável pedido de extradição. Dupla nacionalidade. Proibição de extradição de nacional. Não há nos autos qualquer informação mais aprofundada ou indícios concretos de suposto processo em tramitação na Justiça da Itália que viabilizaria pedido de extradição. O processo remete ao complexo problema da extradição no caso da dupla nacionalidade, questão examinada pela Corte Internacional de Justiça no célebre caso Nottebohm. Naquele caso, a Corte sustentou que, na hipótese de dupla nacionalidade, haveria uma prevalecente – a nacionalidade real e efetiva –, identificada a partir de laços fáticos fortes entre a pessoa e o Estado. A falta de elementos concretos no presente processo inviabiliza qualquer solução sob esse enfoque. *Habeas corpus* não conhecido" (STF, HC 83.450/SP, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 04.03.2005).

[3]Lei 6.815/1980. "Art. 111. A concessão da naturalização nos casos previstos no art. 145, item II, alínea *b*, da Constituição, é faculdade exclusiva do Poder Executivo e far-se-á mediante portaria do Ministro da Justiça. Art. 112. São condições para a concessão da naturalização: I – capacidade civil, segundo a lei brasileira; II – ser registrado como permanente no Brasil; III – residência contínua no território nacional, pelo prazo mínimo de quatro anos, imediatamente anteriores ao pedido de naturalização; IV – ler e escrever a língua portuguesa, consideradas as condições do naturalizando; V – exercício de profissão ou posse de bens suficientes à manutenção própria e da família; VI – bom procedimento; VII – inexistência de denúncia, pronúncia ou condenação no Brasil ou no exterior por crime doloso a que seja cominada pena mínima de prisão, abstratamente considerada, superior a 1 (um) ano; e VIII – boa saúde. § 1.º Não se exigirá a prova de boa saúde a nenhum estrangeiro que residir no País há mais de dois anos. § 2.º Verificada, a qualquer tempo, a falsidade ideológica ou material de qualquer dos requisitos exigidos neste artigo ou nos arts. 113 e 114 desta Lei, será

declarado nulo o ato de naturalização sem prejuízo da ação penal cabível pela infração cometida. § 3.º A declaração de nulidade a que se refere o parágrafo anterior processar-se-á administrativamente, no Ministério da Justiça, de ofício ou mediante representação fundamentada, concedido ao naturalizado, para defesa, o prazo de quinze dias, contados da notificação. Art. 113. O prazo de residência fixado no art. 112, item III, poderá ser reduzido se o naturalizando preencher quaisquer das seguintes condições: I – ter filho ou cônjuge brasileiro; II – ser filho de brasileiro; III – haver prestado ou poder prestar serviços relevantes ao Brasil, a juízo do Ministro da Justiça; IV – recomendar-se por sua capacidade profissional, científica ou artística; ou V – ser proprietário, no Brasil, de bem imóvel, cujo valor seja igual, pelo menos, a mil vezes o Maior Valor de Referência; ou ser industrial que disponha de fundos de igual valor; ou possuir cota ou ações integralizadas de montante, no mínimo, idêntico, em sociedade comercial ou civil, destinada, principal e permanentemente, à exploração de atividade industrial ou agrícola. Parágrafo único. A residência será, no mínimo, de um ano, nos casos dos itens I a III; de dois anos, no do item IV; e de três anos, no do item V. Art. 114. Dispensar-se-á o requisito da residência, exigindo-se apenas a estada no Brasil por trinta dias, quando se tratar: I – de cônjuge estrangeiro casado há mais de cinco anos com diplomata brasileiro em atividade; ou II – de estrangeiro que, empregado em Missão Diplomática ou em Repartição Consular do Brasil, contar mais de 10 (dez) anos de serviços ininterruptos. Art. 115. O estrangeiro que pretender a naturalização deverá requerê-la ao Ministro da Justiça, declarando: nome por extenso, naturalidade, nacionalidade, filiação, sexo, estado civil, dia, mês e ano de nascimento, profissão, lugares onde haja residido anteriormente no Brasil e no exterior, se satisfaz ao requisito a que alude o art. 112, item VII e se deseja ou não traduzir ou adaptar o seu nome à língua portuguesa. § 1.º A petição será assinada pelo naturalizando e instruída com os documentos a serem especificados em regulamento. § 2.º Exigir-se-á a apresentação apenas de documento de identidade para estrangeiro, atestado policial de residência contínua no Brasil e atestado policial de antecedentes, passado pelo serviço competente do lugar de residência no Brasil, quando se tratar

de: I – estrangeiro admitido no Brasil até a idade de 5 (cinco) anos, radicado definitivamente no território nacional, desde que requeira a naturalização até 2 (dois) anos após atingir a maioridade; II – estrangeiro que tenha vindo residir no Brasil antes de atingida a maioridade e haja feito curso superior em estabelecimento nacional de ensino, se requerida a naturalização até 1 (um) ano depois da formatura. § 3.º Qualquer mudança de nome ou de prenome, posteriormente à naturalização, só por exceção e motivadamente será permitida, mediante autorização do Ministro da Justiça. Art. 116. O estrangeiro admitido no Brasil durante os primeiros 5 (cinco) anos de vida, estabelecido definitivamente no território nacional, poderá, enquanto menor, requerer ao Ministro da Justiça, por intermédio de seu representante legal, a emissão de certificado provisório de naturalização, que valerá como prova de nacionalidade brasileira até dois anos depois de atingida a maioridade. Parágrafo único. A naturalização se tornará definitiva se o titular do certificado provisório, até dois anos após atingir a maioridade, confirmar expressamente a intenção de continuar brasileiro, em requerimento dirigido ao Ministro da Justiça. Art. 117. O requerimento de que trata o art. 115, dirigido ao Ministro da Justiça, será apresentado, no Distrito Federal, Estados e Territórios, ao órgão competente do Ministério da Justiça, que procederá à sindicância sobre a vida pregressa do naturalizando e opinará quanto à conveniência da naturalização. Art. 118. Recebido o processo pelo dirigente do órgão competente do Ministério da Justiça, poderá ele determinar, se necessário, outras diligências. Em qualquer hipótese, o processo deverá ser submetido, com parecer, ao Ministro da Justiça. Parágrafo único. O dirigente do órgão competente do Ministério da Justiça determinará o arquivamento do pedido, se o naturalizando não satisfizer, conforme o caso, a qualquer das condições previstas no art. 112 ou 116, cabendo reconsideração desse despacho; se o arquivamento for mantido, poderá o naturalizando recorrer ao Ministro da Justiça; em ambos os casos, o prazo é de trinta dias contados da publicação do ato. Art. 119. Publicada no Diário Oficial a portaria de naturalização, será ela arquivada no órgão competente do Ministério da Justiça, que emitirá certificado relativo a cada naturalizando, o qual será solenemente entregue, na forma fixada em Regulamento, pelo juiz federal da

cidade onde tenha domicílio o interessado. § 1.º Onde houver mais de um juiz federal, a entrega será feita pelo da Primeira Vara. § 2.º Quando não houver juiz federal na cidade em que tiverem domicílio os interessados, a entrega será feita através do juiz ordinário da comarca e, na sua falta, pelo da comarca mais próxima. § 3.º A naturalização ficará sem efeito se o certificado não for solicitado pelo naturalizando no prazo de doze meses contados da data de publicação do ato, salvo motivo de força maior, devidamente comprovado. Art. 120. No curso do processo de naturalização, poderá qualquer do povo impugná-la, desde que o faça fundamentadamente. Art. 121. A satisfação das condições previstas nesta Lei não assegura ao estrangeiro direito à naturalização."

[4]Um dos principais dispositivos deste Título é o que dispõe sobre a necessidade de visto: "Art. 7.º: 1. Os titulares de passaportes comuns válidos do Brasil ou de Portugal que desejem entrar no território da outra Parte Contratante para fins culturais, empresariais, jornalísticos ou turísticos por período de até 90 (noventa) dias são isentos de visto. 2. O prazo referido no parágrafo 1.º poderá ser prorrogado segundo a legislação imigratória de cada um dos países, por um período máximo de 90 (noventa) dias. Art. 8.º A isenção de vistos estabelecida no artigo anterior não exime os seus beneficiários da observância das leis e regulamentos em vigor, concernentes à entrada e permanência de estrangeiros no país de ingresso. Art. 9.º É vedado aos beneficiários do regime de isenção de vistos estabelecido no art. 6.º o exercício de atividades profissionais cuja remuneração provenha de fonte pagadora situada no país de ingresso".

[5]Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. "Art. 208. Não terá andamento o pedido de extradição sem que o extraditando seja preso e colocado à disposição do Tribunal."

[6]Requisitos constantes no art. 91 da Lei 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro).

[7]REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 204.

[8]Lei 818/1949. "Art. 24. O processo para cancelamento da naturalização será da atribuição do Juiz de Direito competente para os feitos da União, do domicílio do naturalizado, e iniciado mediante solicitação

do Ministro da Justiça e Negócios Interiores, ou representação de qualquer pessoa. Art. 25. A representação que deverá mencionar, expressamente, a atividade reputada nociva ao interesse nacional, será dirigida à autoridade policial competente, que mandará instaurar o necessário inquérito. Art. 26. Ao receber a requisição ou inquérito, o Juiz mandará dar vista ao Procurador da República, que opinará, no prazo de cinco dias, oferecendo a denúncia ou requerendo o arquivamento. Parágrafo único. Se o órgão do Ministério Público Federal requerer o arquivamento, o Juiz, caso considere improcedentes as razões invocadas, remeterá os autos ao Procurador-Geral da República, que oferecerá denúncia, designará outro órgão do Ministério Público, para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento que não poderá, então, ser recusado. Art. 27. O Juiz, ao receber a denúncia, marcará dia e hora para qualificação do denunciado, determinando a citação, que se fará por mandado. § 1.º Se não for ele encontrado, a citação será feita por edital, com o prazo de quinze dias. § 2.º Se o denunciado não comparecer no dia e hora determinados, prosseguir-se-á, à sua revelia, dando-se-lhe, neste caso, curador. Art. 28. O denunciado ou seu procurador, a partir da audiência em que for qualificado, terá o prazo de cinco dias, independente de notificação, para oferecer alegações escritas, requerer diligências e indicar o rol de testemunhas. Parágrafo único. Quando se trata de revel, o prazo será concedido ao curador nomeado. Art. 29. Decorrido o prazo do artigo anterior, determinará o Juiz a realização das diligências requeridas pelas partes, inclusive inquirição de testemunhas, e outras que lhe parecerem necessárias, tudo no prazo de vinte dias. Art. 30. O Ministério Público Federal e o denunciado, a seguir, terão o prazo de quarenta e oito horas, cada um, para requerer as diligências, cuja necessidade ou conveniência tenha resultado da instrução. Art. 31. Esgotados estes prazos, sem requerimento das partes, ou concluídas as diligências requeridas e ordenadas, será aberta vista dos autos, ao Ministério Público, e ao denunciado que terão três dias, cada um, para o oferecimento das razões finais. Art. 32. Findos estes prazos, serão os autos conclusos ao Juiz que, dentro de dez dias, em audiência, com a presença do denunciado e do órgão do Ministério Público, procederá à leitura da sentença. Art. 33. Da sentença que

concluir pelo cancelamento da naturalização caberá a apelação, sem efeito suspensivo, para o Tribunal Federal de Recursos, no prazo de quinze dias, contados da audiência em que se tiver realizado a leitura, independente de notificação. Parágrafo único. Será, também, de quinze dias, e nas mesmas condições, o prazo para o Ministério Público Federal apelar da sentença absolutória. Art. 34. A decisão que concluir pelo cancelamento da naturalização, depois de transitar em julgado, será remetida, por cópia, ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores, a fim de ser apostilada a circunstância em livro especial de registro (art. 43).”

10

DIREITOS POLÍTICOS

Sumário: 10.1 Conceito: 10.1.1 Plebiscito; 10.1.2 Referendo; 10.1.3 Iniciativa popular; 10.1.4 Outros mecanismos de participação direta – 10.2 Sufrágio, voto e escrutínio – 10.3 Espécies de direitos políticos – 10.4 Aquisição da cidadania: 10.4.1 Capacidade eleitoral ativa; 10.4.2 Capacidade eleitoral passiva – 10.5 Direitos políticos negativos: 10.5.1 Inelegibilidades – 10.6 Cassação, suspensão e perda dos direitos políticos: 10.6.1 Perda dos direitos políticos – 10.6.2 Suspensão dos direitos políticos – 10.7 Partidos políticos – 10.8 Fidelidade partidária e fidelidade da coligação eleitoral – 10.9 Exercícios de fixação.

10.1 CONCEITO

Direitos políticos são direitos públicos subjetivos que concedem ao cidadão o direito fundamental de participar da formação da vontade nacional.

Esse direito pode ser concedido de três formas:

I – diretamente (**democracia direta**), em que o cidadão exerce o poder por si, sem representantes;

II – indiretamente (**democracia representativa)**, que ocorre quando o cidadão se faz representar, concedendo poderes a terceiros, para, em seu nome, exercer o poder soberano; e

III – misto (**democracia semidireta** ou **representativa**), quando, por vezes, o cidadão exerce o poder diretamente, e, por outras, por intermédio de representantes.

O Brasil adota a democracia semidireta (art. 1.º, parágrafo único, da CRFB), pois:

a) há um grupo de pessoas eleitas pelo povo para exercer poder político e participar da formação da vontade nacional; e

b) há manifestação direta por meio de diversos institutos, tais como o direito de petição (art. 5.º, xxxIV, *a*), plebiscito (art. 14, I), referendo (art. 14, II), iniciativa popular (art. 14, III), ação popular (art. 5.º, LxxIII) e o direito de participação (art. 37, § 3.º).

10.1.1 Plebiscito

É instrumento de consulta ***prévia*** do povo,[1] antes da aprovação de um ato legislativo ou administrativo sobre matéria de acentuada relevância constitucional, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha submetido.

Por ser uma forma de exercício direto da democracia, o que ficar decidido no plebiscito terá **caráter vinculativo**, tendo, necessariamente, que ser acatado pelo Congresso Nacional.

O plebiscito susta a tramitação do projeto de lei (*lato sensu*) no Congresso caso esta já esteja em pauta.

10.1.2 Referendo

Instrumento de consulta ***posterior*** do povo, após a aprovação de um ato legislativo ou administrativo sobre matéria de acentuada relevância constitucional, cumprindo ao povo, pelo voto, ratificar ou rejeitar a medida aprovada.

É dever do Congresso Nacional acatar a decisão posta no referendo.

O art. 49, XV, da CRFB, que concede ao Congresso Nacional competência para autorizar referendo e convocar plebiscito, é completado pelo art. 3.º da Lei 9.709/1998, que estipula que, nas questões de relevância nacional, de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e no caso de incorporação, desmembramento ou subdivisão de Estados e Territórios, **o plebiscito e o referendo são convocados mediante** decreto legislativo, **por proposta de** um terço, **no mínimo, dos membros que compõem** qualquer das

Casas **do Congresso Nacional**.

10.1.3 Iniciativa popular

É a possibilidade de o cidadão deflagrar o processo legislativo.

O art. 13, §§ 1.º e 2.º, da Lei 9.709/1998 afirma que o projeto de lei de iniciativa popular **deverá circunscrever-se a um só assunto**, e que este **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.

Esta atribuição, para dar início ao projeto de lei, exige a assinatura de uma parcela significativa do eleitorado.

a) Na esfera ***federal*** (art. 61, § 2.º), a apresentação do projeto deve ocorrer na Câmara dos Deputados e deve estar subscrito por no mínimo:

   I – 1% (um por cento) do eleitorado nacional;

   II – este percentual deve estar dividido em, no mínimo, 5 (cinco) Estados;

   III – sendo que 0,3% (três décimos por cento) dos eleitores de cada um desses Estados têm que assinar o projeto.

b) No âmbito ***estadual***, cabe à Constituição de cada Estado estabelecer o *quorum* de iniciativa popular nos Estados.

c) Quanto aos ***Municípios***, a iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros é feita mediante a manifestação de pelo menos *5% do eleitorado* (art. 29, XIII).

Este deveria ser instrumento de participação extremamente útil, mas, em razão da dificuldade imposta pelo *quorum*, é um instrumento pouco utilizado, basta ver que, desde a promulgação da Constituição, escassas foram as leis provenientes de iniciativa popular.[2]

10.1.4 Outros mecanismos de participação direta

Existem outros mecanismos de participação direta do povo que o Brasil não

adota, como o **referendo revocatório** (*abberufungsrecht*), adotado na Suécia desde 1846, em que, por meio do voto direto, o povo pode destituir seu representante antes do fim do mandato. Nos Estados Unidos, o instituto do *recall* faz trabalho similar, e na América do Sul, na Argentina, Colômbia, Equador e Peru, é adotado sistema parecido.

Há ainda o **veto popular**, segundo o qual os cidadãos seriam chamados a se manifestar a respeito da propositura da lei, podendo arquivá-la, independentemente da vontade do Congresso Nacional ou do Presidente da República. Não se confunde com o plebiscito, pois o uso do veto popular se restringe a projetos em trâmite no Legislativo.[3]

10.2 SUFRÁGIO, VOTO E ESCRUTÍNIO

A Constituição avisa que o sufrágio é universal e que o voto é direto, secreto e com valor igual para todos. Por isso, é necessário distinguir:

O termo "sufrágio" é originário do latim (*sufragium*) e significa aprovação. Este constitui o **direito** público subjetivo de natureza política que tem o cidadão de eleger, ser eleito e participar da organização e da atividade do poder estatal.[4] O voto é a instrumentalização do direito do eleitor, o **exercício** do direito ao sufrágio.

Escrutínio, por seu turno, é a **forma** como o exercício se realiza, o que poderíamos chamar de procedimento eleitoral.

O **sufrágio universal** é próprio do regime democrático, pois o direito é concedido a todo cidadão, indistintamente. Ao revés, o **sufrágio restrito** é limitado a um grupo de indivíduos, que pode receber o direito em razão de sua condição intelectual (**sufrágio restrito capacitário**) ou condição econômica (**sufrágio restrito censitário**).

O **voto**, por sua vez, é:

a) **Direto –** o direito ao voto não possui intermediários; o cidadão vota diretamente em seu representante. Não se pode esquecer de que existe hipótese de voto indireto na Constituição (art. 81, § 1.º);
b) **Secreto –** também conhecido como voto australiano (pois foi criado nesse país em 1856), é um direito e um dever;
c) **Igual para todos –** a expressão "*one man, one vote*" retrata a intenção

do voto com peso igual para todos, independentemente da condição social, idade ou sexo;

d) **Periódico –** o sistema republicano impõe votação frequente e alternância no poder.

10.3 ESPÉCIES DE DIREITOS POLÍTICOS

a) **Direitos políticos ativos** (ou cidadania ativa ou capacidade eleitoral ativa) – correspondem ao direito do eleitor, ou seja, o direito de votar (*jus sufragio*).

b) **Direitos políticos passivos** (ou cidadania passiva ou capacidade eleitoral passiva) – constituem a atividade do eleitor, vale dizer, abarcam o estudo da elegibilidade, do direito de ser votado (*jus honorum*).

c) **Direitos políticos positivos –** são o conjunto de normas que disciplinam a forma como o cidadão poderá participar ativa ou passivamente da formação da vontade nacional.

d) **Direitos políticos negativos –** são o conjunto de normas que impedem a participação da pessoa no processo eleitoral, como das regras de inelegibilidade.

Em tempo, é bom esclarecer que existem duas espécies de cidadania. Em **sentido amplo** (*lato sensu*), o termo "cidadania" tem por fim abarcar todo e qualquer nacional, e em **sentido estrito** (*strictu sensu*), o *status* de nacional é acrescido dos direitos políticos.[5]

A cidadania em sentido amplo garante o exercício de qualquer direito fundamental. Já o exercício da cidadania em sentido estrito restringe-se aos direitos políticos.

Nestes moldes, está correto afirmar, por exemplo, que a criança é cidadã (*lato sensu*) e que o nacional elegível é cidadão (*lato* e *strictu sensu*).

Por óbvio, neste capítulo, utilizamos o termo "cidadania" em sentido estrito.

10.4 AQUISIÇÃO DA CIDADANIA

Adquire-se a cidadania ativa com o alistamento eleitoral, que consiste em

procedimento administrativo, instaurado perante os órgãos competentes da Justiça Eleitoral, visando à verificação do cumprimento dos requisitos constitucionais e das condições legais necessárias à inscrição como eleitor.

Esta poderá ser adquirida até mesmo antes dos 16 anos de idade, desde que, na data da eleição marcada, a pessoa já tenha adquirido a idade piso.[6]

Já a aquisição da cidadania passiva dependerá de uma série de fatores que serão vistos a seguir.

10.4.1 Capacidade eleitoral ativa

De acordo com o art. 14, §§ 1.º e 2.º, alistamento e voto são obrigatórios para os **brasileiros alfabetizados e não conscritos**,[7] **maiores de 18 anos e menores de 70 anos de idade**.

Já para os analfabetos, maiores de 70 anos e pessoas que possuam entre 16 e 18 anos de idade o voto é facultativo.

10.4.2 Capacidade eleitoral passiva

O art. 14, § 3.º, estabelece que são requisitos:

a) **Nacionalidade brasileira** – Somente nacionais podem alistar-se como eleitores. A nacionalidade é um pressuposto da cidadania.

Apesar desta previsão, há julgado no TSE confirmando acórdão do TRE de São Paulo possibilitando o registro de candidatura de português ao cargo de Deputado Estadual, em razão da equiparação.[8]

b) **Pleno exercício dos direitos políticos** – Não basta a nacionalidade para o exercício da cidadania passiva. Para o cidadão estar em pleno gozo dos direitos políticos, é necessário que não tenha incorrido em nenhuma causa de perda ou suspensão desses direitos (arts. 15, 37, § 4.º, e 52, parágrafo único).

c) **Alistamento eleitoral** – Para poder concorrer a eleições, o cidadão deve estar inscrito na Justiça Eleitoral como eleitor.

d) **Domicílio eleitoral na circunscrição** – O candidato deve possuir vínculos efetivos com as pessoas que possuem o direito de votar. Considera-se domicílio eleitoral o lugar onde se encontra registrado o título de eleitor. Veda-se assim, *v.g.*, que a mesma pessoa concorra a dois cargos de prefeito em municípios diferentes ao mesmo tempo.

O art. 9.º da Lei 9.504/1997 exige que o candidato possua domicílio eleitoral na respectiva circunscrição há, pelo menos, um ano antes do pleito.

Uma pessoa pode possuir diversos domicílios civis, mas só possuirá um domicílio eleitoral, o da circunscrição onde se encontra registrado seu título de eleitor.

e) **Filiação partidária** – A cidadania passiva no Brasil pressupõe que o indivíduo faça parte de algum partido político. Não se admitem candidaturas avulsas.

O art. 9.º da Lei 9.504/1997 e o art. 18 da Lei 9.096/1995, que dispõem sobre realização das eleições e partidos políticos, respectivamente, exigem que o candidato esteja filiado ao partido há pelo menos 1 (um) ano antes da data fixada para eleições. A dupla filiação partidária é crime previsto no art. 320 do Código Eleitoral (Lei 4.737/1965).

O TSE decidiu que magistrado e membros dos Tribunais de Contas, por estarem submetidos à vedação constitucional de filiação partidária, estão dispensados de cumprir o prazo de filiação fixado em lei ordinária, devendo satisfazer tal condição de elegibilidade até 6 meses antes das eleições, prazo de desincompatibilização estabelecido pela Lei Complementar 64/1990.[9]

f) **Idade mínima** – Este requisito parte da ideia de que, quanto mais idade, mais experiência, e, portanto, mais qualificado para assumir cargos que exigem maior grau de complexidade e amadurecimento.

Estas idades são requisitos para a **posse**, e não para o registro de candidatura. Dessa forma, por exemplo, pessoa com 17 anos poderá concorrer para vereador, desde que, na data da posse, tenha atingido a idade de 18 anos.

Podemos sistematizar este requisito da seguinte forma:

Idade	Cargo
18 anos	Vereador
21 anos	Deputado (Federal, Estadual, Distrital), Prefeito (e Vice-prefeito) e Juiz de paz
30 anos	Governador (e Vice-Governador) dos Estados e Distrito Federal

35 anos	Presidente (e Vice) e Senador

Somente aos 35 anos a pessoa adquire a **cidadania plena** ou **cidadania máxima**.

g) **Não incorrer em inelegibilidade específica** – A Constituição estabelece uma série de inelegibilidades, as quais passaremos a ver.

10.5 DIREITOS POLÍTICOS NEGATIVOS

Direitos políticos negativos são normas que impedem a participação do cidadão no processo político, abrangendo perda, suspensão de direitos políticos, bem como outras inelegibilidades.

10.5.1 Inelegibilidades

Inelegibilidade é o impedimento pertinente à capacidade eleitoral passiva. Este impedimento pode ser **absoluto**, quando o impedimento se dirige a todo cargo eletivo, ou **relativo**, quando se restringe a alguns cargos eletivos.

Além das inelegibilidades constitucionais, existem diversas outras previstas na Lei Complementar 64/1990, com as subsequentes alterações realizadas pelas Leis Complementares 81/1994 e 135/2010.[10]

A única espécie normativa autorizada constitucionalmente a disciplinar a criação e estabelecer os prazos de duração de outras inelegibilidades é a lei complementar, em razão da exigência constante no art. 14, § 9.º, da CR.

A LC 135/2010, conhecida como “lei ficha limpa” e originada de iniciativa popular, foi a alteração legislativa mais recente no tocante a causas de inelegibilidade. Essa lei criou algumas hipóteses polêmicas, o que gerou bastante discussão. Nesse esteio, foram movidas algumas ações de controle de constitucionalidade abstrato, dentre as quais ADC 29/DF, ADC 30/DF e ADI 4.578/DF, todas sob relatoria do Ministro Luiz Fux e que foram julgadas conjuntamente em 15 e 16.2.2012. Nesses julgados, a “lei ficha limpa” foi declarada compatível com a Constituição e pode ser aplicada a atos e fatos ocorridos anteriormente à edição da LC 135/2010.

No mérito, foi constatado o significativo avanço democrático com o escopo de viabilizar o banimento da vida pública de pessoas que não atenderiam às

exigências de **moralidade e probidade**, considerada a vida pregressa, em observância ao disposto no **art. 14, § 9.º, da CR**.

A norma foi fruto de iniciativa popular, a evidenciar o esforço da população brasileira em trazer norma de aspecto moralizador para a seara política. Não obstante, assinalou-se eventual **caráter contramajoritário do Supremo, o qual não estaria vinculado às aspirações populares**.

Grande parte do debate sobre a constitucionalidade dessa lei girou em torno da aplicação do **princípio da presunção de inocência**, na medida em que a referida norma contém dispositivos aparentemente ofensivos ao alegado princípio constitucional.[11] Sobre o tema, o Ministro Relator, Luiz Fux, repeliu a alegação de que a norma ofenderia o princípio da presunção de inocência, aduzindo que o exame desse postulado não deveria ser feito sob enfoque penal e processual penal, e sim **no âmbito eleitoral, em que poderia ser relativizado**. Nesse mesmo sentido, o Ministro Joaquim Barbosa relembrou que inelegibilidade não seria pena, motivo pelo qual incabível a incidência do princípio da irretroatividade da lei, notadamente da presunção de inocência às hipóteses de inelegibilidade. Para fulminar de vez qualquer dúvida, em brilhante voto, a Ministra Cármen Lúcia lembrou que nos debates da constituinte foi adotado o princípio da não culpabilidade **penal** – e por isso a exigência de trânsito em julgado – e que, no caso da LC 135/10, estar-se-ia em sede de direito eleitoral.

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello estabeleceu importante distinção entre inelegibilidades:

a) **Inelegibilidade inata** – resultante diretamente da existência de certas **situações**, a exemplo das relações de parentesco ou conjugais;
b) **Inelegibilidade cominada** – típica **sanção** de direito eleitoral que restringiria a capacidade eleitoral passiva de qualquer cidadão, na medida em que o privaria, mesmo que temporariamente, do exercício de um direito fundamental, qual seja, o de participação política.

10.5.1.1 Inelegibilidade absoluta

São absolutos os impedimentos a qualquer cargo eletivo em todo o território nacional.

a) **Analfabetos** (art. 14, § 4.º) – Ao analfabeto só lhe é reconhecido o direito *facultativo* de votar, não de ser votado.

b) **Inalistáveis** (art. 14, § 4.º, c/c o § 2.º) – Os inalistáveis não podem inscrever-se como eleitores; logo, não podem votar e não podem ser votados. São os casos previstos no art. 14, § 2.º. É o caso do **estrangeiro** e os **conscritos** (os convocados para prestar serviço militar obrigatório).

Quanto aos estrangeiros, é bom que se diga que o português portador do certificado de equiparação poderá se alistar como eleitor; porém, não poderá concorrer à eleição no Brasil, pois lhe faltará o requisito de nacionalidade, como prevê o art. 14, § 3.º, I, da CRFB.

Já os conscritos, previstos no mesmo artigo, são pessoas convocadas para o serviço militar obrigatório, que ficam impedidas de se alistar eleitoralmente durante esse período por motivos de hierarquia e disciplina militar. O conceito de conscritos estende-se aos médicos, dentistas, farmacêuticos e veterinários que prestam serviço militar obrigatório a teor da Lei 5.292/1967.

c) **Menores de 18 anos *na data da posse*** – O jovem de 16 a 18 anos pode, se quiser, inscrever-se junto à Justiça Eleitoral e votar, mas não ser votado se, na data da posse, não cumprir a idade mínima constitucional (art. 14, § 3.º, VI, *d*);

d) **Falta de filiação partidária** – Como já exposto, não se admite candidatura extrapartidária; por isso, quem não estiver filiado a partido político pelo prazo de 01 (um) ano não poderá registrar a candidatura;

e) **Militares de carreira –** O art. 14, § 8.º, veda o exercício de cargo eletivo ao militar que não se desincompatibilizar.[12]

Elencamos o militar dentre as hipóteses de inelegibilidade absoluta, pois, se nada fizer, inelegível está. No entanto, há quem discorde, como José Afonso da Silva,[13] para quem “não é absoluta a inelegibilidade quando se prevê prazo de desincompatibilização e meios de liberação do vínculo dependente do sujeito inelegível”.

Para poder concorrer às eleições, o militar deve seguir a seguinte orientação:

I – se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade;

II – se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

10.5.1.2 Inelegibilidade relativa

São impedimentos a certos cargos eletivos em razão de situações específicas, ou seja, restrições que operam em determinadas situações pessoais. São elas:

a) **Fator de idade –** Como já dito, os mandatos eletivos pressupõem uma idade mínima do candidato. Assim, a idade atua como limitador para o exercício de cargos;

b) **Fixação de domicílio** – Uma das condições de elegibilidade é o domicílio eleitoral na circunscrição, como já visto (art. 14, § 3.º, IV). Se, por exemplo, o título de eleitor da pessoa está registrado no Município de Fortaleza/CE, não poderá concorrer a Prefeito pelo Município de Rio Branco/AC;

c) **Por vinculação funcional para o mesmo cargo** (art. 14, § 5.º) – Não são elegíveis, para o mesmo cargo, num *terceiro período* subsequente, os membros do Executivo, ou seja, o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos ou quem os houver sucedido ou substituído.

Desde a primeira Constituição Republicana, de 24 de fevereiro de 1891, até a atual Constituição Federal, de 1988, o sistema político-constitucional brasileiro jamais admitiu a possibilidade de o detentor de mandato executivo se candidatar à reeleição, só sendo possível a partir de 1997, com a EC 16, chamada de emenda da reeleição.

Sobre esta vedação, há ainda algumas considerações:

I – aquele que foi titular de 2 mandatos sucessivos na chefia do executivo não pode candidatar-se, durante o período eletivo subsequente, à eleição prevista no art. 81 da CR, seja direta ou indireta, pois uma mesma pessoa exerceria a chefia do Executivo por 3 mandatos sucessivos;

II – o Chefe do Poder Executivo, que esteja exercendo seu segundo mandato sucessivo, não pode renunciar antes do término deste, no intuito de pleitear nova

recondução para o período subsequente. Não se afastaria a inelegibilidade, pois estaria configurada fraude à Constituição;[14]

III – o Vice-Presidente da República, os Vice-Governadores e os Vice-Prefeitos estão proibidos de pleitear mais de uma reeleição,[15] mas nada impede que possam se candidatar, sem restrição alguma, à vaga dos respectivos titulares, salvo se os sucederem ou os substituírem nos últimos 6 meses antes do pleito do segundo mandato;

IV – apesar de o texto constitucional (art. 14, § 5.º) usar a expressão "sucedido ou substituído", o STF entendeu que a mera substituição não é fator impeditivo para reeleição, só sendo aplicada a vedação quando houver sucessão definitiva.[16]

Ao reconhecer o instituto do **prefeito itinerante ou prefeito profissional**, o STF proibiu que o Prefeito que já exerceu dois mandatos concorresse à prefeitura de Município contíguo que havia sido criado em razão de desmembramento do Município onde aquele postulante exerce a chefia da municipalidade.[17]

Esse julgado foi a base para que o STF impedisse a figura do prefeito itinerante em um conceito mais abrangente. Atualmente, o chefe do executivo não poderia concorrer a um terceiro mandato em qualquer outra localidade.[18]

d) **Por vinculação funcional para outros cargos** (art. 14, § 6.º) – Não serão elegíveis para outros cargos o Presidente da República, os Governadores e os Prefeitos enquanto não se desincompatibilizarem, devendo renunciar ao mandato até 6 (seis) meses antes do pleito.

Os vices são elegíveis a qualquer outro cargo, preservando seus mandatos, sem necessidade de renunciarem, desde que, nos 6 meses anteriores ao pleito, não tenham sucedido ou substituído o titular.

e) **Por vinculação funcional em razão dos laços familiares** (art. 14, § 7.º) – Trata-se da chamada **inelegibilidade reflexa**. De acordo com este preceito, "são inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição".

De início, é bom esclarecer que o termo "jurisdição" não é técnico, devendo ser entendido como "circunscrição".

Segundo esta regra, o Presidente da República, os Governadores e Prefeitos tornam inelegíveis seus: a) cônjuges; b) companheiros (hétero ou homoafetivos); c) avós; d) pais; e) irmãos; f) filhos; g) netos; h) sogros; e i) cunhados(as), para cargos eletivos dentro dos entes federativos onde exercem suas funções.

A inelegibilidade em razão dos laços familiares com o chefe do executivo repercute por todos os cargos eletivos, seja do Poder Legislativo ou do Poder Executivo.

Já os laços familiares com os membros do Poder Legislativo não causam inelegibilidade.

Caso uma das pessoas impedidas já seja detentora de mandato eletivo, ela pode ser reeleita. Da mesma forma, se for eleita na mesma eleição, não há contaminação.

A mera separação de fato não afasta o impedimento estudado.[19]

Havendo laços familiares com o Governador, o impedimento valerá para todo o Estado; com o Prefeito, o impedimento valerá para o Município.

O Tribunal Superior Eleitoral já decidiu ser possível parentes consanguíneos ou afins e cônjuges de Prefeito concorrerem ao cargo de Deputado Estadual ou outros cargos que se processam em circunscrição estadual.

Na esteira desse entendimento, é possível que as pessoas citadas concorram a cargos em circunscrições mais extensas. O impedimento seria somente para extensões territoriais iguais ou menores. Vale observação especial aos cargos de Deputado Federal e Senador, eis que, apesar de exercerem sua função no legislativo federal, são eleitos pelo povo do Estado. Logo, parentes até segundo grau, cônjuges e afins do Governador não poderão concorrer para Deputado Federal ou Senador pelo mesmo Estado.

10.6 CASSAÇÃO, SUSPENSÃO E PERDA DOS DIREITOS POLÍTICOS

Impende observar que a Constituição veda expressamente, no art. 15, a **cassação** dos direitos políticos, que seria hipótese de perda destes por ato arbitrário do governo.

Entretanto, afiguram-se possíveis a **perda** (privação definitiva dos direitos políticos ativos e passivos), a **suspensão** (privação temporária dos direitos políticos ativos e passivos) e a **inabilitação** (impossibilidade de concorrer a

determinado cargo). As hipóteses de perda e suspensão passaremos a analisar com vênias, pois a Constituição não as elencou separadamente, deixando a missão a cargo da doutrina.

10.6.1 Perda dos direitos políticos

a) **Cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado** (art. 15, I) – Como afirmado, a nacionalidade é pressuposto da cidadania. Por consequência, a ausência de nacionalidade ceifa a possibilidade de exercícios dos direitos políticos, ressalvada a situação jurídica do português naturalizado.

b) **Incapacidade civil absoluta** (art. 15, II) – A pessoa que não se encontra em condições de exercer atos da vida civil fica impedida de exercer direitos políticos.

Por óbvio, a incapacidade civil sem chance de recuperação, como a interdição motivada por mal de Alzheimer, gera perda dos direitos políticos. Entretanto, se houver chance de recuperação, haverá suspensão dos direitos políticos.

10.6.2 Suspensão dos direitos políticos

a) **Condenação criminal transitada em julgado** (art. 15, III) – Esta hipótese deve ser lida em conjunto com a Súmula 9 do TSE, segundo a qual "a suspensão de direitos políticos decorrente de condenação criminal transitada em julgado cessa com o cumprimento ou a extinção da pena, independendo de reabilitação ou de prova de reparação dos danos".

Esta restrição incide independentemente de manifestação expressa a respeito de sua incidência na decisão condenatória.

Também não possui nenhuma correlação com a prisão, isto é, **presos cautelarmente podem exercer plenamente direitos políticos ativos**. Quanto aos direitos políticos passivos, dependerá da inexistência de decisão condenatória por órgão colegiado nos moldes do art. 1.º, I, *e*, da LC 64/1990.

Explica-se: em 2010, a LC 135 ("Lei ficha limpa") alterou a LC 64/1990, prevendo que são inelegíveis as pessoas submetidas à decisão condenatória proferida por órgão judicial colegiado, pela prática de determinados crimes (previstos nos arts. 1.º, I, *e*, 1.º ao 10 da LC 64/1990). Dessa forma, a prisão não gera restrição aos direitos políticos, porém a decisão colegiada condenatória pode restringir direitos políticos passivos, e o trânsito em julgado restringe

direitos políticos ativos e passivos.

A condenação por prática de contravenção penal não gera restrição aos direitos políticos.

b) **Recusa a cumprir obrigação a todos imposta, bem como a prestação alternativa** (art. 15, IV) – Em que pese grande parte da doutrina elencar esta hipótese como perda, preferimos nos ater à orientação do TSE[20] e ao art. 4.º, § 2.º, da Lei 8.239/1991,[21] que elencam esta hipótese como suspensão dos direitos políticos, pois podem ser readquiridos.

c) **Prática de atos de improbidade administrativa nos termos do art. 37, § 4.º**(art. 15, V) – Esta suspensão deverá ser declarada em processo judicial, vedado procedimento administrativo que importe na restrição do direito político. Além de suspensão dos direitos políticos, o ato de improbidade pode ainda acarretar na perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível.

d) **Ato de Vereador, Deputado Estadual, Distrital, Federal ou Senador incompatível com o decoro parlamentar ou prática de ato vedado pelo art. 54 da CRFB** – Neste sentido, dispõe o art. 1.º, I, *b*, da LC 64/1990 que são inelegíveis para qualquer cargo "os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa e das Câmaras Municipais, que hajam perdido os respectivos mandatos por infringência do disposto nos incisos I e II do artigo 55 da Constituição Federal, dos dispositivos equivalentes sobre perda de mandato das Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos Municípios e do Distrito Federal, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos oito anos subsequentes ao término da legislatura".

10.7 PARTIDOS POLÍTICOS

Partidos políticos são pessoas jurídicas de direito privado que, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, devem registrar seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral (art. 17, § 2.º, da CF).

A Constituição resguarda a livre 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 o caráter nacional; a proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; a prestação de contas à Justiça Eleitoral e o funcionamento parlamentar de acordo com a lei (art. 17 da CF).

A Resolução editada pelo TSE 21.002/2002 impunha a obrigatoriedade de verticalização, isto é, os partidos políticos coligados em eleições presidenciais não poderiam formar aliança nas esferas estadual, distrital ou municipais com outros partidos que lançaram, da mesma forma, candidatura presidencial. Restrição racional, na medida em que as propostas de governo guardam coerência, não sendo críveis partidos opositores em âmbito federal terem o mesmo ideal no âmbito estadual.

Entretanto, a EC 52/2006 pôs fim à verticalização, incluindo no art. 17, § 1.º, da CRFB a previsão: "É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, **sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal**, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária".

A Constituição assegura aos partidos políticos recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão.

O STF fixou entendimento que o direito a propaganda eleitoral deve ser assegurado até aos partidos novos, criados após a realização das eleições para Câmara dos Deputados.[22]

Sobre o tema, bom anotar que a Lei 12.875/2013, alterando o art. 47, § 2.º, da Lei 9.504/1997, estabelece que o horário de propaganda eleitoral deve ser concedido a todos os partidos e coligações que tenham candidato (e não apenas aos partidos com representação na Câmara dos Deputados).

10.8 FIDELIDADE PARTIDÁRIA E FIDELIDADE DA COLIGAÇÃO ELEITORAL

O Supremo Tribunal Federal entendeu que nas eleições proporcionais o voto, de regra, pertence ao partido político e não ao legislador eleito,[23] pois a "ruptura

dos vínculos de caráter partidário e de índole popular, provocada por atos de infidelidade do representante eleito (infidelidade ao partido e infidelidade ao povo), subverte o sentido das instituições, ofende o senso de responsabilidade política, traduz gesto de deslealdade para com as agremiações partidárias de origem, compromete o modelo de representação popular e frauda, de modo acintoso e reprovável, a vontade soberana dos cidadãos eleitores, introduzindo fatores de desestabilização na prática do poder e gerando, como imediato efeito perverso, a deformação da ética de governo, com projeção vulneradora sobre a própria razão de ser e os fins visados pelo sistema eleitoral proporcional, tal como previsto e consagrado pela Constituição da República".[24]

Porém, essa regra comporta as exceções previstas no art. 1.º, § 1.º, incisos I a IV, da Resolução 22.610/TSE. Assim, o mandato pertencerá ao parlamentar quando sua saída do partido político for justificada, isto é, se houver justa causa. De acordo com a citada Resolução, considera-se justa causa: I) incorporação ou fusão do partido; II) criação de novo partido; III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; IV) grave discriminação pessoal.

O STF, analisando o MS 26.602/DF, seguindo orientação firmada na consulta ao TSE 1.398/DF, de 27.03.2007, referendou o texto supracitado afirmando que "o abandono de legenda enseja a extinção do mandato do parlamentar, ressalvadas situações específicas, tais como mudanças na ideologia do partido ou perseguições políticas, a serem definidas e apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral".[25]

Essa jurisprudência amadureceu e gerou derivações. Quando o partido político pertencer a uma coligação partidária, o mandato pertencerá a esta e não ao partido.[26]

O fundamento é que, embora a coligação não possua personalidade jurídica, pode ser considerada pessoa jurídica "pro tempore",[27] investida de capacidade processual que lhe permite estar em juízo, atuando, perante a Justiça Eleitoral, como se fosse um único partido. E mais, "quem registra os candidatos para concorrerem no processo eleitoral é a coligação, e não os partidos políticos que a compõem (art. 11, *caput*, da Lei 9.504/97). Do mesmo modo, é a coligação quem pode substituir candidato inelegível, que tenha renunciado ou falecido, na forma do art. 13. (...) Há duas regras de ouro para o preenchimento das vagas pelos candidatos (...): (a) o preenchimento dos lugares com que cada partido ou coligação for contemplado far-se-á segundo a ordem de votação recebida pelos seus candidatos (§ 1.º do art. 109 do Código Eleitoral), e (b) só poderão

concorrer à distribuição dos lugares os partidos e coligações que tiverem obtido quociente eleitoral (§ 2.º do art. 109 do Código Eleitoral)".[28] Nesses termos, os suplentes são aqueles não eleitos mais votados sob a mesma legenda partidária ou sob a mesma coligação, que compõem as listas registradas. Apesar de as coligações deixarem de existir, o resultado das eleições persiste no tempo, sendo eficaz e vinculante.

10.9 EXERCÍCIOS DE FIXAÇÃO

1. (87.º MP/SP – 2010) Assinale a alternativa correta:

A) É possível a cassação dos direitos políticos, sua perda ou suspensão, que se dará nos casos de cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; incapacidade civil absoluta; condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5.º, VIII (CF); improbidade administrativa nos termos do art. 37, § 4.º (CF).

B) Não é possível a cassação dos direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; incapacidade civil absoluta; condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5.º, VIII (CF); improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4.º (CF).

C) A cassação dos direitos políticos só é possível nos casos de improbidade administrativa.

D) A perda ou a suspensão dos direitos políticos não é possível nem mesmo nos casos de improbidade administrativa e de incapacidade civil absoluta.

E) Não é possível a cassação dos direitos políticos e nem a sua perda ou suspensão.

2. (MP/SE – CESPE/2010) Tendo em vista a disciplina constitucional

relativa aos direitos de nacionalidade e aos direitos políticos, assinale a opção correta.

A) A CF veda expressamente a extradição do brasileiro, seja ele nato ou naturalizado.

B) Os estrangeiros originários de países de língua portuguesa adquirirão a nacionalidade brasileira se mantiverem residência contínua no território nacional pelo prazo mínimo de quatro anos, imediatamente anteriores ao pedido de naturalização.

C) Mesmo que já sejam detentores de mandato eletivo ou candidatos à reeleição, são absolutamente inelegíveis o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do presidente da República, do governador de estado, do prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito.

D) O militar somente pode ser candidato a cargo eletivo se possuir mais de dez anos de serviço.

E) Para concorrer à reeleição, os detentores de cargos eletivos no Poder Executivo não precisam renunciar ao mandato.

3. (183.º Magistratura SP – VUNESP) Nossa ordem constitucional estabelece institutos de democracia semidireta, dentre os quais:

I. a iniciativa popular, 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;

II. o referendo, podendo ser utilizado pelo Congresso Nacional nos casos em que este decidir ser conveniente, indicado em casos específicos como para a formação de novos Estados e de novos Municípios;

III. o plebiscito, espécie de consulta popular semelhante ao referendo, mas o único apto a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional.

Está correto apenas o contido em

A) I.

B) II e III.

C) III.

D) II.

E) I e III.

4. (Procurador do Trabalho/MPT – 2013) A Constituição da República veda a cassação de direitos políticos, porém permite sua perda ou suspensão em algumas hipóteses, dentre elas:

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. 5.º, VIII, da Constituição.

V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4.º, da Constituição.

Estão corretas:

A) apenas as assertivas II, III e V;

B) apenas as assertivas I, III e IV;

C) apenas as assertivas II e V;

D) todas as assertivas;

5. (Advogado/TJSP – Vunesp/2013) Considere as seguintes pessoas, suas respectivas condições e pretensões políticas:

I. João da Silva, brasileiro nato, 20 anos de idade, quer candidatar-se ao cargo de Vereador.

II. Maria Patriota, brasileira naturalizada, 29 anos de idade, pretende candidatar-se ao cargo de Deputado Federal.

III. Pedro da Mata, 17 anos de idade, brasileiro naturalizado, residente e domiciliado no Brasil, conscrito, quer alistar-se como eleitor.

Com base nessas informações, considerando que nenhum outro impedimento existe para os casos descritos, e considerando, ainda, o disposto na Constituição Federal sobre direitos políticos, é correto afirmar que:

A) João da Silva poderá candidatar-se ao cargo de Vereador, enquanto Maria Patriota não, por ser naturalizada, e Pedro da Mata apresenta dois impedimentos constitucionais à sua pretensão: o fato de ser naturalizado e de ser conscrito.

B) Todos eles estão aptos a suas pretensões políticas, visto que nenhum deles apresenta qualquer impedimento constitucional.

C) João da Silva está apto a candidatar-se ao cargo pretendido, mas Maria Patriota não possui a idade mínima exigida para o cargo, e Pedro da Mata está impedido de alistar-se como eleitor por ser conscrito.

D) João da Silva não pode se candidatar a Vereador, em razão de não possuir a idade mínima como condição de elegibilidade, e o mesmo ocorre com Maria Patriota, que também não possui a idade mínima para candidatar-se a Deputada Federal, enquanto nada impede que Pedro da Mata possa alistar-se como eleitor.

E) João da Silva e Maria Patriota poderão regularmente candidatar-se aos respectivos cargos políticos, mas Pedro da Mata não poderá alistar-se como eleitor por ser conscrito.

6. **(Defensor Público/RR – CESPE/2013) No que se refere aos direitos à nacionalidade e aos direitos políticos, assinale a opção correta.**

A) A CF dotou o analfabeto de capacidade eleitoral ativa e passiva.

B) Assim como os líderes da maioria e da minoria da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, os cidadãos que integrarem o Conselho da República deverão ser brasileiros natos.

C) A perda da nacionalidade decorrente de aquisição voluntária de outra nacionalidade pode atingir tanto brasileiros natos quanto naturalizados e independerá de ação judicial, já que se concretiza no âmbito de procedimento meramente administrativo.

D) Se o extraditando tiver filho brasileiro, não será admitida a sua

extradição.

E) Se o indivíduo sofrer condenação penal decorrente de conduta culposa, sem pena privativa de liberdade, transitada em julgado, não terá seus direitos políticos suspensos.

7. (Magistratura/PR – UFPR/2013) Considere as seguintes afirmativas:

1. Extradição é o modo utilizado pelo Brasil para entregar o estrangeiro a outro Estado por delito nele praticado.

2. Referendo é uma consulta prévia que se faz aos cidadãos no gozo de seus direitos políticos sobre determinada matéria a ser, posteriormente, discutida pelo Congresso Nacional.

3. O voto é obrigatório para os maiores de dezoito anos e facultativo para os maiores de setenta anos.

Assinale a alternativa correta.

A) Somente as afirmativas 1 e 2 são verdadeiras.

B) Somente as afirmativas 2 e 3 são verdadeiras.

C) Somente a afirmativa 3 é verdadeira.

D) Somente a afirmativa 1 é verdadeira.

8. (Juiz do Trabalho/TRT8 – 2013) A respeito dos Direitos Políticos previstos na Constituição da República, assinale a alternativa CORRETA:

A) O alistamento eleitoral e o voto são facultativos para os analfabetos, os maiores de sessenta e cinco anos, e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

B) Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período em que estiverem nas Forças Armadas, os soldados.

C) São condições de elegibilidade, na forma da lei, ser brasileiro nato, o pleno exercício dos direitos políticos, o alistamento eleitoral, a residência na circunscrição, e a filiação partidária.

D) São inelegíveis somente os inalistáveis.

E) 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 plebiscito, referendo e iniciativa popular.

9. (MINISTÉRIO PÚBLICO/SP – 2012) A regra da reeleição no Brasil para chefia do Executivo Municipal estabelece que é

A) Elegível o Prefeito que, após exercer dois mandatos em determinado Município, renuncia seis meses antes da eleição e pretende se candidatar a Vice-Prefeito do mesmo Município.

B) Inelegível, para o mandato subsequente de Prefeito, o vice-prefeito que, durante seus dois mandatos substituiu diversas vezes o titular em suas ausências temporárias.

C) Elegível o Prefeito que, tendo sido eleito como vice-prefeito e assumido o cargo pela morte do titular, foi eleito para um novo mandato subsequente e pretende se candidatar a Prefeito do mesmo Município.

D) Inelegível o Prefeito que, após exercer dois mandatos em determinado Município, renuncia seis meses antes da eleição e pretende se candidatar a Prefeito em outro Município.

E) Elegível o Prefeito que, após exercer dois mandatos em determinado Município, renuncia seis meses antes da eleição e pretende se candidatar a Prefeito no mesmo Município.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

[1]Um exemplo de plebiscito ocorreu em 21 de abril de 1993, por força do art. 3.º do ADCT, com a redação dada pela EC 2/1992, quando o eleitorado foi às urnas para decidir se mantinha a república e o presidencialismo ou alterava a forma e o sistema de governo para a monarquia e o parlamentarismo, tendo optado pela manutenção do regime vigente.

[2]Lei Complementar 135/2010, Leis 8.930/1994, 9.840/1999 e 11.124/2005.

[3]AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional* cit., p. 273.

[4]SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 348.

[5]FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional* cit., p. 114.

[6]Art. 14 da Res. 21.538/2004 do TSE.

[7]Conscritos são as pessoas recrutadas para o serviço militar obrigatório (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio*: o dicionário da língua portuguesa. 6. ed. rev. e atual. Curitiba: Positivo, 2005. p. 258).

[8]"Recurso ordinário. Eleições. Ação de impugnação de registro de candidatura. Deputado Estadual. Português com igualdade de direitos. Registro deferido pela Corte regional. Condição de elegibilidade. Fungibilidade processual. Recurso ordinário recebido como Respe. Negado provimento. – No momento do alistamento eleitoral, o português deve comprovar a condição de igualdade; – Possibilidade de questionamento, a qualquer tempo, se verificado vício ou irregularidade na condição de igualdade de português; – Negado provimento" (RO 1.122/SP, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 29.09.2006).

[9]TSE, Res. 23.180, Consulta 1.731/DF, rel. Min. Marcelo Ribeiro, j. 17.11.2009.

[10]As principais causas de inelegibilidades estão previstas no art. 1.º da Lei Complementar 64/1990, cuja leitura recomendamos.

[11]Dentre eles, os principais artigos incluídos pela LC 135/2010 na LC

64/1990 são os que tornam inelegível quem tenha contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, proferida por órgão colegiado – independentemente de trânsito em julgado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes (art. 1.º, I, *d*, LC 64/1990); os que forem condenados, em decisão proferida por órgão judicial colegiado – independentemente do trânsito em julgado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, por determinados crimes (art. 1.º, I, *e*, LC 64/1990); os que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura (art. 1.º, I, *k*, LC 64/1990).

[12]TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional* cit., 2010. p. 811.

[13]SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 389.

[14]TSE, Res. 20.114/1998 – Consulta 366 – Classe 5.ª/DF, rel. Min. Néri da Silveira.

[15]Em sentido contrário, entendendo que não há limite de reeleição ao Vice-Presidente, Vice-Governador e Vice-Prefeito, cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 390.

[16]"Vice-governador eleito duas vezes para o cargo de vice-governador. No segundo mandato de vice, sucedeu o titular. Certo que, no seu primeiro mandato de vice, teria substituído o governador. Possibilidade de reeleger-se ao cargo de governador, porque o exercício da titularidade do cargo dá-se mediante eleição ou por sucessão. Somente quando sucedeu o titular é que passou a exercer o seu primeiro mandato como titular do cargo. II – Inteligência do disposto no § 5.º do art. 14 da Constituição Federal. III – RE conhecidos e improvidos" (STF, RE 366.488/SP, rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 28.10.2005).

[17]AC 2.821 MC-AgR/AM, rel. Min. Luiz Fux, j. 25.08.2011.

[18]RE 637.485, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01.08.2012.

[19]TSE, REsp16.583, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 27.09.2000.

[20]Res. 12.538/2003 do TSE.

[21]Lei 8.239/1991. "Art. 4.º Ao final do período de atividade previsto no § 2.º do art. 3.º desta lei, será conferido Certificado de Prestação Alternativa ao Serviço Militar Obrigatório, com os mesmos efeitos jurídicos do Certificado de Reservista. § 1.º A recusa ou cumprimento incompleto do Serviço Alternativo, sob qualquer pretexto, por motivo de responsabilidade pessoal do convocado, implicará o não fornecimento do certificado correspondente, pelo prazo de dois anos após o vencimento do período estabelecido. § 2.º Findo o prazo previsto no parágrafo anterior, o certificado só será emitido após a decretação, pela autoridade competente, da suspensão dos direitos políticos do inadimplente, que poderá, a qualquer tempo, regularizar sua situação mediante cumprimento das obrigações devidas."

[22]"O Plenário, por maioria, julgou parcialmente procedente pedido formulado em ação direta ajuizada, pelo Partido Humanista da Solidariedade - PHS, contra os artigos 45, § 6.º; e 47, § 2.º, I e II, ambos da Lei 9.504/97 (Lei das Eleições), para: a) declarar a constitucionalidade do § 6.º do art. 45; b) declarar a inconstitucionalidade da expressão 'e representação na Câmara dos Deputados', contida no § 2.º do art. 47; e c) dar interpretação conforme a Constituição ao inciso II do § 2.º do art. 47, com o fim de assegurar aos partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos 2/3 do tempo destinado à propaganda eleitoral no rádio e na televisão, considerada a representação dos deputados federais que migrarem diretamente dos partidos pelos quais tiverem sido eleitos para a nova legenda na sua criação. Ademais, também por maioria, julgou prejudicado pleito formulado em ação direta proposta, pelo Partido Democratas e outros, contra o mesmo art. 47, § 2.º, II, da Lei das Eleições. Vencido o Min. Joaquim Barbosa, que assentava a improcedência do pedido" (ADI 4.430/DF; ADI 4.795 MC/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 27, 28 e 29.06.2012, *Informativo* STF 672).

[23]"O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 26.602/DF, rel. Min. Eros Grau, do MS 26.603/DF, rel. Min. Celso de

Mello, e do MS 26.604/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, firmou orientação no sentido de que o mandato eletivo vincula-se ao partido político sob cuja legenda o candidato disputou o processo eleitoral, motivo pelo qual se reconheceu que as agremiações partidárias têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema proporcional, em casos de infidelidade partidária" (MS 30.380 MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, 31.03.2011).

[24]MS 26.603/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 19.12.2008.

[25]MS 26.602/DF, rel. Min. Eros Grau, *DJ* 17.10.2008.

[26]"O afastamento temporário de deputados federais deve ser suprido pela convocação dos suplentes mais votados da coligação, e não daqueles que pertençam aos partidos, aos quais filiados os parlamentares licenciados, que compõem a coligação, de acordo com a ordem de suplência indicada pela Justiça Eleitoral" (MS 30.260/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 27.04.2011; MS 30.272/MG, rel. Min. Cármen Lúcia, 27.04.2011).

[27]Ac. 24.531, rel. Min. Luiz Carlos Madeira, *DJ* 30.09.2005.

[28]MS 303.80 MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 31.03.2011.

11

DA ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

Sumário: 11.1 Formas de Estado: 11.1.1 Estado unitário; 11.1.2 Estados regionais; 11.1.3 Estado autonômico; 11.1.4 Estado composto – 11.2 Espécies de federalismo: 11.2.1 Federalismo dualista, ou cooperativo, ou de integração; 11.2.2 Federalismo simétrico e assimétrico; 11.2.3 Federalismo de equilíbrio; 11.2.4 Federalismo orgânico – 11.3 Características da Federação – 11.4 Classificação do federalismo – 11.4.1 Quanto à formação – 11.4.2 Quanto ao tipo – 11.5 Vedações constitucionais aos entes autônomos – 11.6 República Federativa do Brasil – 11.7 União: 11.7.1 Bens da União – 11.7.2 Participação em recursos minerais (*royalties*); 11.7.3 Faixa de fronteira 11.7.4 Regiões administrativas ou em desenvolvimento – 11.8 Estados-membros: 11.8.1 Bens do Estado-membro – 11.8.2 Regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões – 11.9 Distrito Federal – 11.10 Município: 11.10.1 Formação dos Municípios – 11.11 Território Federal – 11.12 Quadro sistematizado de autonomia dos entes federados – 11.13 Repartição de competência dos entes federados: 11.13.1 Classificação de competências – 11.14 intervenção: 11.14.1 Intervenção federal; 11.14.2 Intervenção estadual – 11.15 Exercícios de fixação.

Ao tratar da organização do Estado, estamos falando de uma espécie do gênero **divisão dos Poderes Políticos**, que se divide em:

a) Divisão **territorial** ou **vertical** dos poderes políticos, que está ligada à organização do Estado, à forma federativa de Estado, que será estudada neste capítulo.

b) Divisão **funcional** ou **horizontal** dos poderes políticos, que está correlacionada à organização dos Poderes, como os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, que será vista adiante.

11.1 FORMAS DE ESTADO

O Estado pode se estruturar das formas que estudaremos a seguir.

11.1.1 Estado unitário

A tomada de decisões fica a cargo do Governo nacional. Entretanto, o que ocorre após a tomada de decisões é que determina se o Estado é unitário puro, descentralizado administrativamente ou descentralizado administrativa e politicamente, a saber:

a) **Estado unitário puro** ou **centralizado** – Neste, o poder é exercido exclusivamente por um órgão central, atuando em todas as áreas. O Vaticano, que se tornou soberano com a assinatura do Tratado de Latrão, de 1929, pode ser considerado um exemplo desta forma de Estado.

b) **Estado unitário descentralizado administrativamente** – Nesta forma de Estado, o órgão central mantém a concentração do poder emanando ordens, porém o cumprimento delas caberia a órgãos criados pelo Governo nacional.

c) **Estado unitário descentralizado administrativa e politicamente** – Além de cumprir as ordens emanadas pelo Governo central, os órgãos administrativos têm opção de escolha entre as melhores medidas a serem tomadas. Assim, além de cumprir decisões do órgão central, os entes podem escolher, dentre tantas, a melhor alternativa a ser seguida. Esta forma de Estado é a mais comum dentro dos países europeus.

11.1.2 Estados regionais

Este é um desdobramento do Estado unitário, aproximando-se do Estado composto, em que os entes regionais possuem competência legislativa ordinária sem poder constituinte, isto é, os órgãos possuem competência para elaborar leis, mas não podem estabelecer Constituições próprias, como constatamos no Brasil (art. 25 da CR). Ademais, a competência para estabelecer regiões mantém-se com o Governo central, *v.g*., Itália.[1]

11.1.3 Estado autonômico

É parecido com o Estado regional, com os entes regionais dotados de poderes para elaborar a legislação ordinária, sem poder constituinte para sua auto-organização. Contudo, a competência para estabelecer regiões compete aos órgãos regionais, sujeita à aprovação do Governo central, tal qual ocorre na

Espanha.[2]

11.1.4 Estado composto

Este se divide em Confederação e Federação.

11.1.4.1 Confederação

Nessa forma de Estado, diversos entes soberanos se unem por meio de tratado internacional, seja em razão de economia, seja em razão de segurança interna ou defesa externa. É bom notar que a soberania permanece com cada ente confederado, mesmo depois do estabelecimento do vínculo confederado; ou seja, caso desejem se desligar da confederação, possuem força para fazê-lo.

11.1.4.2 Federação

É a atual forma adotada pelo Brasil. Esta forma de Estado se caracteriza pela coexistência de um poder soberano e diversas forças políticas autônomas, unidas por uma Constituição. Nesta hipótese, diferentemente da confederação, só existe um poder soberano, sendo os demais entes detentores de autonomia.

O ente soberano possui poder supremo na ordem interna e independente na ordem externa, podendo firmar relações e acordos com quem entender. Já o poder **autônomo** é o poder concedido aos demais entes para elaborarem normas de **auto-organização**, **autolegislação**, possibilitando o estabelecimento de **auto-governo** para **autoadministração**, sempre pautados pelos limites impostos pelo poder soberano.

11.2 ESPÉCIES DE FEDERALISMO

11.2.1 Federalismo dualista, ou cooperativo, ou de integração

No tocante à relação entre os entes autônomos, estes podem ser dualistas, cooperativos ou de integração.

No federalismo **dual** (ou **dualista**, **clássico)**, as entidades autônomas são distintas, estanques, não se comunicam. Já no federalismo **cooperativo**, os entes atuam de forma coordenada, exercendo, inclusive, atribuições em conjunto. No federalismo **de integração**, por sua vez, há predominância da União em relação

às demais unidades, aproximando-se do Estado unitário.

11.2.2 Federalismo simétrico e assimétrico

Nesta análise, são perquiridas diversas questões, como a cultura, língua, desenvolvimento das entidades autônomas.

Desta feita, no federalismo **simétrico**, há uniformidade de cultura, língua e desenvolvimento entre as entidades autônomas, como ocorre nos Estados Unidos da América.

No federalismo **assimétrico**, ao revés, ocorre diversidade de cultura, língua ou desenvolvimento, como ocorre no Canadá (onde há diversidade de língua e cultura) e na Suíça (onde há diversidade de etnia).

Não comungamos da mesma opinião de alguns doutrinadores,[3] que sustentam que no Brasil há um "erro de simetria" em razão da igualdade de números de Senadores (três) para todos os Estados da Federação, independentemente da sua extensão territorial. Isso ocorre porque o Senado Federal representa o Estado e a autonomia é igual para todos os entes da federação, devendo ter igualdade de oportunidades.

11.2.3 Federalismo de equilíbrio

Traduz-se na necessidade de que no federalismo mantenha-se o delicado equilíbrio entre as entidades federativas.

Na opinião de André Ramos Tavares,[4] "isso pode ser alcançado pelo estabelecimento de regiões de desenvolvimento (entre os estados) e de regiões metropolitanas (entre os municípios), concessão de benefícios, além de redistribuição de rendas".

11.2.4 Federalismo orgânico

Nesta espécie, as "unidades federadas se formam à simples imagem e semelhança do todo-poderoso poder central".[5] Nesta hipótese, o poder central limita por demais os poderes autônomos, sendo quase um regresso ao unitarismo.

É o que ocorre quando, *v.g.*, a Constituição disciplina tão pormenorizadamente as atribuições dos órgãos autônomos, o que deixa pouca margem para o exercício livre do poder político.[6]

11.3 CARACTERÍSTICAS DA FEDERAÇÃO

Em que pese a possibilidade de cada Estado federado ter características próprias, há alguns traços que todas as federações devem possuir, sob pena de ofender a forma federativa de Estado (art. 60, § 4.º, I, da CR):

a) **Descentralização política** – Os entes federados devem possuir margem de discricionariedade política;

b) **Existência de uma constituição rígida** – Possibilita a estabilidade aos entes federados;

c) **Existência de um órgão guardião da Constituição** – No Brasil é o STF, pela previsão expressa do art. 102, *caput*, da CRFB;

d) **Soberania do Estado federal –** Além de entes autônomos, a federação é dotada de um órgão munido de um poder maior, denominado "soberania";

e) **Auto-organização dos Estados-membros –** Os Estados possuem liberdade para estabelecer regras de condutas próprias para sua realidade mediante Constituições próprias (art. 25), sempre nos parâmetros impostos pelo poder soberano;

f) **Inexistência do direito à secessão –** Em razão do **princípio da indissolubilidade do vínculo federativo** (art. 1.º da CF), um ente autônomo não pode se separar da federação. Caso haja tentativa de independência, caberá intervenção federal no Estado rebelde (art. 34, I), com suspensão temporária de sua autonomia;

g) **Existência de um órgão representativo dos Estados-membros em âmbito federal** – No Brasil é função do Senado Federal;

h) **Repartição de receita tributária** – Assegura a estabilidade entre os entes federados (arts. 157 ao 159).

11.4 CLASSIFICAÇÃO DO FEDERALISMO

O federalismo pode ser classificado no tocante a sua formação e ao seu tipo.

11.4.1 Quanto à formação

11.4.1.1 Federalismo por movimento centrípeto (agregação)

Parte de entes independentes e soberanos que se unem para criar um Estado federal único, cedendo a soberania para um único ente e mantendo o poder autônomo. Além da Alemanha e Suíça, os Estados Unidos se caracterizam por ter criado o federalismo por meio de movimento centrípeto.

Para explicar melhor essa forma de Estado, é bom discorrer em poucas linhas sobre a criação do federalismo nos EUA: após a independência de treze colônias britânicas, estas resolveram se unir sob a forma de Confederação, em 1781, firmando o tratado conhecido como Artigos de Confederação, dando origem aos Estados Unidos Reunidos em Congresso, órgão pelo qual as antigas treze colônias (agora como Estados participantes de uma Confederação) tomavam decisões a respeito de interesses comuns. Com o amadurecimento da relação entre os Estados independentes confederados, os representantes dos Estados participantes reuniram-se na Convenção de Filadélfia, em 1787, com a ausência apenas do representante de Rhode Island. Naquela reunião, ficou estabelecido que seria adotada a forma federativa de Estado.[7] Dessa forma, Estados independentes confederados resolveram ceder sua soberania para um ente que reuniria todos os Estados participantes, e estes seriam detentores somente de poder autônomo.

11.4.1.2 Federalismo por movimento centrífugo (segregação ou desagregação)

Ocorre quando um Estado unitário abre mão de parcela do poder, delegando poder autônomo para órgãos regionais. No Brasil, por exemplo, o Marechal Floriano Vieira Peixoto instituiu, pelo Decreto 01, de 15.11.1889, além da República, o federalismo. Por meio deste documento foi concedido poder autônomo para os Estados, desagregando o poder que estava enraizado nas mãos da União.

11.4.2 Quanto ao tipo

11.4.2.1 Federalismo clássico (em dois níveis)

Quando o federalismo é formado por uma ordem soberana e duas ordens autônomas. Ex.: Canadá e EUA.

11.4.2.2 Federalismo sui generis *(em quatro níveis, multifacetado ou de 3.º grau)*

Este federalismo é formado por uma ordem soberana e quatro ordens políticas autônomas, como o Brasil (art. 18).

11.5 VEDAÇÕES CONSTITUCIONAIS AOS ENTES AUTÔNOMOS

O art. 19 veda expressamente que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios:

I – estabeleçam cultos religiosos ou igrejas, subvencione-os, embarace-lhes o funcionamento ou mantenha com eles, ou seus representantes, relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público. Este fato se dá em razão do princípio do laicismo (art. 5.º, VI ao VIII), na medida em que neste País não há religião oficial.

II – recusem fé aos documentos públicos. Assim, não pode um Estado exigir documentos expedidos exclusivamente por seus órgãos, devendo aceitar documentos públicos expedidos por todos os entes da federação.

III – criem distinções entre brasileiros ou preferências entre si. Esta previsão decorre do princípio da igualdade.

11.6 REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

A República Federativa do Brasil é ente soberano e possui natureza jurídica de pessoa jurídica de direito público externo.

Possui a **língua portuguesa** como idioma oficial (art. 13, *caput*), o que se deu em razão da colonização; porém, a Constituição permite às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e processo próprio de aprendizagem (art. 210, § 2.º) e ainda protege a língua indígena (art. 231).

Os **símbolos** da República Federativa do Brasil são:

a) bandeira;

b) hino;
c) armas; e
d) selo nacionais.

Ademais, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão ter símbolos próprios (art. 13, §§ 1.º e 2.º).

Técnica mnemônica

Símbolos – BAHIAS
Bandeira;
Hino;
Armas; e
Selo.

No tocante às **cores nacionais**, a Lei 5.700/1971 estabelece o **verde e amarelo** como as cores nacionais (art. 28); entretanto, nada impede que sejam usadas as cores azul e branca (art. 29).

O título "Dos Princípios Fundamentais" da Constituição Federal está dividido em fundamentos, objetivos e princípios de regência das relações internacionais.

Os **fundamentos** do Brasil são (art. 1.º):

a) soberania;
b) cidadania;
c) dignidade da pessoa humana;
d) valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e
e) pluralismo político.

Técnica mnemônica

Fundamentos – SOCIDIVAPLU
SOberania;
CIdadania;

DIgnidade da pessoa humana;
VAlores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e
PLUralismo político.

Já os **objetivos** são (art. 3.º):

a) construir uma sociedade livre, justa e solidária;
b) garantir o desenvolvimento nacional,
c) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e
d) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Técnica mnemônica

Objetivos – CON GARRA ERRA PROCO
CONstruir uma sociedade livre, justa e solidária;
GARantir o desenvolvimento nacional;
ERRAdicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e
PROmover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Os **princípios de regência das relações internacionais**, por sua vez, são:

a) independência nacional;
b) prevalência dos direitos humanos;
c) autodeterminação dos povos;
d) não intervenção;
e) igualdade entre os Estados;
f) defesa da paz;
g) solução pacífica dos conflitos;
h) repúdio ao terrorismo e ao racismo;

i) cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; e
j) concessão de asilo político.

Técnica mnemônica

Princípios de regência das relações internacionais – INPREAUTO NÃO, IGUALDADE DE SORECOCO.

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; e
COncessão de asilo político.

11.7 UNIÃO

A União é o ente federado que possui a função de congregar os demais entes.

Afirma-se que esse ente possui natureza jurídica de direito público interno e externo porque é detentor de dupla personalidade. No **âmbito interno**, a União "legisla, executa e gerencia serviços públicos federais. Coopera para feitura de leis federais, realizando obras e serviços públicos no âmbito de suas atribuições. Afigura-se como sujeito de direito e deveres, integrando os polos ativo e passivo das relações jurídicas, de modo a suportar encargos decorrentes de sua conduta".[8] Já no **âmbito externo**, a União "representa a República Federativa do Brasil nas suas relações exteriores, embora não seja uma pessoa jurídica de direito internacional, coisa que só o Estado brasileiro o é".[9]

Assim, não se pode confundir a República Federativa do Brasil, ente soberano, com a União, ente autônomo. Nestes termos, apesar de a União atuar em questões internacionais (art. 21, I ao IV), ela o faz representando o Brasil.

O Brasil edita **leis nacionais** que são aplicáveis a todos os entes da federação, tais como o Código Civil e o Código Penal. Já a União edita **leis federais** que só são aplicáveis no âmbito da União, como a Lei 8.112/1990 (lei dos servidores públicos civis da União) e a Lei 9.784/1999 (lei que regula o processo administrativo no âmbito da administração Pública Federal).

11.7.1 Bens da União

Sendo pessoa jurídica, como qualquer outra, a União é titular tanto de direitos pessoais como reais (art. 99, III, do CC). Os bens da União estão arrolados no art. 20 da CRFB:

a) os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos;

b) 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.

   Somente à guisa de esclarecimento, "terras devolutas" são terras devolvidas (nunca tiveram ou já tiveram dono e já não o têm). Essas terras devolutas, em regra, pertencem aos Estados-membros (art. 26, IV), e cabe a União provar que é indispensável para um dos fins do art. 20, II, da CR;

c) 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.[10]

   Pertencem aos Estados-membros todos os demais cursos d'agua (art. 26, I). Só poderão ser particulares as nascentes e as correntes que não se enquadrem nos conceitos de rio e lago;

d) as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas:

   I – as que contenham a sede de Municípios;

   II – as áreas afetadas ao serviço público e à unidade ambiental federal; e

   III – as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no domínio do Estado-membro, Municípios ou terceiros.

As “praias marítimas” são as porções de terras que ficam descobertas na vazante do mar. Estas são todas de propriedade da União;

e) os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;

f) o mar territorial;

g) os terrenos de marinha e seus acrescidos;

h) os potenciais de energia hidráulica (deve-se notar que a propriedade do solo continua sendo de domínio particular, somente o potencial de energia hidráulica é transferido para o domínio da União);

i) os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

j) as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos;

l) as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, cabendo inclusive a demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens (art. 231, *caput*).

Estas são as terras por eles 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 (art. 231, § 1.º).

A Constituição assegura aos índios o **direito ao usufruto** exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (art. 231, § 2.º).

Em que pese os direitos concedidos pela Constituição, é possível que, com autorização do Congresso Nacional e ouvidas as comunidades afetadas, seja realizado o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas. Neste caso, a lei estabelecerá a forma como o índio terá participação nos resultados da lavra.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, as terras indígenas são **bens públicos de uso especial**; “embora não se enquadrem no conceito do art. 99, II, do Código Civil, a sua afetação e a sua inalienabilidade e indisponibilidade, bem como a imprescritibilidade dos direitos a elas relativos, conforme o § 4.º do art. 231 da Constituição, permite incluílas nessa categoria de bens”.[11]

Por fim, cumpre lembrar que a competência para analisar e pacificar conflitos

entre União e Estados-membros envolvendo a propriedade de bens é do STF (art. 102, I, *f*).

11.7.2 Participação em recursos minerais (*royalties*)

O art. 20, § 1.º, resguarda o ente de cujo território a União extrai petróleo ou gás natural: "É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração".

A "compensação financeira" citada nesse dispositivo possui o condão de reparar uma perda, quer caracterizada por um prejuízo propriamente dito, quer por lucro cessante (o que deixou de lucrar), um e outro decorrentes da exploração.[12]

Há na doutrina quem sustente a inconstitucionalidade de participação no resultado da exploração dos recursos da plataforma continental e zona econômica exclusiva, uma vez que estes pertencem à União, na forma do art. 20, V.[13]

Realmente, não há como negar a antinomia. Contudo, para admitir a inconstitucionalidade de parte do art. 20, § 1.º, teríamos que conceber a teoria do alemão Otto Bachof, que admite a existência de normas constitucionais inconstitucionais produzidas pelo poder constituinte originário, com a qual particularmente concordamos, mas não admitida pelo Supremo Tribunal brasileiro.[14]

Em 2012 a maioria dos parlamentares representantes do povo e dos Estados não produtores aprovou a Lei 12.734, alterando a repartição de receita relativa aos *royalties*, medida que foi parcialmente vetada pela Presidente da República.

Já em 2013 o veto presidencial foi rechaçado pelo Congresso Nacional, o que levou os estados produtores a questionar a lei perante o STF (art. 66, §§ 4.º e 5.º).

Dentre as ações propostas no Supremo estão a ADI 4.916, 4.920 e 4.917, tendo sido concedida liminar nesta última para suspender a eficácia de alguns artigos da Lei 12.734/2012.[15]

11.7.3 Faixa de fronteira

A Constituição de 1988 inovou ao dispor sobre faixa de fronteira. A Constituição anterior (1967) não dispunha sobre fronteira, limitando-se a dispor sobre área de segurança nacional.

Atualmente, a faixa de até **cento e cinquenta quilômetros de largura**, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei.

A lei referida já existia antes da promulgação da CR/1988. É a Lei 6.634/1979, regulamentada pelo Decreto 85.064/1980.

11.7.4 Regiões administrativas ou em desenvolvimento

A Constituição permite (art. 43) que a União articule ações em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.

Para possibilitar essas ações, **lei complementar** deve dispor sobre: a) as condições para integração de regiões em desenvolvimento; b) 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. São exemplos de leis complementares que buscam atingir esta finalidade: a LC 68/1991 (dispõe sobre a composição do Conselho de Administração da Superintendência da Zona Franca de Manaus – SUFRAMA), LC 124/2007 (institui a Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia – SUDAM) e a LC 125/2007 (institui a Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE).

Ademais, a Constituição concede um **rol exemplificativo de incentivos**, tais como: a) igualdade de tarifas, fretes, seguros e outros itens de custos e preços de responsabilidade do Poder Público; b) juros favorecidos para financiamento de atividades prioritárias; c) isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas e, por fim, a 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.

Nas referidas regiões de baixa renda, 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.

11.8 ESTADOS-MEMBROS

Os Estados-membros ou Estados federados são unidades autônomas com poderes próprios para organização, governo, legislação e administração:

a) **Auto-organização** é realizada pelas Constituições Estaduais (art. 25);
b) **Autogoverno** é exercido pelo Governador do Estado, que exerce o mandato de quatro anos com possibilidade de uma reeleição, sendo seus subsídios fixados pela Assembleia Legislativa (art. 28);
c) **Autolegislação** é realizada na Assembleia Legislativa por intermédio dos Deputados Estaduais, que também são eleitos pelo sistema proporcional e pelo período de quatro anos sem limite de reeleição, sendo seus subsídios limitados a 75% (setenta e cinco por cento) dos subsídios fixados ao Deputado Federal.

Quanto à composição das assembleias legislativas, é bom esclarecer o nebuloso art. 27. Segundo este dispositivo, o número de deputados na Assembleia Legislativa deve corresponder ao triplo de representação dos Estados na Câmara dos Deputados e, atingido o número de 36, será acrescido quantos forem os deputados federais acima de 12.

Explica-se: um ano antes da eleição, a justiça eleitoral realiza estudos para verificar quantas vagas (cadeiras) o Estado-membro terá direito na Câmara dos Deputados (art. 45, § 1.º). Na medida em que esta casa representa o povo, deve ter representantes em número proporcional ao número de pessoas que vivem naquele Estado.

Cada cadeira concedida para Deputado Federal na Câmara dos Deputados dará ao Estado o direito de colocar três cadeiras para Deputado Estadual na Assembleia Legislativa. Ocorre que, quando houver 12 cadeiras para Deputado Federal em Brasília (o que dará ao Estado o direito de ter 36), a regra muda e passa a ser igual, isto é, cada cadeira na Câmara dos Deputados dará direito a uma cadeira na Assembleia Legislativa.

Até 12 Deputados Federais	A partir de 12 Deputados Federais

Deputado Federal	Cada 1	Cada 1
Deputado Estadual	Soma 3	Soma 1

d) **Autoadministração**, que é o direito que o Estado possui de captar receitas e gerir despesas.

Os Estados-membros possuem natureza de pessoa jurídica de direito público interno.

O art. 18, § 3.º, estabelece regras para **fusão, cisão e desmembramento** dos Estados. Dessa forma, apesar de ser vedada a secessão (ato de se desligar da federação, diminuindo o tamanho territorial do País), é possível criar novos Estados ou que um Estado já existente se divida, se una a outro e assim por diante. Por isso, é melhor analisarmos o tema pormenorizadamente:

a) **Fusão –** ocorre quando dois ou mais Estados se unem, formando um novo Estado. Com isso, os Estados originários deixam de existir. A fusão é o ato de "incorporar-se entre si";

b) **Cisão** – nesta hipótese, um Estado subdivide-se, fazendo com que o Estado originário desapareça. Assim, surgem dois ou mais novos Estados;

c) **Desmembramento** – acontece quando um ou mais Estados cedem parte de seu território. Com a cessão do território, podem acontecer dois fenômenos distintos:

c.1) **desmembramento formação –** quando a parte desmembrada cria novo ente, o que mais recentemente ocorreu com Mato Grosso do Sul e Tocantins. Esses Estados só foram criados graças ao desmembramento realizado em relação às áreas de Mato Grosso e Goiás, respectivamente;

c.2) **desmembramento anexação –** a parte desmembrada anexa-se a outro Estado. Não se confunde com a cisão, pois na anexação o Estado primitivo continua existindo.

Para possibilitar a fusão, cisão e desmembramento, o art. 18, § 3.º, c/c o art. 48, VI, estabelece uma série de **requisitos**:

I – **plebiscito com a população diretamente interessada.** A consulta popular prévia é requisito essencial e prejudicial para a próxima fase,[16] ou seja, a rejeição por qualquer dos entes envolvidos inviabiliza o prosseguimento.

O STF entendeu que a expressão "população diretamente interessada" constante do § 3.º do art. 18 da CF **deve ser a população tanto da área desmembrada do Estado-membro como a da área remanescente**.[17]

II – **propositura do projeto de lei complementar.** Este projeto de lei ocorrerá caso o plebiscito seja favorável, e será proposto por qualquer das casas do Congresso Nacional (art. 4.º, § 1.º, da Lei 9.709/1998).

III – **audiência das assembleias legislativas.** A casa que receber primeiramente o projeto de lei complementar referido deverá realizar audiência das respectivas assembleias legislativas envolvidas (art. 48, VI, da CR e art. 4.º, § 2.º, da Lei 9.709/1998). No entanto, o parecer das Assembleias Legislativas não é vinculativo, podendo prosseguir o projeto de lei complementar mesmo contra a vontade do legislativo estadual.

IV – **aprovação pelo Congresso Nacional.** Após a audiência não vinculativa das assembleias legislativas envolvidas, cabe ao Legislativo federal deliberar sobre o projeto de lei complementar. Importante notar que a consulta plebiscitária vincula a propositura do projeto de lei complementar, não sua aprovação. Dessa forma, tanto o Legislativo pode rejeitar como o Presidente da República pode vetar o projeto de lei complementar.[18]

11.8.1 Bens do Estado-membro

O art. 26 prevê que se incluem entre os bens dos Estados:

I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;

II – as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros;

III – as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União;

IV – as terras devolutas não compreendidas entre as da União.

11.8.2 Regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões

A Constituição permite (art. 25, § 3.º) que os Estados, mediante lei complementar, instituam 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.

Assim, para otimizar o seu território e oferecer respostas certas a questões específicas, é competência exclusiva dos Estados-membros a criação de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões.[19]

É bom explicar as três espécies estudadas:

a) **Regiões metropolitanas** – É o conjunto de Municípios limítrofes, reunidos em torno do Município-mãe.[20] Em julgado, o STF afirmou que a instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, depende, apenas, de lei complementar estadual, sendo inconstitucional a Constituição Estadual que exigir aprovação prévia da Câmara dos Vereadores, pois ofende competência exclusiva do Estado.[21]

b) **Aglomerações urbanas** – Na clara exposição de Uadi Lammêgo Bulos:[22] “São áreas urbanas de Municípios limítrofes, destituídas de sede, com elevada densidade demográfica e continuidade urbana”.

c) **Microrregiões –** São grupos de Municípios que, apesar de não possuírem continuidade urbana, apresentam certa homogeneidade e problemas administrativos comuns.

11.9 DISTRITO FEDERAL

Já na primeira Constituição republicana, de 1891, foi previsto no art. 3.º: “Fica pertencendo à União, no planalto central da República, uma zona de 14.400 quilômetros quadrados, que será oportunamente demarcada para nela estabelecerse a futura Capital federal”.

Décadas se passaram e a capital, que originariamente foi São Salvador (hoje

Salvador) e passou pelo Rio de Janeiro, foi transferida para o planalto central no início dos anos 60.

O Distrito Federal foi criado para substituir o antigo Município neutro. O sonho de 1891 foi concretizado sob a égide da Constituição de 1946, que, no seu art. 4.º do ADCT, determinava que a Capital da União seria transferida para o planalto central do País e que, efetuada a transferência, o atual Distrito Federal passaria a constituir o Estado da Guanabara.[23]

A previsão constitucional somente se materializou em 21 de abril de 1960, quando, após três anos e dez meses de obras, Juscelino Kubitschek, com a famosa meta dos "cinquenta anos em cinco", inaugurou Brasília, para onde foi transferida a Capital Federal.

Importante notar que a ideia de criar distritos para ser capital nacional não é nova. Em 16 de julho de 1790, a capital dos Estados Unidos da América foi transferida para o Distrito de Colúmbia (D.C), sendo esta a grande inspiração do Distrito Federal brasileiro.

Assim como nos EUA, cuja capital é Washington, localizada no Distrito de Colúmbia (Washington D.C.), no Brasil a capital é Brasília (art. 18, § 1.º), localizada no Distrito Federal.

O **Distrito Federal não pode se dividir em Municípios** (art. 32, *caput*). Em razão disso, constituíram-se regiões administrativas, denominadas "cidades-satélite".

Brasília é uma **região administrativa**, que abriga a Capital Federal.

O Distrito Federal, por sua vez, não "nasceu" autônomo. Somente em 1985, a EC 25/1985 à Constituição de 1967 concedeu traços autônomos ao DF, o que foi reforçado pela Constituição de 1988.

Contudo, a autonomia concedida ao Distrito Federal não é igual aos outros entes. Esta entidade federativa goza de **autonomia parcialmente tutelada (autonomia mitigada)**, pois sofre interferências da União em sua liberdade política.

Diversas instituições estratégicas e fundamentais do Distrito Federal são "controladas pela União". Nesse sentido, o Poder Judiciário, Ministério Público, Polícia Civil e Militar e Corpo de Bombeiro Militar do Distrito Federal são **organizados e mantidos pela União** (arts. 21, XIII, XIV; 32, § 4.º; 61, § 1.º, II, CR e Súmula 647 do STF).

Isso acarreta uma série de consequências, tais como o Ministério Público do

Distrito Federal ser órgão do Ministério Público da União (art. 128, I, *d*).

Em 29.03.2012 foi publicada a EC 69/2012, que alterou os arts. 21, 22 e 48 da Constituição da República, para transferir da União para o Distrito Federal as atribuições de organizar e manter a Defensoria Pública do Distrito Federal. E não só isso, a CE 69/2012 dispôs, no art. 2.º, que se aplicam à Defensoria Pública do Distrito Federal os mesmos princípios e regras que, nos termos da Constituição Federal, regem as Defensorias Públicas dos Estados. Sendo assim, tudo faz crer que a partir dessa Emenda a Defensoria Pública do Distrito Federal passou a ter, por exemplo, a mesma autonomia conferida à Defensoria Pública estadual constante no art. 134, § 2.º, da CR.

Contudo, importante alertar que o art. 4.º da Emenda dispõe que sua entrada em vigor é imediata, produzindo efeitos, contudo, depois de decorridos 120 (cento e vinte) dias de sua publicação oficial.

Após estas considerações, é bom alertar que o Distrito Federal, por ser autônomo, possui os seguintes poderes:

a) **Auto-organização** por meio de sua Lei Orgânica distrital (art. 32, *caput*). A norma fundamental do DF será votada em **dois turnos** com intervalo (interstício) de **10 dias** entre um turno e outro e aprovada por **dois terços** dos membros da Câmara Legislativa. A promulgação também é realizada pelo poder legislativo, não havendo participação (sanção ou veto) do Governador;
b) **Autogoverno**, que será exercido pelo Governador, que cumprirá as mesmas regras impostas ao Estado (art. 32, § 2.º). Apesar do poder de autogoverno com representante eleito, o primeiro mandato do chefe do executivo distrital foi por meio de indicação e nomeação pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal (art. 16, *caput*, do ADCT);
c) **Autolegislação**, que será realizada pelos Deputados Distritais, que laboram na Câmara Legislativa, sendo a estes aplicadas as mesmas regras dispostas aos Deputados Estaduais (art. 32, § 3.º); e
d) **Autoadministração**, o que possibilita que capte receitas e administre despesas.

Veremos adiante que, em razão de sua impossibilidade de divisão em

Municípios, o Distrito Federal acumula competência legislativa e administrativa atribuída tanto aos Estados quanto aos Municípios (art. 32, § 1.º).

11.10 MUNICÍPIO

A autonomia do Município somente foi concedida expressamente em 1988, pela atual Constituição.

Sua natureza jurídica é de pessoa jurídica de direito público interno e, como os demais entes autônomos, possui poderes de:

a) **Auto-organização** por meio das Leis Orgânicas municipais (art. 29, *caput*), que serão votadas em **dois turnos** com intervalo (interstício) de **10 dias** entre um turno e outro e aprovada por **dois terços** dos membros da Câmara Municipal. Importante notar que não há sanção ou veto de Prefeito sobre a Lei Orgânica municipal, apesar de possuir natureza jurídica de lei ordinária;

b) **Autogoverno**, que será exercido pelo Prefeito, auxiliado pelos secretários municipais. O chefe do Poder Executivo municipal deve possuir idade mínima de 21 anos na data da posse (podendo concorrer até com 20 anos) e pode ser reeleito uma vez, sendo seus subsídios fixados pela Câmara dos Vereadores.

   Nos Municípios que possuem 200.000 (duzentos mil) **eleitores** ou menos, o sistema eleitoral será majoritário por maioria simples. Já nos Municípios que são povoados por mais de 200.000 **eleitores**, o sistema será majoritário por maioria absoluta, assim como a eleição para Presidente da República e Governador;

c) **Autolegislação** é atribuída à Câmara dos Vereadores (ou Câmara Municipal), que é composta por Vereadores eleitos para um mandato de quatro anos, sem limite de reeleição. A idade mínima para exercer este cargo eletivo é de 18 anos.

Importante notar que a Emenda Constitucional 58/2009 criou mais 7000 (sete mil) novos cargos de vereadores. Como se não bastasse, o art. 3.º, I, da EC 58/2009 determinou que a regra produzisse efeito retroativo, atingindo eleições ocorridas em 2008. Em decisão liminar, proferida na ADI 4.307/2009,

posteriormente referendada pelo Plenário do STF, a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha suspendeu a eficácia do referido dispositivo, de modo que estes novos cargos só foram preenchidos na eleição municipal ocorrida em 2012.[24]

Para fins didáticos, elencamos em forma de tabela o limite máximo de vereadores por Município:

Número de habitantes no Município	Vereadores
até 15.000	9
mais de 15.000 até 30.000	11
mais de 30.000 até 50.000	13
mais de 50.000 até 80.000	15
mais de 80.000 até 120.000	17
mais de 120.000 até 160.000	19
mais de 160.000 até 300.000	21
mais de 300.000 até 450.000	23
mais de 450.000 até 600.000	25
mais de 600.000 até 750.000	27
mais de 750.000 até 900.000	29
mais de 900.000 até 1.050.000	31
mais de 1.050.000 até 1.200.000	33
mais de 1.200.000 até 1.350.000	35

mais de 1.350.000 até 1.500.000	37
mais de 1.500.000 até 1.800.000	39
mais de 1.800.000 até 2.400.000	41
mais de 2.400.000 até 3.000.000	43
mais de 3.000.000 até 4.000.000	45
mais de 4.000.000 até 5.000.000	47
mais de 5.000.000 até 6.000.000	49
mais de 6.000.000 até 7.000.000	51
mais de 7.000.000 até 8.000.000	53
mais de 8.000.000	55

Seus subsídios variam de 20% a 75% dos subsídios atribuídos aos **Deputados Estaduais** (art. 29, VI), sendo que o total da despesa com a remuneração dos Vereadores não pode ultrapassar o montante de **cinco por cento da receita do Município (art. 29, VII);**

d) **Autoadministração**, pois, como se sabe, os Municípios possuem meios de captar receitas para gerir suas despesas.

11.10.1 Formação dos Municípios

Os requisitos para fusão, cisão e desmembramento de Municípios está no art. 18, § 4.º, da CR:

a) **Lei complementar federal**, que determinará o período para a criação (fusão ou cisão) e a incorporação (desmembramento) de Municípios, assim como seu procedimento;

b) **Estudo de viabilidade municipal**, que deverá ser apresentado, publicado e divulgado na forma da lei. Esse estudo é necessário para que seja aferida a viabilidade da fusão, cisão ou desmembramento do Município;

c) **Plebiscito**, que será realizado após o estudo de viabilidade, com a população dos Municípios envolvidos, a ser convocado pelas assembleias legislativas, conforme legislação federal e estadual (art. 5.º da Lei 9.709/1998). É bom fixar que, como expressão do Estado Democrático de Direito, esse parecer é vinculativo;

d) **Lei estadual**, que, finalmente, criará ou incorporará o Município dentro do período fixado na lei complementar federal.

O art. 18, § 4.º, foi alterado em 12.09.1996 pela Emenda Constitucional 15, que passou a exigir o requisito de lei complementar federal estipulando prazo para criação do Município. O Projeto de Lei n. 98/2002 – Complementar (n. 416/2008 Complementar na Câmara dos Deputados), que tentava regulamentar o tema, foi vetado em novembro de 2013 pela Presidente da República por motivo de interesse público, vez que, segundo a mensagem de veto, "A medida permitirá a expansão expressiva do número de municípios no País, resultando em aumento de despesas com a manutenção de sua estrutura administrativa e representativa. Além disso, esse crescimento de despesas não será acompanhado por receitas equivalentes, o que impactará negativamente a sustentabilidade fiscal e a estabilidade macroeconômica. Por fim, haverá maior pulverização na repartição dos recursos do Fundo de Participação dos Municípios – FPM, o que prejudicará principalmente os municípios menores e com maiores dificuldades financeiras."

Atualmente, a mensagem de veto encontra-se no Legislativo para análise.

Assim, no julgamento da ADI 3.682, o STF declarou o estado de mora do Congresso Nacional e concedeu o prazo de 18 (dezoito) meses para que aquele órgão adotasse todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4.º.[25]

Em uma decisão emblemática, o STF julgou a ADI 2.240/BA, em que analisou a Lei 7.619/2000 do Estado da Bahia, que, sem muitas formalidades, criou o Município de Luis Eduardo Magalhães. Neste julgado, o STF, por unanimidade, julgou procedente a ação direta e, por maioria, não pronunciou a nulidade do ato impugnado, mantendo sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses até que o legislador estadual estabeleça novo regramento, citando, inclusive, a **teoria de município putativo**.

Em 18.12.2008, o Congresso Nacional editou a EC 57/2008, em que convalidou os Municípios que foram criados, fundidos, incorporados ou desmembrados até 31.12.2006 (art. 96 do ADCT). Assim, segundo a EC, os Municípios anteriores à EC 15/1996 e a 31.12.2006 são constitucionais. Contudo, não há como negar que persiste a inconstitucionalidade por omissão, uma vez que não há lei complementar exigida pela **norma constitucional de eficácia limitada** (art. 18, § 4.º). Importante ainda notar que o Município que for criado ou incorporado será eivado de inconstitucionalidade formal por ausência de lei complementar federal.[26]

11.11 TERRITÓRIO FEDERAL

A incorporação do Acre ao Estado brasileiro, pelo Tratado de Petrópolis, de 1903, forçou a criação do primeiro Território brasileiro. Porém, a regulamentação de Territórios no texto constitucional só ocorreu em 1934.[27]

Com a transformação em Estados dos Territórios de Roraima e Amapá pelo art. 14 do ADCT/1988 e a reincorporação do Território de Fernando de Noronha ao Estado de Pernambuco, não existem mais Territórios federais.

Entretanto, é bom alertar que Fernando de Noronha não foi transformado em Município, e sim em Distrito Estadual.[28]

Apesar da inexistência de Territórios federais, o art. 12 do ADCT prevê a criação de uma comissão para estudar a viabilidade de criação de novos Territórios.

Os Territórios integram a União (art. 18, § 2.º, da CR) e possuem **natureza jurídica de autarquia**. É comum denominarem Territórios como “Estados em embrião”,[29] pois a tendência é que a criação de Território sirva de “estágio” para a criação de novos Estados.[30]

Manoel Gonçalves Ferreira Filho professa que, como a Constituição de 1988 não previu critérios claros de transformação de Territórios em Estados, poder-se-ia aplicar o critério estabelecido no art. 9.º do ADCT da Constituição de 1946. De acordo com esse artigo, o Território se tornaria um Estado quando sua arrecadação tributária se igualasse à arrecadação do menor Estado-membro da Federação.[31]

Território não possui autonomia política, por isso os **Governadores não**

serão eleitos. Serão sabatinados pelo Senado Federal (art. 52, III, *c*) e nomeados pelo Presidente da República (art. 84, XIV).

E mais, a Constituição permite que nos Territórios federais com mais de cem mil habitantes, além do Governador nomeado, haja órgãos judiciários de primeira e segunda instância, membros do Ministério Público e defensores públicos **federais** (art. 33, § 3.º).

Apesar de não ser possível conceder a autonomia ao Território, os Municípios que porventura sejam criados dentro dele possuem poder autônomo. De acordo com este quadro, caso os Municípios citados pratiquem ato que enseje intervenção, esta medida caberá à União (art. 35).

Ainda em razão da ausência de autonomia, os Territórios não possuem direito de eleger Senadores, porém terão quatro representantes na Câmara dos Deputados (art. 45, § 2.º), pois essa casa representa o povo.

11.12 QUADRO SISTEMATIZADO DE AUTONOMIA DOS ENTES FEDERADOS

Autonomia	Estado	Município	Distrito Federal
Auto-organização	a) Constituição estadual; b) Não há participação do executivo.	a) Lei orgânica; b) Votada em dois turnos, intervalo entre os turnos de dez dias, 2/3 dos membros. Não há participação do executivo.	a) Lei orgânica; b) Votada em dois turnos, intervalo entre os turnos de dez dias, 2/3 dos membros. Não há participação do executivo.
	a) Governador; b) Mínimo de 30 anos de idade na data da posse;	a) Prefeito; b) Mínimo de 21 anos de idade na data da posse; c) Mandato de quatro anos com uma possibilidade de reeleição;	a) Governador; b) Mínimo de 30 anos de idade na data da posse;

Autogoverno	c) Mandato de quatro anos com uma possibilidade de reeleição; d) Subsídios fixados pela Assembleia Legislativa; e) Sistema eleitoral majoritário por maioria absoluta.	d) Subsídios fixados pela Câmara Municipal; e) Sistema eleitoral majoritário: e.I) Mais de 200 mil **eleitores** = maioria absoluta; e.II) 200 mil ou menos **eleitores** = maioria simples.	c) Mandato de quatro anos com uma possibilidade de reeleição; d) Subsídios fixados pela Câmara Legislativa; e) Sistema eleitoral majoritário por maioria absoluta.
Autolegislação	a) Assembleia Legislativa composta por Deputados Estaduais; b) Mínimo de 21 anos de idade na data da posse; c) Mandato de quatro anos sem limite de reeleição; d) Subsídios fixados pela Assembleia Legislativa, sendo que possui "teto" de 75% do subsídio fixado para o Deputado Federal; e) Sistema eleitoral proporcional.	a) Câmara dos vereadores; b) Mínimo de 18 anos de idade na data da posse; c) Mandato de quatro anos sem limite de reeleição; d) Subsídios fixados pela Câmara Municipal, sendo que possui "teto" de 20% a 75% do subsídio fixado para o Deputado Estadual (dependendo do número de **habitantes** no Município – art. 29, VI, da CR); e) Sistema eleitoral proporcional.	a) Câmara Legislativa composta por Deputados Distritais; b) Mínimo de 21 anos de idade na data da posse; c) Mandato de quatro anos sem limite de reeleição; d) Subsídios fixados pela Câmara Legislativa, sendo que possui "teto" de 75% do subsídio fixado para o Deputado Federal; e) Sistema eleitoral proporcional.
Autoadministração	Autoadministração é o poder que o Estado tem de captar sua	Autoadministração é o poder que o Estado tem de captar sua	Autoadministração é o poder que o Estado tem de captar sua

	receita para gerir suas despesas.	receita para gerir suas despesas.	receita para gerir suas despesas.

11.13 REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS

O termo “competência” quer, neste caso, designar a atribuição de cada ente. Essa repartição é considerada um dos elementos essenciais ao federalismo. Por não haver hierarquia entre os entes federados, e para garantir-lhes a autonomia, a Constituição procede a uma repartição de competências.

11.13.1 Classificação de competências

Essas competências podem ser classificadas em:

a) **Quanto à natureza:**

1. Competência material (administrativa) – é a prática dos atos de gestão.

Todos os entes possuem competência para atuar. A União (art. 21), os Estados (art. 25, §§ 1.º, 2.º e 3.º), os Municípios (art. 30, III ao IX) e o Distrito Federal, que, apesar de o art. 32, § 1.º, referir-se à competência legislativa, por óbvio são detentores de competência administrativa, pois, caso contrário, não terão como gerir seus interesses. Interpretação contrária ofenderia o pacto federativo.

Além das competências administrativas elencadas, as quais cabem a cada um dos entes, o art. 23 prevê competência administrativa comum, em que todos os entes, de forma cooperativa, devem atuar.

2. **Competência legislativa** – é a faculdade de elaborar leis sobre determinados assuntos. À União foi atribuída ampla competência legislativa (arts. 22 e 24). Os Municípios legislam sobre assuntos de interesse local e suplementar à legislação federal e estadual, no que couber (art. 30, I e II), enquanto o Distrito Federal acumula competência atribuída aos Estados e aos Municípios (art. 32, § 1.º).

Quanto aos Estados, além da competência legislativa remanescente (art. 25, § 1.º), a Constituição ainda lhe concede poder legislativo sobre diversos assuntos,

como o poder de legislar sobre seu Poder Legislativo (art. 27), Executivo (art. 28) e Judiciário (art. 125), dispor sobre repartição de receitas pertencentes aos Municípios (art. 158, III e IV) e estabelecer regras específicas para seus tributos (art. 155).

Além das competências legislativas específicas, o art. 24 prevê competência legislativa concorrente, que será vista adiante.

b) **Quanto à forma:**

1. **Competências enumeradas (expressas)** – são atribuições específicas feitas pela Constituição da República para cada entidade federativa.

A União possui competência enumerada nos arts. 21, 22, 24, 153, dentre outros; os Estados possuem competência enumerada em vários artigos, dentre os quais os arts. 18, § 4.º; 23; 24; 25, §§ 2.º e 3.º; e 155. Os Municípios têm competência elencada nos arts. 30 e 156. O Distrito Federal, por sua vez, acumula competência de Estados e Municípios (art. 32, § 1.º).

2. **Competências reservadas (residuais** ou **remanescentes)** – são as competências restantes, que não foram atribuídas a nenhuma entidade federativa.

Em regra geral, a competência residual cabe aos Estados (art. 25, § 1.º). Entretanto, tratando-se de impostos residuais e contribuições sociais residuais, a competência passa a ser da União (arts. 154, I, e 195, § 4.º).

3. **Competências implícitas (resultantes, inerentes** ou **decorrentes)** – são atribuições que decorrem da própria natureza do ente federativo, embora não expressamente previstas no texto constitucional.

c) **Quanto à extensão:**

1. Competência exclusiva – é a competência **administrativa** atribuída ao ente federado de forma única, excluindo a atuação de qualquer outra entidade federativa, **sem** possibilidade de delegação.

A competência exclusiva da **União** está no art. 21:

> I) manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais;
>
> II) declarar a guerra e celebrar a paz;
>
> III) assegurar a defesa nacional;

IV) permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente;

V) decretar o estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal;

VI) autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico;

VII) emitir moeda;

VIII) 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;

IX) elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;

X) manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

XI) explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII) explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens; b) 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; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

XIII) organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios;

XIV) 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;

XV) organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional;

XVI) exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões

públicas e de programas de rádio e televisão;

XVII) conceder anistia;

XVIII) planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações;

XIX) instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso;

XX) instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

XXI) estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação;

XXII) executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

XXIII) explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional; b) sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais; c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas; d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;

XIV) organizar, manter e executar a inspeção do trabalho;

XV) estabelecer as áreas e as condições para o exercício da atividade de garimpagem, em forma associativa.

Já a competência exclusiva do **Município** está nos arts. 30, I, III ao IX; 144, § 8.º; e 149-A:

I) legislar sobre assuntos de interesse local;

II) instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar

balancetes nos prazos fixados em lei;

III) criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;

IV) organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

V) manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental;

VI) prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

VII) promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

VIII) promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual;

IX) constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações municipais e instituir contribuição para o custeio de iluminação pública.

2. **Competência privativa** – é a competência **legislativa** atribuída a uma entidade federativa, **com** a possibilidade de delegação em questões específicas.

Esta interpretação (possibilidade de delegação) se extrai do art. 22, parágrafo único, que permite que **lei complementar** autorize aos Estados dispor sobre as matérias elencadas, em princípio, para a União.

São competências privativas da **União** legislar sobre:

I) direito civil, comercial, penal,[32] processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

II) desapropriação;

III) requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra;

IV) águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão; serviço postal;

V) sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais;

VI) política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores;

VII) comércio exterior e interestadual;

VIII) diretrizes da política nacional de transportes;

IX) regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;

X) trânsito e transporte;[33-34]

XI) jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia;

XII) nacionalidade, cidadania e naturalização;

XIII) populações indígenas;

XIV) emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros;

XV) organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;

XVI) organização judiciária, do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes;

XVII) sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais; sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular;

XVIII) sistemas de consórcios e sorteios;

XIX) normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares;

XX) competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais; seguridade social;

XXI) diretrizes e bases da educação nacional;

XXII) registros públicos;

XXIII) atividades nucleares de qualquer natureza;

XXIV) 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;

XXV) defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa

civil e mobilização nacional;

XXVI) propaganda comercial.

Por vezes, é difícil encontrar racionalidade na interpretação literal. Como explicar que matérias como nacionalidade, defesa aeroespacial, direito aeronáutico e espacial, extradição e expulsão de estrangeiros podem ser delegadas aos Estados? Por isso, alguns autores, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, José Cretella Júnior, Celso Ribeiro Bastos, Fernanda Dias Menezes de Almeida[35] e Paulo Gustavo Gonet Branco afirmam que os termos "privativa e exclusiva" expressam a mesma ideia e podem ser usados indistintamente.

Apesar da doutrina citada, existem exemplos práticos de delegação, como a LC 103/2000, que autoriza os Estados e o Distrito Federal a instituírem o piso salarial a que se refere o inciso V do art. 7.º da Constituição Federal, exatamente por aplicação do disposto no art. 22, parágrafo único, da CRFB.[36]

3. **Competência comum (cumulativa paralela**) – é aquela de **natureza administrativa**, pela qual todos os entes federativos detêm, sobre determinadas matérias, idêntica competência.

A competência comum está elencada no art. 23. Assim, em atuação conjunta, os entes têm o dever de:

I) zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

II) cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

III) proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV) impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

V) proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

VI) proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII) preservar as florestas, a fauna e a flora;

VIII) fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;

IX) promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

X) combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

XI) registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

XII) estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

4. **Competência concorrente** – é a competência de **natureza legislativa** atribuída a diversos entes federados. Esse tipo de competência está previsto no art. 24 da Constituição:

I) direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

II) orçamento;

III) juntas comerciais;

IV) custas dos serviços forenses;

V) produção e consumo;[37]

VI) florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VII) proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII) responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IX) educação, cultura, ensino e desporto;

X) criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;

XI) procedimentos em matéria processual;

XII) previdência social, proteção e defesa da saúde;

XIII) assistência jurídica e Defensoria pública;

XIV) proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;

XV) proteção à infância e à juventude;

XVI) organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.

Esta competência pode ser:

4.1. **Competência concorrente complementar (suplementar)** – em que cabe à União estabelecer normas gerais sobre determinados assuntos, podendo os Estados, o Distrito Federal e os Municípios desdobrarem as normas gerais, adaptando-as às suas realidades (arts. 24, §§ 1.º, 2,º, e 30, II).

Nesta espécie, a União deve limitar-se a fixar somente normas gerais, estabelecendo normas de padronização, deixando aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a implementação das regras específicas de acordo com suas particularidades.

Em que pese o art. 24, *caput* e § 2.º, não se referir aos Municípios, o art. 30, II, prevê esta possibilidade. Por isso, em razão do princípio da unidade da Constituição, e de acordo com a interpretação sistemática, é possível afirmar que o Município também faz jus a esta competência.

4.2. **Competência concorrente supletiva** – esta hipótese trabalha com a possibilidade de inércia da União. Assim, inexistindo legislação federal sobre normas gerais em matéria de competência concorrente, os Estados e o Distrito Federal passam a possuir a faculdade de exercer competência legislativa plena para atender às suas peculiaridades. Neste caso, a superveniência da legislação federal **suspende a eficácia** da lei estadual no que lhe for contrária (art. 24, §§ 3.º e 4.º).

Note que não se fala em revogação, e sim suspensão de eficácia. Dessa forma, caso a lei federal (que suspendeu eficácia da lei estadual) seja revogada, a legislação estadual, outrora colidente, volta imediatamente a produzir efeitos, não se podendo falar, neste caso, em repristinação.

Os Municípios somente possuem competência supletiva em matéria tributária (art. 24, I, da CR c/c o art. 34, § 3.º, do ADCT).

São matérias de competência legislativa concorrente: direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; orçamento; juntas comerciais; custas dos serviços forenses; produção e consumo; florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; responsabilidade por dano ao

meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; educação, cultura, ensino e desporto; criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas; procedimentos em matéria processual; previdência social, proteção e defesa da saúde; assistência jurídica e defensoria pública; proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência; proteção à infância e à juventude; organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis (art. 24).

No título da Constituição destinado à organização do Estado, poderíamos resumir as competências da seguinte forma:

COMPETÊNCIAS DOS ENTES FEDERADOS				
Competência	**União**	**Estado**	**Município**	**Distrito Federal**
Exclusiva	art. 21		art. 30, incs. I, III ao IX	
Privativa	art. 22			
Delegação de competência aos Estados	art. 22, parágrafo único			
Comum	art. 23	art. 23	art. 23	art. 23
Concorrente	art. 24	art. 24	**arts. 30, II, da CR e 34, § 3.º, da ADCT**	art. 24
Residual	**arts. 154, I, e 195, § 4.º**	art. 25, § 1.º		**art. 32, § 1.º c/c art. 25, § 1.º**

11.14 INTERVENÇÃO

Antes de tudo, é bom deixar claro que a **regra é a não intervenção**. Por isso, o ato interventivo deve ser dotado de **excepcionalidade e temporariedade**, sob pena de ofensa à cláusula pétrea do pacto federativo (art. 60, § 4.º, I).

Como ensina o art. 18 da Constituição, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios são autônomos. Isso importa, como foi visto, no reconhecimento de uma série de prerrogativas a estes entes, como o Poder de auto-organização, autogoverno, autolegislação e autoadministração.

Entretanto, a Constituição permite, em algumas hipóteses, que esta regra seja quebrada. Em situações que ponham em risco a estabilidade do pacto federativo, é possível admitir a interveniência de um ente da federação em outro, suspendendo, no mais das vezes, a autonomia do ente que sofreu a intervenção.

Como leciona Uadi Lammêgo Bulos:[38] "A intervenção é um antídoto contra ilegalidade, o arbítrio, a autossuficiência e o abuso de poder dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios".

Na intervenção, a regra é que o ente de maior extensão territorial intervenha no ente imediatamente menor, **sendo vedada a intervenção *per saltum***. Todavia, como os Territórios federais não possuem autonomia, os eventuais Municípios situados dentro dele sofrerão a intervenção da União. Sendo assim:

a) **intervenção federal** ocorre quando a União intervém nos Estados, Distrito Federal (art. 34, *caput*) e nos Municípios localizados em Território federal (art. 35, *caput*);
b) **intervenção estadual** acontece quando o Estado-membro se intromete nos Municípios localizados em seu espaço territorial (art. 35, *caput*).

A intervenção, seja federal ou estadual, possui **natureza jurídica** de **procedimento político-administrativo**, pois é um ato praticado no exercício do poder em que se encontra investido o Chefe do Poder Executivo.[39]

11.14.1 Intervenção federal

A intervenção federal é a intromissão da União nos Estados, Distrito Federal e Municípios localizados em seus territórios. Para que isso ocorra, é necessário que sejam observados pressupostos materiais e formais.

11.14.1.1 Pressupostos materiais para intervenção federal

O art. 34 elenca um rol taxativo das hipóteses que provocarão a intervenção

da União nos Estados ou Distrito Federal. São elas:

a) **manter a integridade nacional –**É uma característica de toda federação o princípio da indissolubilidade do vínculo federativo. Um ente federado que busque a independência, por exemplo, ofenderá esse princípio e o art. 1.º, possibilitando a intervenção (art. 34, I, c/c o art. 84, XXIII). Caso o Presidente da República não determine a intervenção, poderá responder por crime de responsabilidade (art. 85, I);

b) **repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra**;

c) **pôr termo a grave comprometimento da ordem pública** – quando atos praticados ofendem a paz e a legalidade, provocando desestabilização do Estado, é necessário que forças da União intervenham para pacificar o ente;

d) **garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação –** se os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário estiverem sendo coagidos ou tendo suas atividades restringidas, caberá intervenção;

e) **reorganizar as finanças da unidade da Federação que:**

e.I) **suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior;**

e.II) **deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei;**

f) **prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;**

g) **assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais (conhecidos como princípios constitucionais sensíveis):**

g.I) **forma republicana, sistema representativo e regime democrático;**

g.II) **direitos da pessoa humana;**

g.III) **autonomia municipal;**

g.IV) **prestação de contas da administração pública, direta e indireta;**

g.V) **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.**

Cumpre ressaltar que o art. 212 da Constituição determina que, anualmente, a União aplique nunca menos de 18% (dezoito por cento) e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios 25% (vinte e cinco por cento), no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

11.14.1.2 Pressupostos formais para intervenção

Os pressupostos formais estão elencados no art. 36:

a) Se a intervenção for motivada para garantir o livre exercício de qualquer dos poderes nas unidades da Federação, é necessário diferenciar:

a.I) se os atos reprováveis forem ofensivos aos Poderes Legislativo ou Executivo, a intervenção depende de **solicitação** do Poder coacto ou impedido;

a.II) se o ato ofensivo for exercido contra o Poder Judiciário, a intervenção depende de **requisição** do Supremo Tribunal Federal;

b) no caso de desobediência a ordem ou decisão judiciária, a intervenção dependerá de **requisição** do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral;

c) no caso de recusa à execução de lei federal e ofensa aos princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII), a decretação de intervenção depende **de provimento**, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República.

11.14.1.3 Espécies e procedimento

Como se pode notar, a intervenção pode ser de três **espécies**, o que nos levará a procedimentos distintos de decretação de intervenção:

a) Espontânea – Na intervenção espontânea, a **finalidade é proteger a unidade nacional, a ordem pública e as finanças** dos Estados, Distrito Federal e Municípios localizados em Territórios (art. 34, I, II, III e V).[40]

Quanto ao **procedimento**, é de observar que o Chefe do Poder Executivo Federal age de ofício.

Depois de verificado um dos pressupostos materiais constantes no art. 34, I, II, III e V, o Presidente da República ouve, mediante parecer não vinculativo, o Conselho da República (art. 90, I) e o Conselho de Defesa Nacional (art. 91, § 1.º, II), e decide ou não pela intervenção, por meio de **ato discricionário**, editando decreto interventivo em que deverá constar: a) a amplitude; b) o prazo; c) as condições de execução; d) nome do interventor (se for o caso); este interventor será autoridade federal que permanecerá enquanto necessário. Depois de cessada a intervenção, as autoridades afastadas voltarão para seus cargos, salvo impedimento legal (art. 36, § 4.º).

Após a publicação, o decreto sofrerá um **controle político**, sendo submetido à apreciação do Congresso Nacional, no prazo de vinte e quatro horas. Caso o Poder Legislativo federal não esteja funcionando, far-se-á convocação extraordinária, no mesmo prazo de vinte e quatro horas, e este permanecerá em funcionamento enquanto a intervenção perdurar.

O *quorum* para aprovar a intervenção é de maioria simples. Porém, caso o Congresso Nacional rejeite o decreto interventivo, o Presidente da República deve cessá-lo imediatamente, com efeitos *ex nunc*, sob pena de cometer crime de responsabilidade (art. 85, II), passando o ato a ser considerado inconstitucional.[41]

b) Provocada por solicitação – A finalidade é garantir o livre exercício dos Poderes Legislativo e Executivo.[42] Nesta hipótese, assim como na anterior, o Presidente da República age de forma discricionária, não estando vinculado a cumprir a solicitação dos Poderes Legislativo ou Executivo.[43]

Neste caso, a decretação de intervenção depende de solicitação do Poder Legislativo ou Executivo coacto ou impedido. Após a solicitação, deverá ser observado o mesmo procedimento imposto à intervenção espontânea, com oitiva dos Conselhos da República e de Defesa Nacional e posterior controle político.

c) Provocada por requisição – São três hipóteses que geram a intervenção provocada por requisição. Essas hipóteses podem ser subdivididas em duas, pois levarão a procedimentos diferentes:

a) Em caso de ofensa ao livre exercício do Poder Judiciário (art. 34, IV, c/c o art. 36, I, 2.ª parte) ou para prover a execução de ordem ou decisão judicial (art. 34, VI, 2.ª parte, c/c o art. 36, II) – na primeira hipótese, a decretação de intervenção dependerá de requisição do Supremo Tribunal Federal; na segunda, a decretação pode ocorrer por requisição do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça ou Tribunal Superior Eleitoral.

Quando há requisição, não é necessária a oitiva do Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional, pois se trata de **ato vinculado,** isto é, deverá, necessariamente, decretar o ato interventivo, acatando a decisão do Poder Judiciário.

b) No caso de recusa à execução de lei federal (art. 34, VI, 1ª parte, c/c o art. 36, III) ou violação dos princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII, c/c o art. 36, III) – as duas hipóteses dependerão de **ação judicial**, cuja legitimidade é exclusiva do Procurador-Geral da República. A primeira, mediante representação; a segunda, por meio de ação direta interventiva.

Por óbvio, não há oitiva de Conselho da República ou de Defesa Nacional.

O art. 36, § 3.º, explica que, nesta hipótese, dispensa-se a apreciação pelo Congresso Nacional e que o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade. Caso o primeiro decreto não seja suficiente, será necessária a expedição do decreto interventivo.

11.14.1.4 Procedimento da ação direta interventiva (representação interventiva)

Esta ação foi regulamentada pela Lei 12.562, de 23.12.2011. Segundo essa lei, a representação será proposta pelo Procurador-Geral da República, em caso de violação aos princípios referidos no inciso VII do art. 34 da Constituição Federal, ou de recusa, por parte de Estado-Membro, à execução de lei federal (art. 2.º da Lei 12.562/2011).

11.14.1.4.1 Petição inicial

A petição inicial será apresentada em duas vias, devendo conter, se for o caso, cópia do ato questionado e:

a) a indicação do princípio constitucional que se considera violado ou, se for o caso de recusa à aplicação de lei federal, das disposições questionadas;
b) a indicação do ato normativo, do ato administrativo, do ato concreto ou da omissão questionados;
c) a prova da violação do princípio constitucional ou da recusa de execução de lei federal;
d) o pedido, com suas especificações.

Recebida a inicial, o relator deverá tentar dirimir o conflito que dá causa ao pedido, utilizando-se dos meios que julgar necessários, na forma do regimento interno (art. 6.º, § 2.º, da Lei 12.562/2011).

A petição inicial será indeferida liminarmente pelo relator quando não for o caso de representação interventiva, ou faltar algum dos requisitos estabelecidos na Lei, ou esta for inepta. Assim como ocorre com as ações de controle abstrato, da decisão que indeferir a petição inicial caberá agravo, no prazo de cinco dias (art. 4.º, *caput* e parágrafo único).

11.14.1.4.2 Da medida liminar

É cabível perfeitamente medida liminar na representação interventiva, o que ocorrerá por decisão da maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal (art. 5.º da Lei 12.562/2011).

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 apresente relação com a matéria objeto da representação interventiva.

É possível que, antes de conceder liminar, o relator determine a oitiva dos órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias.

11.14.1.4.3 Informações

Apreciado o pedido de liminar ou logo depois de recebida a petição inicial, se

não houver pedido de liminar, o relator deverá solicitar informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias (art. 6.º da Lei 12.562/2011).

11.14.1.4.4 Advogado-Geral da União e Procurador-Geral da República

Decorrido o prazo para prestação das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de dez dias (art. 6.º, § 1.º, da Lei 12.562/2011).

Note que, mesmo sendo autor, a lei determina que o Procurador-Geral da República seja ouvido na condição de *custos legis*.

É bom deixar claro que o art. 7.º da referida lei autoriza o relator, caso entenda necessário, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que elabore laudo sobre a questão ou, ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Poderão ainda ser autorizadas, a critério do relator, a manifestação e a juntada de documentos por parte de interessados no processo.

11.14.1.4.5 Decisão

Escoados os prazos, o relator lançará o relatório, com cópia para todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento (art. 8.º da Lei 12.562/2011).

Assim como as demais ações de controle concentrado, a decisão sobre a representação interventiva somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros (art. 9.º da Lei 12.562/2011).

Realizado o julgamento, proclamar-se-á a procedência ou improcedência do pedido formulado na representação interventiva, se, num ou noutro sentido, tiverem se manifestado pelo menos seis Ministros. Estando ausentes Ministros em número que possa influir na decisão sobre a representação interventiva, o julgamento será suspenso, a fim de aguardar o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para a prolação da decisão (art. 10, parágrafo único, da Lei 12.562/2011).

Quanto aos efeitos materiais do julgado, o art. 11 estabelece que, julgada a ação, far-se-á a comunicação às autoridades ou aos órgãos responsáveis pela

prática dos atos questionados, e se a decisão final for pela **procedência do pedido** formulado na representação interventiva, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, publicado o acórdão, o levará ao conhecimento do Presidente da República para, no prazo improrrogável de até 15 dias, dar cumprimento aos §§ 1.º e 3.º do art. 36 da Constituição Federal.

Dentro do prazo de dez dias, contado a partir do trânsito em julgado da decisão, a parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.

Nenhuma surpresa traz o art. 12 quando estabelece que a decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido da representação interventiva é irrecorrível, sendo insuscetível de impugnação por ação rescisória.

11.14.2 Intervenção estadual

O art. 35 concede um rol taxativo dos **pressupostos materiais**. Segundo este dispositivo, os Estados poderão intervir em seus Municípios (intervenção estadual), e a União nos Municípios localizados em Território federal (intervenção federal), quando:

a) deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada;
b) não forem prestadas contas devidas, na forma da lei;
c) não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde;
d) o Tribunal de Justiça der provimento à representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

Na última hipótese, dispensa-se manifestação do Poder Legislativo, mas deve ser expedido um primeiro decreto que se limite a suspender o ato impugnado. Caso esta medida não baste para restabelecer a normalidade, será necessária a edição de um segundo decreto, interventivo.

Já nos três primeiros casos, a intervenção estadual será espontânea, por meio de **ato discricionário** do Governador, editando decreto interventivo em que

deverá constar: a) a amplitude; b) o prazo; c) as condições de execução; d) nome do interventor (se for o caso); este interventor será autoridade estadual que permanecerá enquanto necessário. Depois de cessada a intervenção, as autoridades afastadas voltarão para seus cargos, salvo impedimento legal (art. 36, § 4.º).

Após a publicação do ato normativo, o decreto sofrerá um **controle político**, sendo submetido à apreciação da Assembleia Legislativa, no prazo de vinte e quatro horas. Caso a Assembleia Legislativa esteja em recesso, deverá ser realizada convocação extraordinária em vinte e quatro horas. O Poder Legislativo estadual deverá permanecer em funcionamento durante toda a execução da intervenção.

O *quorum* para aprovar a intervenção é de maioria simples. Porém, caso a Assembleia Legislativa rejeite o decreto interventivo, o Governador do Estado deve cessá-lo imediatamente, com efeitos *ex nunc*.

Por fim, a Súmula 637 do STF dispõe que "**não cabe recurso extraordinário contra acórdão de tribunal de justiça que defere pedido de intervenção estadual em município**".

11.15 EXERCÍCIOS DE FIXAÇÃO

1. (183.º Magistratura SP – VUNESP – 2011) São pressupostos de fundo da intervenção federal nos Estados:

I. repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;

II. manter a integridade nacional;

III. pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;

IV. a defesa do patrimônio histórico-cultural ameaçado pela unidade federativa. É correto apenas o que se afirma em

A) II, III e IV.

B) III e IV.

C) IV.

D) III.

E) I, II e III.

2. **(87.º MP/SP – 2010) Assinale a alternativa que inclui em seu rol competência legislativa não privativa da União:**

A) Desapropriação; águas, energia, informática; serviço postal; sistema monetário; trânsito e transporte; organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes.

B) Sistemas de consórcios e sorteios; seguridade social, diretrizes e bases da educação nacional; atividades nucleares de qualquer natureza.

C) Normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas, fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios; propaganda comercial.

D) Defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional; registros públicos; direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico.

E) Direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; telecomunicações e radiodifusão; diretrizes da política nacional de transportes, jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia.

3. **(MP/GO – 2010) Assinale a alternativa incorreta:**

A) A União poderá intervir nos Estados ou no Distrito Federal para repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra.

B) O Estado não intervirá em seus Municípios, exceto quando: deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada; não forem prestadas contas devidas, na forma da lei; não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde; o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou

para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

C) O decreto de intervenção, que especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução e que, se couber, nomeará o interventor, será submetido à apreciação do Congresso Nacional ou da Assembleia Legislativa do Estado, no prazo de cinco dias.

D) Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo impedimento legal.

4. **(Promotor de Justiça/DFT – 2013) É ILEGÍTIMO o exercício da competência federativa suplementar ou supletiva do Estado para:**

A) Criar varas especializadas em delitos praticados por organizações criminosas.

B) Instituir embargo de divergência contra decisão de turma recursal da respectiva unidade da Federação.

C) Legislar sobre a revisão de proventos e pensões relativamente ao seu próprio pessoal.

D) Obrigar os médicos públicos e particulares, no âmbito do respectivo território, a notificarem a Secretaria de Saúde sobre ocorrência de certos tipos de patologias.

E) Autorizar o Poder Executivo a apreender e desemplacar veículos de transporte coletivo de passageiros encontrados em situação irregular.

5. **(Magistratura/SP – VUNESP/2013) Os Territórios Federais integram a União, e sua criação será regulada por meio de:**

A) Lei Complementar, precedida de consulta popular

B) Emenda Constitucional.

C) Plebiscito.

D) Emenda Constitucional, precedida de consulta popular.

6. **(Magistratura MS – FCC/2010) Sobre a federação brasileira, é correto afirmar que:**

A) As três categorias de entes que compõem a organização político-

administrativa da República Federativa do Brasil são: a União, os Estados e os Municípios.

B) Os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei ordinária.

C) 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 ordinária.

D) A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-seão por lei estadual, a qualquer tempo, e dependerão de consulta prévia às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal.

E) Os entes federados não podem recusar fé aos documentos públicos.

7. (Procurador do Trabalho/MPT – 2013) A respeito do princípio da autonomia federativa é INCORRETO afirmar que:

A) os Estados e Municípios podem estabelecer, mediante lei própria, o regime jurídico de seus servidores.

B) no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais, a qual não exclui a competência suplementar dos Estados.

C) os Estados podem estabelecer, por ato administrativo, a fusão de municípios.

D) os municípios podem legislar sobre matéria tributária.

E) não respondida.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

_____

[1]MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 321.

[2]Idem, ibidem.

[3]LENZA, Pedro. *Curso de direito constitucional esquematizado* cit., 2010. p. 342.

[4]TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional* cit., p. 1087.

[5]ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 65.

[6]TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional* cit., p. 1086.

[7]SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. A mecânica do federalismo. *BuscaLegis*, Brasília, ano 42, n. 165, p. 171, jan.-mar. 2005.

[8]BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito constitucional ao alcance de todos* cit., p. 446.

[9]Idem, ibidem.

[10]STF: "... na esfera federal, cabe à Agência Nacional de Águas outorgar o direito de uso dos recursos hídricos em corpos de água de domínio da União, como ocorre *in casu*, eis que o rio São Francisco é um bem da União, banhado por mais de um Estado, nos termos do art. 20, III, da Carta Magna..." (AC 981/BA, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 01.02.2007).

[11]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 715.

[12]STF, AI-AgR 453.025/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 09.06.2006: "Agravo de instrumento. 2. Compensação financeira pela exploração de recursos minerais. 3. Leis n. 7.990/1989 e 8.001/1990. Constitucionalidade. Arts. 20, § 1.º, 154, I, e 155, § 3.º, da CF. Precedentes: RE n. 228.800; MS n. 24.312. 4. Agravo regimental a que se nega provimento".

[13]SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord. científica); BILAC PINTO FILHO, Francisco; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz (Coord. editorial). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 549.

[14]ADI 815/DF, rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 10.05.1996.

[15]Os artigos suspensos pela Min. Carmem Lúcia Rocha são: arts. 42-B; 42-C; 48, II; 49, II; 49-A; 49-B; 49-C; § 2.º do art. 50; 50-A; 50-B; 50-C; 50-D; e 50-E da Lei Federal 9.478/1997, com as alterações promovidas pela Lei 12.734/2012 (ADI 4.917/DF, Min. Cármen Lúcia, *DJ* 09.08.2013).

[16]LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado* cit., p. 359.

[17]ADI 2.650/DF, rel. Min. Dias Toffoli, j. 24.08.2011.

[18]LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado* cit., p. 360.

[19]BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito constitucional ao alcance de todos* cit., p. 452.

[20]Idem, ibidem.

[21]STF, ADI 1.841/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 20.09.2002.

[22]BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito constitucional ao alcance de todos* cit., p. 452.

[23]Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. ADCT. “Art. 4.º. A Capital da União será transferida para o planalto central do País. § 1.º Promulgado este Ato, o Presidente da República, dentro em sessenta dias, nomeará uma Comissão de técnicos de reconhecido valor para proceder ao estudo da localização da nova Capital. § 2.º O estudo previsto no parágrafo antecedente será encaminhado ao Congresso Nacional, que deliberará a respeito, em lei especial, e estabelecerá o prazo para o início da delimitação da área a ser incorporada ao domínio da União. § 3.º Findos os trabalhos demarcatórios, o Congresso Nacional resolverá sobre a data da mudança da Capital. § 4.º Efetuada a transferência, o atual Distrito Federal passará a constituir o Estado da Guanabara.”

[24] “Ação direta de inconstitucionalidade. Emenda Constitucional n. 58/2009. Alteração na composição dos limites máximos das câmaras municipais. Art. 29, inc. IV, da Constituição da República. Retroação de efeitos à eleição de 2008 (art. 3.º, inc. I). Posse de vereadores. Vedada aplicação da regra à eleição que ocorra até um ano após o início de sua vigência: art. 16 da Constituição da República. Medida cautelar referendada, com efeitos *ex tunc*, para sustar os efeitos do inc. I do art. 3.º da Emenda Constitucional n. 58, de 23.09.2009, até o julgamento de mérito da presente ação. 1. Cabimento de ação direta

de inconstitucionalidade para questionar norma constante de Emenda Constitucional. Precedentes. 2. Norma que determina a retroação dos efeitos das regras constitucionais de composição das Câmaras Municipais em pleito ocorrido e encerrado afronta a garantia do pleno exercício da cidadania popular (art. 1.º, parágrafo único, e 14 da Constituição) e o princípio da segurança jurídica. 3. Os eleitos pelos cidadãos foram diplomados pela justiça eleitoral até 18.12.2009 e tomaram posse em 2009. Posse de suplentes para legislatura em curso, em relação à eleição finda e acabada, descumpre o princípio democrático da soberania popular. 4. Impossibilidade de compatibilizar a posse do suplente não eleito pelo sufrágio secreto e universal: ato que caracteriza verdadeira nomeação e não eleição. O voto é instrumento da democracia construída pelo cidadão: impossibilidade de afronta a essa expressão da liberdade de manifestação. 5. A aplicação da regra questionada importaria vereadores com mandatos diferentes o que afrontaria o processo político juridicamente perfeito. 6. Medida cautelar concedida referendada."

[25]"Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Inatividade do legislador quanto ao dever de elaborar a lei complementar a que se refere o § 4.º do art. 18 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 15/1996. Ação julgada procedente. 1. A Emenda Constitucional n. 15, que alterou a redação do § 4.º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4.º, da Constituição. 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4.º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou

desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4.º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. 4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4.º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI n. 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios" (ADI 3.682/MT, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 06.09.2007).

[26]O STF confirmou esse raciocínio ao conceder liminar suspendendo a eficácia da Lei 2.264/2010, do Estado de Rondônia, que cria o Município de Extrema de Rondônia, fruto de desmembramento de parte do território da capital Porto Velho (ADI 4.992, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 26.06.2013).

[27]AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional* cit., p. 322.

[28]Constituição do Estado de Pernambuco de 1989. "Art. 96. O Arquipélago de Fernando de Noronha constitui região geoeconômica, social e cultural do Estado de Pernambuco, sob a forma de Distrito Estadual, dotado de estatuto próprio, com autonomia administrativa e financeira. § 1.º O Distrito Estadual de Fernando de Noronha será dirigido por um Administrador-Geral, nomeado pelo Governador do Estado, com prévia aprovação da Assembleia Legislativa. § 2.º Os cidadãos residentes no Arquipélago elegerão pelo voto direto e secreto, concomitantemente com as eleições de Governador do

Estado, sete conselheiros, com mandato de quatro anos, para formação do Conselho Distrital, órgão que terá funções consultivas e de fiscalização, na forma da lei. § 3.º O Distrito Estadual de Fernando de Noronha deverá ser transformado em Município quando alcançar os requisitos e exigências mínimas, previstos em lei complementar estadual."

[29]FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional* cit., p. 67.

[30]AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional* cit., p. 322.

[31]FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional* cit., p. 67.

[32]"O Plenário julgou procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade da expressão 'com porte de arma, independente de qualquer ato formal de licença ou autorização', contida no art. 88 da Lei Complementar 240/2002, do Estado do Rio Grande do Norte. A norma impugnada dispõe sobre garantias e prerrogativas dos Procuradores do Estado. (…) Na presente assentada, concluiu-se o exame do pleito remanescente relativo ao art. 88, que autoriza o porte de arma aos integrantes daquela carreira. Asseverou-se que, se apenas à União fora atribuída competência privativa para legislar sobre matéria penal, somente ela poderia dispor sobre regra de isenção de porte de arma" (ADI 2.729/RN, rel. orig. Min. Luiz Fux, red. p/o acórdão Min. Gilmar Mendes, 19.06.2013).

[33]"O Plenário, por maioria, julgou procedente pleito formulado em ação direta contra o art. 29 da Lei 6.555/2004, do Estado de Alagoas, na parte em que autoriza o parcelamento de débitos oriundos de multas de trânsito, inclusive os inscritos em dívidas ativas. Reputou-se que, na esteira da jurisprudência da Corte, a norma questionada estaria em conflito com o art. 22, XI, da CF, segundo o qual competiria privativamente à União legislar sobre trânsito e transporte" (ADI 4.734/AL, rel. Min. Rosa Weber, 16.05.2013), da mesma forma: "Lei Fluminense 3.279/1999, que dispõe sobre o cancelamento de multas de trânsito. Concluiu-se pela afronta à regra de competência privativa da União para legislar sobre a matéria (CF, art. 22, XI)…" (ADI 2.137/RJ, rel. Min. Dias Toffoli, 11.04.2013).

[34]"O Plenário julgou procedente pleito formulado em ação direta de

inconstitucionalidade proposta, pelo Procurador-Geral da República, contra a Lei 10.521/1995, do Estado do Rio Grande do Sul, que estabelece a obrigatoriedade do uso de cinto de segurança nas vias urbanas daquele estado, bem como proíbe aos menores de dez anos viajar nos bancos dianteiros de veículos que menciona. Asseverou-se haver inconstitucionalidade formal por ofensa ao art. 22, XI, da CF, que dispõe sobre a competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte" (ADI 2.960/RS, rel. Min. Dias Toffoli, 11.04.2013.)

[35]ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 85-87; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 957.

[36]"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei complementar estadual que fixa piso salarial para certas categorias. Pertinência temática. Conhecimento integral da ação. Direito do trabalho. Competência legislativa privativa da União delegada aos Estados e ao Distrito Federal. Lei Complementar federal 103/2000. Alegada violação ao art. 5.º, *caput* (princípio da isonomia), art. 7.º, V, e art. 114, § 2.º, da Constituição. Inexistência" (ADI 4.364/SC, rel. Min. Dias Toffoli, *DJ* 16.05.11).

[37]"Ementa. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 3.874, de 24 de junho de 2002, do Estado do Rio de Janeiro, a qual disciplina a comercialização de produtos por meio de vasilhames, recipientes ou embalagens reutilizáveis. Inconstitucionalidade formal. Inexistência. Competência concorrente dos estados-membros e do Distrito Federal para legislar sobre normas de defesa do consumidor. Improcedência do pedido" (ADI 2.818/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 09.05.2013).

[38]BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito constitucional ao alcance de todos* cit., p. 463.

[39]LEME, Ernesto. *A intervenção federal*. São Paulo: RT, 1930. p. 25.

[40]BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito constitucional ao alcance de todos* cit., p. 465.

[41]LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado* cit., p. 385.

[42]BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito constitucional ao alcance de todos* cit.,

p. 465.

[43]STF, MS 21.041, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 13.03.1992.

12

ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

Sumário: 12.1 Introdução – 12.2 Sistema de freios e contrapesos – 12.3 Funções típicas e funções atípicas dos poderes

12.1 INTRODUÇÃO

Apesar de grande divergência a respeito da origem da organização dos poderes, e em que pese Aristóteles, na obra *A política* ter dividido o governo soberano em três partes, prevalece a atribuição de paternidade a Charles Montesquieu no Livro xI de seu *L'Esprit des lois* (O espírito das leis),[1] publicado em 1748, para quem a separação dos poderes é condição *sine qua non* para a liberdade política.

Já em agosto de 1789, a Assembleia Nacional da França aprovou os Direitos do Homem e do Cidadão, estabelecendo a separação dos poderes no art. 16. Desde então, o princípio da separação dos poderes acompanha o Estado constitucional.

Atualmente, a separação dos poderes figura no título inaugural da Constituição de 88, logo no art. 2.º, constituindo cláusula pétrea (art. 60, § 4.º, III).

12.2 SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

Apesar do princípio da independência dos poderes (art. 2.º), a Constituição Federal, visando, principalmente, evitar a concentração de poder e o desrespeito

aos direitos constitucionais, criou mecanismos de controle recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado Democrático de Direito. Esse sistema de interferência recíproca é chamado de **sistema de freios e contrapesos** (*checks and balances*).

Desta forma, veremos que, por vezes, os poderes geram interferências entre si. Como o veto do chefe do Executivo ao projeto de lei aprovado pelo Legislativo (art. 66) ou, ainda, a composição do órgão de cúpula do Poder Judiciário, que depende da indicação do Executivo e aprovação pelo Legislativo (art. 101, parágrafo único).

É bom alertar que, por ser exceção à regra da separação, o sistema de interferências (freios e contrapesos) somente poderá ser utilizado quando expresso. Não se pode conceder interpretação extensiva para aplicar este sistema a situações não contempladas pela Constituição, uma vez que medidas restritivas geram interpretação, da mesma forma, restritivas.

Contudo, em que pese a cláusula pétrea da separação dos poderes (art. 60, § 4.º, III), é possível emenda constitucional criar novas hipóteses de interferências entre os poderes, como fez a EC 45/2004, que criou a possibilidade de membros do Judiciário (CNJ) serem julgados pelo Legislativo (Senado Federal) em casos de crime de responsabilidade (art. 52, II).

Entretanto, é bom que se diga que os Estados não podem estabelecer por suas Constituições novos sistemas de freios e contrapesos não previstos na Constituição da República na medida da simetria, devendo guardar estrita similaridade. Nesse sentido existem julgados[2] e a Súmula 649 do STF.

12.3 FUNÇÕES TÍPICAS E FUNÇÕES ATÍPICAS DOS PODERES

Ademais, não se pode olvidar que, inobstante exercerem funções típicas, isto é, exercerem as funções pelas quais eles foram concebidos e estruturados, exercem também funções atípicas, assim:

a) O Poder Legislativo, ao mesmo tempo em que legisla – elaborando as normas jurídicas – e fiscaliza (funções típicas), administra (ex.: arts. 51, IV; 52, XIII; 55) e julga (ex.: art. 52, I, II e parágrafo único) como função atípica;

b) O Judiciário, como cediço, julga, compondo conflitos – na maior parte das vezes – como função típica. Já, atipicamente, legisla (ex.: art. 96, I, *a*) e administra (ex.: art. 96, I, *b* até *f*);

c) Por fim, o Executivo, que possui função típica de administrar a *res* pública, legisla (ex.: arts. 62, 68) e julga processos administrativos como atos atípicos.

Quanto ao Executivo julgar, existe posição antagônica, sustentando que este Poder não julgaria, uma vez que seus processos só fazem coisa julgada administrativa e poderiam ser reformados pelo Poder Judiciário (o que não ocorre com os julgamentos realizados pelo Poder Legislativo).

Entretanto, é bom que não se confunda jurisdição (*juris* + *dictio* – dizer o direito, ou seja, pacificar conflito) com imutabilidade de uma determinada decisão. O que o Poder Executivo faz em processos administrativos é dizer o direito, pacificar controvérsias; logo, está prestando jurisdição.

Para reforçar esta teoria é bom invocar Giuseppe Chiovenda, que, com sua **teoria da substitutividade**,[3] chancelava a função judicante atípica do Poder Executivo. Para diferenciar o Poder Executivo do Poder Judiciário, afirmava o autor que o Poder Executivo julga, mas sobre a própria atividade, visando a atender aos interesses do Estado, enquanto o Poder Judiciário julga atividade alheia, buscando atender ao interesse da parte titular do direito material.

À guisa de esclarecimento, utilizaremos a expressão “Poder” para nos referirmos ao Legislativo, Executivo e Judiciário, por ser a orientação positiva constitucional. Todavia, existe posicionamento segundo o qual o Poder político exercido por esses órgãos é uno, indivisível, sendo, na verdade “função” legislativa, executiva e judiciária.

[1]MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1982.

[2]"Separação e independência dos Poderes: freios e contrapesos: parâmetros federais impostos ao Estado-membro. I. Os mecanismos de controle recíproco entre os Poderes, os 'freios e contrapesos' admissíveis na estruturação das unidades federadas, sobre constituírem matéria constitucional local, só se legitimam na medida em que guardem estreita similaridade com os previstos na Constituição da República: precedentes. II. Consequente plausibilidade da alegação de ofensa do princípio fundamental por dispositivos da L. Est. 11.075/1998-RS (inc. IX do art. 2.º e arts. 33 e 34), que confiam a organismos burocráticos de segundo e terceiro graus do Poder Executivo a função de ditar parâmetros e avaliações do funcionamento da Justiça: medida cautelar deferida" (ADI 1.905 MC/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 05.11.2004) e "Poder Judiciário. Caráter nacional. Regime orgânico unitário. Controle administrativo, financeiro e disciplinar. Órgão interno ou externo. Conselho de Justiça. Criação por Estado-membro. Inadmissibilidade. Falta de competência constitucional. Os Estadosmembros carecem de competência constitucional para instituir, como órgão interno ou externo do Judiciário, conselho destinado ao controle da atividade administrativa, financeira ou disciplinar da respectiva Justiça" (ADI 3.367/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* 17.03.2006).

[3]CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale e notas de Enrico Tullio Liebman (Título Original: *Istituzioni di diritto processuale civile*). São Paulo: Saraiva, 1942. p. 23.

13

PODER LEGISLATIVO

Sumário: 13.1 Estrutura e organização do Poder Legislativo: 13.1.1 Congresso Nacional; 13.1.2 Câmara dos Deputados; 13.1.3 Senado Federal – 13.2 Contagem do tempo no Poder Legislativo – 13.3 Organização interna das Casas do Congresso: 13.3.1 Mesas diretoras (art. 57, §§ 4.º e 5.º); 13.3.2 Comissões Parlamentares (art. 58) – 13.4 Imunidade parlamentar: 13.4.1 Imunidade material (absoluta, substantiva, real ou inviolabilidade); 13.4.2 Imunidade formal ou processual – 13.5 Perda do mandato – 13.6 Exercícios de fixação.

13.1 ESTRUTURA E ORGANIZAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO

13.1.1 Congresso Nacional

O capítulo atinente à organização dos poderes é inaugurado pelo art. 44, que estabelece o sistema bicameral na órbita federal, pois prevê que "o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal".

O bicameralismo é tradição brasileira, está em nosso sistema desde o Império, excetuadas as Constituições de 1934 e 1937, que, por razões distintas, adotaram o unicameralismo.

Alguns denominam o sistema brasileiro como "**bicameralismo igualitário**",[1] pois não há hierarquia entre as casas legislativas, não havendo preponderância de uma sobre outra.

Nesse passo, o Congresso Nacional nada mais é do que a reunião das duas

casas. Não existem somente os congressistas. Ou são Deputados Federais ou Senadores, que reunidos em sessão plenária conjunta formam o Congresso Nacional – órgão Legislativo Federal.

Algumas hipóteses que geram a necessidade de sessão conjunta estão no art. 57, § 3.º. Segundo esse dispositivo, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal reunir-se-ão em sessão conjunta para:

a) inaugurar a sessão legislativa (art. 57, § 4.º);
b) elaborar o regimento comum e regular a criação de serviços comuns às duas Casas;
c) receber o compromisso do Presidente e do Vice-Presidente da República (art. 78);
d) conhecer do veto e sobre ele deliberar (art. 66, § 4.º).

13.1.1.1 Atribuições do Congresso Nacional

Por óbvio, o Regimento Interno do Congresso Nacional destrincha as atribuições da Casa,[2] mas, segundo o art. 48, 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:

- 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, § 4.º; 150, II; 153, III; e 153, § 2.º, I.

As matérias mencionadas serão previstas por meio de **lei ordinária** ou **lei complementar**, dependendo da situação.

Já as matérias constantes no art. 49 também são competência do Congresso Nacional, entretanto **dispensam a sanção presidencial**, sendo editadas por **decreto legislativo**, votado pelas duas casas e promulgado pela mesa do Congresso Nacional sem a sanção presidencial. São elas:

- 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 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, § 4.º; 150, II; 153, III; e 153, § 2.º, 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, § 4.º; 150, II; 153, III; e 153, § 2.º, 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;
- 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 dois mil e quinhentos hectares.

13.1.2 Câmara dos Deputados

É a casa composta por representantes do povo, sendo essencial para o Estado Democrático de Direito. Se "todo poder emana do povo" (art. 1.º, parágrafo único), este tem que ter voz ativa, o que, de regra, ocorre mediante seus representantes na Câmara dos Deputados.

Para tomar posse como Deputado Federal, o candidato deve possuir:

a) idade de 21 anos (art. 14, VI, *c*);
b) ter filiação partidária;
c) domicílio eleitoral no Estado onde irá concorrer; e
d) nacionalidade brasileira nata ou naturalizada, salvo Presidente da Casa, que deverá ter nacionalidade nata e trinta e cinco anos de idade, vez que pode substituir o Presidente da República (arts. 12, § 3.º, II, 14, § 3.º, VI, *a* e 80).

O mandato é de **quatro anos, não havendo limites para reeleição**.

Ademais, o sistema eleitoral será proporcional, isto é, dependendo do número de habitantes do Estado-membro este terá mais ou menos Deputados Federais, sendo que nenhum Estado da federação pode ter menos de oito ou mais de 70 Deputados Federais (art. 45, § 1.º). Nesse sentido, um ano antes da eleição a Justiça Eleitoral realiza ajustes para estabelecer a quantas cadeiras o povo do Estado terá direito.

O único ente da federação que possui número certo de Deputados Federais, independentemente da população, são os Territórios, que, caso sejam criados, terá direito a quatro assentos (art. 44, § 2.º).

13.1.2.1 Atribuições da Câmara dos Deputados

Além da competência geral que a Casa em estudo irá exercer com a

participação do Senado Federal (art. 48), a Câmara dos Deputados possui competência privativa, nas matérias elencadas no art. 51:

- a 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 sessenta dias após a abertura da sessão legislativa;
- elaborar seu regimento interno;
- dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a **iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração**, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;
- eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII.

As matérias elencadas no art. 51 serão editadas por meio de **resolução** e também não se submetem à sanção do Presidente da República. Na verdade, as resoluções são atos normativos que nascem no interior da casa legislativa. Contudo, a fixação da remuneração dos próprios Deputados Federais segue outra forma. Neste caso, os subsídios serão fixados por **lei** e haverá deliberação executiva (sanção ou veto).[3]

13.1.3 Senado Federal

É a casa legislativa que representa os Estados-membros. A forma federativa de estado concede aos Estados federados poderes políticos autônomos, por isso é fundamental para a manutenção da forma de estado adotada pelo Brasil que haja uma casa em âmbito federal que comporte a representação equânime dos entes da federação.

Para ser Senador, é necessário:

a) possuir 35 anos de idade (art. 14, VI, *a*);
b) ter filiação partidária;
c) domicílio eleitoral no Estado onde irá concorrer; e
d) nacionalidade brasileira nata ou naturalizada, salvo Presidente da Casa, que deverá ter nacionalidade nata (art. 12, § 3.º, III).

Como a autonomia concedida aos entes da federação é igual entre todos, não há diferença numérica na composição desta casa legislativa. Cada Estado tem o direito de eleger três senadores, que serão eleitos junto com dois suplentes.

Território não terá direito a Senador.

O mandato é de **oito anos, não havendo limites para reeleição**. Ocorre que a representação de cada Estado e do Distrito Federal será renovada de quatro em quatro anos, alternadamente, por um e dois terços (art. 46, § 2.º), ou seja, o Estado da federação elege um senador e quatro anos depois elege outros dois. Após mais quatro anos o primeiro senador eleito já estará terminando seu mandato, então o Estado elegerá outro.

Exemplificando: No Rio de Janeiro, em 1998, foi eleito um Senador, Roberto Saturnino, para exercer o mandato por oito anos. Quatro anos após, em 2002, foram eleitos outros dois senadores: Marcelo Crivella e Sérgio Cabral. Após mais quatro anos, em 2006, o mandato de Roberto Saturnino estava se extinguindo, quando então o Rio elegeu Francisco Dornelles.

13.1.3.1 Atribuições do Senado Federal

Assim como a Câmara dos Deputados, o Senado Federal possui um artigo destinado a elencar suas competências privativas (art. 52). São elas:

- 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. Neste caso, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito

anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis;

- 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; assim como na hipótese anterior, funcionará como Presidente do ato o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis;
- aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: a) Magistrados, nos casos estabelecidos na Constituição; b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República; c) Governador de Território; d) Presidente e diretores do Banco Central; e) Procurador-Geral da República; f) titulares de outros cargos que a lei determinar;
- aprovar previamente, por voto secreto, após arguição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão 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.

As matérias elencadas no art. 52 devem ser editadas por meio de **resolução**, e, por isso, não haverá manifestação do Presidente da República (sanção ou veto). Entretanto, assim como foi determinado aos membros da Câmara dos Deputados, os Senadores também terão seus subsídios fixados por **lei específica** e, neste caso, haverá deliberação executiva (sanção ou veto).[4]

13.2 CONTAGEM DO TEMPO NO PODER LEGISLATIVO

No Poder Legislativo, o tempo se conta de forma diferente de como se conta o ano civil. Neste órgão, o tempo pode ser dividido em:

a) **Legislatura**

É o período de quatro anos (art. 44, parágrafo único). É importante não confundir legislatura com mandato. O Senador, por exemplo, exerce seu mandato de oito anos em duas legislaturas.

b) **Sessão legislativa ordinária**

É o período em que o Poder Legislativo se reúne anualmente. Cada sessão legislativa é dividida em dois períodos legislativos, sendo um em cada semestre, que são intercalados pelo recesso parlamentar.

c) **Período legislativo**

É o período semestral em que os legisladores exercem ordinariamente suas funções. Como afirmado, cada sessão legislativa possui dois períodos legislativos, sendo o primeiro período datado de 2 de fevereiro a 17 de julho e o segundo período de 1.º de agosto a 22 de dezembro (art. 57, *caput*).

O **primeiro** período legislativo da legislatura começará em 1.º de fevereiro para a posse dos membros do legislativo e eleição das mesas diretoras (art. 57, § 4.º).

A Constituição estabelece também que o **primeiro período legislativo** não poderá ser interrompido antes da aprovação da lei de diretrizes orçamentárias. Importante notar também que o art. 57, § 2.º, pode gerar má interpretação, pois afirma que a "sessão legislativa" não poderá ser interrompida sem aprovação da referida lei (LDO). No entanto, o art. 35, § 2.º, II, do ADCT dispõe: "O projeto de lei de diretrizes orçamentárias será encaminhado até oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro **e devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa**".

d) **Sessão legislativa extraordinária**

São as deliberações ocorridas fora do período legislativo, ou seja, durante o recesso parlamentar.

A **convocação** extraordinária do Congresso Nacional deverá ser realizada

pelo Presidente do Senado Federal (em caso de decretação de estado de defesa ou de intervenção federal, de pedido de autorização para a decretação de estado de sítio e para o compromisso e a posse do Presidente e do Vice-Presidente da República) ou pelo Presidente da República, pelos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal ou a requerimento da maioria dos membros de ambas as Casas (em caso de urgência ou interesse público relevante, desde que com a aprovação da maioria absoluta de cada uma das Casas do Congresso Nacional).

Na sessão legislativa extraordinária, o Congresso Nacional somente poderá **deliberar** sobre a matéria para a qual foi convocado e sobre as medidas provisórias que estejam na Casa. Estas serão incluídas automaticamente na pauta da convocação (art. 57, §§ 7.º e 8.º).

Até fevereiro de 2006, os Legisladores convocados para a sessão extraordinária recebiam *jeton*, representado por uma parcela indenizatória (nunca maior que seu subsídio). Com a edição da EC 50/2006, está **vedado o pagamento de parcela indenizatória** em razão da convocação (art. 57, § 7.º).

É bom não confundir a impossibilidade de parcela indenizatória com a ajuda de custo que o legislador recebe **todo** início e fim da sessão legislativa ordinária, no valor equivalente a sua remuneração (art. 3.º do DL 07/1995), sendo vedado seu pagamento na sessão extraordinária.

O STF entendeu que a vedação de pagamento de parcela indenizatória em razão da convocação extraordinária se estende aos Estados, que não poderão estabelecer *jeton* aos Deputados Estaduais.[5]

13.3 ORGANIZAÇÃO INTERNA DAS CASAS DO CONGRESSO

As duas casas do Congresso Nacional possuem órgãos internos destinados a ordenar seus trabalhos. Nesse sentido, a cada uma delas cabe, como dispõem os arts. 51, III e IV, e 52, XII e XIII, elaborar seu regimento interno, dispor sobre sua organização, funcionamento e assim por diante.

Poderíamos, didaticamente, dividir a organização interna em mesa diretora, comissões, secretarias e guarda legislativa.[6]

13.3.1 Mesas diretoras (art. 57, §§ 4.º e 5.º)

As Mesas **são os órgãos diretores das casas legislativas aos quais incumbe a direção dos trabalhos legislativos e dos serviços administrativos da Casa**. Sua disciplina é matéria regimental, entretanto o art. 58, § 1.º, da CR faz ressalva, exigindo, quando possível, que a Mesa diretora siga a representação proporcional dos partidos ou blocos parlamentares que participam da respectiva Casa.

Os arts. 46 do Regimento Interno do Senado Federal (RISF) e 14 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD) preveem composições semelhantes para suas casas.

Segundo esses dispositivos, a Mesa da Câmara dos Deputados e o Senado Federal serão compostos de Presidente, dois Vice-Presidentes, quatro secretários e ainda contarão com quatro suplentes de secretários.

Quanto à Mesa do Congresso Nacional (art. 57, § 5.º), vale dizer que esta não existe por si só, constituindo-se dos membros das Mesas do Senado e da Câmara. A Presidência é ocupada pelo presidente do Senado, e os demais cargos alternativamente pelas mesmas pessoas que ocupam o cargo na Casa de origem.

Dessa forma, como o Presidente será sempre do Senado Federal, o 1.º VicePresidente será o 1.º Vice-Presidente da Câmara dos Deputados, o 2.º Vice-Presidente será o 2.º Vice-Presidente do Senado e assim por diante.

O art. 57, § 4.º, verifica a eleição para as Mesas das Casas do Congresso,[7] que terá o mandato por dois anos, vedando a ***recondução*** para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente.

Nestes termos, *v.g.*, o Presidente da Casa não pode buscar a reeleição para o cargo de Presidente, mas pode pretender o cargo de Secretário.

As atribuições das mesas diretoras estão elencadas nos respectivos regimentos internos (arts. 17 a 19-A do RICD e arts. 48 e seguintes do RISF).

13.3.2 Comissões Parlamentares (art. 58)

As comissões do Congresso e de suas Casas serão constituídas na forma e com atribuições previstas no respectivo regimento interno ou no ato que resultar sua criação, assegurada, sempre que possível, a representação proporcional dos partidos ou de blocos partidários que participem da respectiva Câmara (58, § 1.º).

No tocante ao tempo, as comissões podem ser permanentes ou temporárias.

São **permanentes** as de caráter técnico-legislativo ou especializado. São integrantes da estrutura institucional da Casa e têm por finalidade apreciar os assuntos ou proposições submetidos ao seu exame e sobre eles deliberar, assim como exercer o acompanhamento dos planos e programas governamentais e a fiscalização orçamentária da União, no âmbito dos respectivos campos temáticos e áreas de atuação.

São alguns exemplos de comissões permanentes as de Agricultura e Política Rural; Ciência e Tecnologia; Comunicação e Informática; Constituição e Justiça (na Câmara, é acrescida do termo "redação" e, no Senado, do termo "de cidadania"); Defesa do Consumidor; Meio Ambiente e Minorias; Amazônia e Desenvolvimento Regional; Economia; Indústria e Comércio; Educação, Cultura e Desporto; Fiscalização Financeira e Controle; Finanças e Tributação; Minas e Energia; Relações Exteriores e Defesa Nacional; Seguridade Social e Família e assim por diante.

São comissões **temporárias** as criadas para apreciar determinado assunto, que se extinguem ao término da legislatura, ou antes dele, quando alcançado o fim a que se destinam ou expirado seu prazo de duração.

Existem diversas espécies de comissões, as quais podemos destacar:

13.3.2.1 Comissões temáticas ou ordinárias

São as comissões permanentes às quais cabe apreciar projeto de lei e emitir parecer, ou, ainda, votar os projetos que dispensam apreciação do plenário da Casa legislativa.[8]

São algumas tarefas dessas comissões, dentre outras (art. 58, § 2.º):

1. discutir e votar projeto de lei que dispensar votação em plenário;
2. realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil;
3. convocar Ministros de Estados para prestar informações sobre assuntos inerentes as suas atribuições legais (art. 50);
4. receber as petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra ato ou omissões das autoridades ou entidades públicas;
5. solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão;
6. apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de

desenvolvimento e sobre eles emitir parecer.

13.3.2.2 Comissões representativas ou especiais (art. 58, § 4.º)

A Constituição estabelece que 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.

A Resolução 3/1990 do Congresso Nacional regulamenta a Comissão representativa e estabelece que a Comissão Representativa do Congresso Nacional será integrada por sete Senadores e dezesseis Deputados, e igual número de suplentes, eleitos pelas respectivas Casas na última sessão ordinária de cada período legislativo, e cujo mandato coincidirá com o período de recesso do Congresso Nacional, que se seguir à sua constituição, excluindo-se os dias destinados às sessões preparatórias para a posse dos parlamentares eleitos e a eleição das Mesas.

Quanto às atribuições dessa comissão, a resolução estabelece que "à Comissão compete (art. 7.º): I – zelar pelas prerrogativas do Congresso Nacional, de suas Casas e de seus membros; II – zelar pela preservação da competência legislativa do Congresso Nacional em face da atribuição normativa dos outros Poderes (CF, art. 49, XI); III – autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País (CF, art. 49, III); IV – deliberar sobre: *a*) a sustação de atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa, desde que se caracterize a necessidade da medida cautelar em caráter urgente (CF, art. 49, V); *b*) projeto de lei relativo a créditos adicionais solicitados pelo Presidente da República, desde que sobre o mesmo já haja manifestação da Comissão Mista Permanente a que se refere o § 1.º do art. 166 da Constituição Federal; *c*) projeto de lei que tenha por fim prorrogar prazo de lei, se o término de sua vigência ocorrer durante o período de recesso ou nos dez dias úteis subsequentes ao seu término; *d*) tratado, convênio ou acordo internacional, quando o término do prazo, no qual o Brasil deva sobre ele se manifestar, ocorrer durante o período de recesso ou nos dez dias úteis subsequentes a seu término; V – ressalvada a competência das Mesas das duas Casas e a de seus membros: *a*) conceder licença a Senador e Deputado; *b*) autorizar Senador ou Deputado a aceitar missão do Poder Executivo; VI – exercer a competência administrativa das

Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, em caso de urgência, quando ausentes ou impedidos os respectivos membros; VII – fiscalizar e controlar os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta; VIII – receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas; IX – convocar Ministros de Estado e enviar-lhes pedidos escritos de informação, quando houver impedimento das Mesas de qualquer das Casas interessadas; X – representar, por qualquer de seus membros, o Congresso Nacional em eventos de interesse nacional e internacional; XI – exercer outras atribuições de caráter urgente, que não possam aguardar o início do período legislativo seguinte sem prejuízo para o País ou suas instituições".

13.3.2.3 Comissão de ética (Conselho de Ética)

Comissão de ética é o órgão constituído por quinze membros titulares e igual número de suplentes com mandato de dois anos[9] para apurar irregularidades cometidas por parlamentares.

O art. 6.º do Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados dispõe que ao Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados compete: I – zelar pela observância dos preceitos deste Código, atuando no sentido da preservação da dignidade do mandato parlamentar na Câmara dos Deputados; II – processar os acusados nos casos e termos previstos no art. 13; III – instaurar o processo disciplinar e proceder a todos os atos necessários à sua instrução, nos casos e termos do art. 14; IV – responder às consultas da Mesa, de Comissões e de Deputados sobre matérias de sua competência; V – organizar e manter o Sistema de Acompanhamento e Informações do Mandato Parlamentar, nos termos do art. 17.

Por seu turno, o art. 22 do Código de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal (Res. 20/1993) estabelece: "Compete ao Conselho de Ética e Decoro Parlamentar zelar pela observância dos preceitos deste Código e do Regimento Interno, atuando no sentido da preservação da dignidade do mandato parlamentar no Senado Federal".

As apurações realizadas pelo conselho de ética serão encaminhadas à Casa a que pertence o parlamentar.

Caso fique constatado que o Deputado Federal ou Senador infringiu as proibições do art. 54,[10] praticou ato incompatível com o decoro parlamentar[11] ou

sofreu condenação criminal em sentença transitada em julgado, a perda do mandato será **decidida** pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, **por maioria absoluta**,[12] mediante **provocação** da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa (art. 55, § 2.º).

No entanto, se o Deputado Federal ou Senador deixou de comparecer, em cada sessão legislativa, à **terça parte** das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada, perdeu ou teve suspensos os direitos políticos, ou, ainda, quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos na Constituição da República, 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 (art. 55, § 3.º).

13.3.2.4 Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI)

13.3.2.4.1 Introdução

A CPI está prevista no art. 58, § 3.º, e regulamentada nas Leis 1.579/1952 e 10.001/2000, LC 105/2001, arts. 35 e seguintes do RICD, arts. 145 e seguintes do RISF e 21 do RICN.

As CPIs são organismos instituídos por tempo certo para apuração de fato determinado de interesse público, sendo as conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público e demais autoridades administrativas para que seja promovida a apuração da responsabilidade civil e criminal dos infratores (art. 58, § 3.º).

É bom lembrar que o Poder Legislativo, além da função típica legislativa, exerce função típica fiscalizatória.

O poder fiscalizatório conferido ao Legislativo é sinalizado em diversos dispositivos constitucionais. O art. 49, X, por exemplo, dispõe que é da 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". O art. 70, por sua vez, avisa que "a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas,

será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder".

Nesse passo, certo é que a CPI exerce **função típica investigatória** do Poder Legislativo, com grande relevância na fiscalização e controle da administração em geral, sendo um dos mecanismos integrantes do **sistema de freios e contrapesos**.

Esse órgão tem o poder de investigar **pessoas físicas e jurídicas de direito público ou privado** que supostamente ofendam interesse público.

13.3.2.4.2 Requisitos

A criação dessas importantes comissões depende do preenchimento de três requisitos constitucionais:

a) **Requerimento de pelo menos um terço de membros** da Casa onde será aberta a CPI.

Na Câmara dos Deputados, é necessário *quorum* de 171 Deputados (o que corresponde a 1/3 de 513), e no Senado Federal, 27 Senadores (1/3 de 81).

Se a CPI for mista (criada pelo Congresso Nacional), o art. 21 do RICN dispõe: "Serão criadas em sessão conjunta, sendo **automática** a sua instituição se requerida por 1/3 (um terço) dos membros da Câmara dos Deputados **mais** 1/3 (um terço) dos membros do Senado Federal. Parágrafo único. As Comissões Parlamentares Mistas de Inquérito terão o número de membros fixado no ato da sua criação, devendo ser igual à participação de Deputados e Senadores, obedecido o princípio da proporcionalidade partidária".

É bom explicar que, conquistando o *quorum* constitucional de 1/3, a CPI será aberta, mesmo que os outros 2/3 fiquem descontentes. Isso se dá em razão do **direito de oposição** e pelo **direito público subjetivo das minorias**.[13]

Curioso é que a minoria tem o direito de criar CPI, porém sua composição deve respeitar a proporcionalidade dos partidos e blocos parlamentares existentes na Casa onde será aberta. Nesse sentido, a minoria cria, mas a maioria acaba conduzindo os trabalhos da comissão.[14]

b) **Ter por objeto a apuração de fato determinado**.

O art. 35, § 1.º, do RICD considera "fato determinado" o acontecimento de

relevante interesse para a vida pública e a ordem constitucional, legal, econômica e social do País, que estiver devidamente caracterizado no requerimento de constituição da comissão.

O fato determinado não precisa ser único. A comissão pode inclusive investigar mais de um fato, desde que exista pertinência entre eles e sejam determinados. Até porque, mesmo que seja instaurada CPI para um fato, nada impede que se descubram outros fatos conexos no curso da CPI e sejam integrados no objeto da investigação, bastando que ocorra um aditamento do objeto inicial da comissão.[15]

Se cada CPI apura fato específico, surge uma dúvida por reboque: **há limites de comissões de inquérito?** O art. 35, § 4.º, do RICD limita a cinco por vez, salvo mediante projeto de resolução com o *quorum* de apresentação de um terço. O STF já declarou constitucional esse dispositivo do Regimento Interno da Câmara dos Deputados que limita o número de Comissões Parlamentares de Inquérito concomitantes.[16]

Em razão da autonomia ínsita a cada Casa legislativa, nada impede que este fato determinado seja investigado nas duas Casas, em separado, podendo assim ser criadas CPIs simultâneas, nos dois órgãos, para investigar o mesmo fato.

O art. 146 do regimento interno do Senado Federal veda criação de CPI que discuta matéria pertinente:

> I – à Câmara dos Deputados – em razão da autonomia das casas. A recíproca, neste caso, é verdadeira. Isto é, não pode a Câmara dos Deputados investigar matéria pertinente ao Senado Federal;
>
> II – às atribuições do Poder Judiciário – Atos de **natureza jurisdicional** não podem ser investigados em CPI sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes. Contudo, nada impede que CPI investigue atuação **atípica** (administrativa, *v.g.*) do Poder Judiciário, como, por exemplo, uma licitação fraudulenta realizada por um Tribunal Superior.
>
> III – aos Estados – em respeito ao pacto federativo, não pode a CPI federal investigar fatos atinentes à competência dos Estados nem do Distrito Federal ou Municípios, pois este ato geraria interferência indevida da União na autonomia de outros entes federados.

A ideia de criação de CPI busca tornar mais efetivo e rigoroso o controle

sobre toda a máquina estatal, por isso é óbvio que **descabe instauração de CPI para investigar atos privados, sem repercussão sobre o interesse público**.

c) **Ter prazo certo de funcionamento**.

O art. 35, § 3.º do RICD prevê que a comissão, que poderá atuar também durante o recesso parlamentar, terá o prazo de cento e vinte dias, prorrogável por até metade, mediante deliberação do Plenário, para conclusão de seus trabalhos.

Apesar do prazo específico, nada impede prorrogações sucessivas dentro da mesma legislatura, nos termos da Lei 1.579/1952. Observe-se, porém, que o termo final de uma CPI será no máximo, necessariamente, o término da legislatura (art. 76, § 4.º, do RISF).

O número de componentes da CPI será indicado no requerimento de abertura (arts. 35, § 5.º, do RICD, e 145, § 1.º, do RISF).

13.3.2.4.3 Atribuições da CPI

Ponto importante do estudo é verificar quais os poderes e limites da CPI.

De início, há uma impropriedade no termo utilizado na Constituição ao dispor sobre CPI, uma vez que afirma que as Comissões Parlamentares de Inquérito terão “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais” (art. 58, § 3.º).

Essa expressão soa estranha na medida em que somos um país que adotou o sistema acusatório e o Judiciário, em princípio, não tem “poderes de investigação”. Contudo, a explicação está na fonte de inspiração para elaboração do texto contido no art. 58, § 3.º da Constituição brasileira: art. 82 da Constituição italiana de 1947 e art. 178. 4. 5. da Constituição portuguesa de 1976. Em ambas os constituintes desses países utilizaram o termo “poderes de investigação próprio das autoridades judiciais”, o que não poderia ter sido internalizado em nosso País, vez que não possuímos juizados de instrução.

O art. 36 do RICD versa sobre os poderes da CPI, concedendo às comissões da Câmara os poderes de:

a) requisitar funcionários dos serviços administrativos da Câmara, bem como, em caráter transitório, os de qualquer órgão ou entidade da administração pública direta, indireta e fundacional, ou do Poder Judiciário, necessários aos seus trabalhos;

b) determinar diligências, ouvir indiciados, inquirir testemunhas **sob**

compromisso, requisitar de órgãos e entidades da administração pública informações e documentos, requerer a audiência de Deputados e Ministros de Estado, tomar depoimentos de autoridades federais, estaduais e municipais e requisitar os serviços de quaisquer autoridades, inclusive policiais;

c) incumbir qualquer de seus membros, ou funcionários requisitados dos serviços administrativos da Câmara, da realização de sindicâncias ou diligências necessárias aos seus trabalhos, dando conhecimento prévio à Mesa;

d) deslocar-se a qualquer ponto do território nacional para a realização de investigações e audiências públicas;

e) estipular prazo para o atendimento de qualquer providência ou realização de diligência sob as penas da lei, exceto quando da alçada de autoridade judiciária;

f) se forem diversos os fatos inter-relacionados objeto do inquérito, dizer em separado sobre cada um, mesmo antes de finda a investigação dos demais. E, por fim, dispõe que as Comissões Parlamentares de Inquérito valer-se-ão, subsidiariamente, das normas contidas no Código de Processo Penal.

Já o Senado Federal é mais sucinto, repetindo previsão do art. 2.º da Lei 1.579/1952, ao dispor que "no exercício das suas atribuições, a comissão parlamentar de inquérito terá poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, facultada a realização de diligências que julgar necessárias, podendo convocar Ministros de Estado, tomar o depoimento de qualquer autoridade, inquirir testemunhas, sob compromisso, ouvir indiciados, requisitar de órgão público informações ou documentos de qualquer natureza, bem como requerer ao Tribunal de Contas da União a realização de inspeções e auditorias que entender necessárias" (art. 148 do RISF).

Desta sorte, as comissões estudadas possuem poderes para **colher depoimentos, ouvir indiciados, inquirir testemunhas**, notificando-as a comparecer perante elas para depor, cabendo, inclusive, **condução coercitiva da testemunha** recalcitrante.[17]

O STF impõe observância das regra de convocação constantes no Código de Processo Penal. Nesses termos, "não é viável a intimação por via postal ou por via de comunicação telefônica. A convocação deve ser feita pessoalmente".[18]

E mais, essas comissões devem observar, da mesma forma, a prerrogativa concedida, pelo Processo Penal, a determinadas autoridades de marcar dia e hora para serem inquiridas.[19]

Sobre o poder de oitiva, os seguintes julgados merecem ser ressaltados:

a) Juiz não será intimado para depor sobre o conteúdo de sentença proferida[20], em razão do princípio da livre convicção, persuasão racional e independência do magistrado. Nesse sentido: "*Habeas corpus*. Comissão parlamentar de inquérito. Convocação de magistrado para prestar depoimento em face de decisões judiciais. Constrangimento ilegal caracterizado.

   1. Configura constrangimento ilegal, com evidente ofensa ao princípio da separação dos Poderes, a convocação de magistrado a fim de que preste depoimento em razão de decisões de conteúdo jurisdicional atinentes ao fato investigado pela Comissão Parlamentar de Inquérito. Precedentes. 2. *Habeas corpus* deferido" (HC 80.539/PA. Relator: Ministro Maurício Corrêa. *DJ* 01.08.2003).

b) Índio pode ser inquirido por CPI, desde que dentro da aldeia indígena, em dia e hora previamente acordados com a comunidade e com a presença de um representante da Fundação Nacional do Índio – FUNAI e de um antropólogo com conhecimento da mesma comunidade.[21]

c) Esposa de indiciado não deve prestar compromisso de dizer a verdade.

d) O indiciado e testemunhas possuem direito a não autoincriminação, sendo garantido a eles o direito ao silêncio quando o depoimento puder pôr em risco o referido direito constitucional.[22]

e) Ministro de Estado pode ser convocado para depor, importando em crime de responsabilidade sua ausência sem justificativa adequada (art. 50 da CR).

Podem ainda determinar busca e apreensão de documentos (desde que não implique violação de domicílio), diligências, exames e perícias.

Uma das grandes prerrogativas da CPI é o poder de quebrar sigilo de dados. **As principais e mais famosas espécies de dados são os sigilos fiscais, bancários e telefônicos**.[23]

Por óbvio, a CPI e seus membros não poderão dar publicidade aos dados sigilosos obtidos em investigação. O órgão que decreta a quebra de dados sigilosos tem o dever jurídico de manter íntegros esses dados, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa.

Para resguardar o princípio democrático, toda decisão proferida pela CPI deve ser **motivada**, comprovando a pertinência temática e a imprescindibilidade da medida, sob pena de ineficácia,[24] devendo ainda conter indicação específica da diligência a ser efetuada e o prazo alcançado pela medida.

Todas essas medidas devem observar o **princípio da colegialidade**, ou seja, as medidas elencadas somente podem ser adotadas por deliberação da maioria absoluta dos membros da CPI.

No mais, de acordo com a jurisprudência do STF, as comissões estão restritas à **cláusula de reserva** jurisdicional, ou seja, a CPI encontra limites nos dispositivos da Constituição que atribuem a atuação somente ao magistrado, com exclusividade. Nesse passo, **não pode** a CPI:

a) formular acusações ou punir delitos, nem desrespeitar privilégios contra a autoincriminação que assiste a qualquer indiciado ou testemunha;[25]

b) determinar a anulação dos atos do Poder Executivo, que só pode ser feita pelo próprio Executivo (autotutela – Súmulas 346 e 473 do STF) ou pelo Poder Judiciário;

c) decretar prisão de qualquer pessoa, exceto na hipótese de flagrante;

d) violar a privacidade, fazendo publicar dados sigilosos dos quais requisitou a quebra;

e) determinar a aplicação de medidas cautelares, tais como indisponibilidade de bens, arrestos, sequestro, hipoteca judiciária, proibição de ausentar-se da comarca ou do País;

f) determinar a realização de busca domiciliar também, salvo com

autorização judicial (art. 5.º, XI);

g) determinar a interceptação e a escuta telefônica, que devem ser requeridas ao órgão jurisdicional competente (art. 5.º, XII).

Não se pode confundir a interceptação telefônica citada com o sigilo telefônico, pois este se trata de dados e pode ser quebrado por CPI, assim como o bancário e o fiscal.[26]

Melhor explicando: a interceptação telefônica e a escuta telefônica são espécies de quebra de sigilo das comunicações telefônicas. Isto é, nestas a conversa entre os interlocutores é ouvida. Já no sigilo telefônico o que a autoridade obtém são os dados de ligação, como os números das linhas telefônicas que mantiveram contato e o tempo de ligação.

O advogado tem livre atuação em CPI, podendo acompanhar seu cliente, contraditar testemunhas, peticionar nos autos que tramitam na comissão e assim por diante. Dessa forma, a CPI não pode impedir, dificultar ou frustrar o exercício, pelo advogado, das prerrogativas de ordem profissional que lhe foram outorgadas pela Lei 8.906/1994.[27]

Há ainda outra importante restrição: se o processo judicial tramitar em segredo de justiça, as comissões não poderão ter acesso ao respectivo conteúdo protegido. Em outros termos, **as comissões de inquérito não possuem poderes para determinar quebra de sigilo judicial**.[28]

Eventuais abusos ou ilegalidades praticadas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito deverão ser controlados pelo Poder Judiciário. O órgão Judiciário competente no caso de CPI instaurada no Congresso Nacional é o STF.

O STF, de regra, entende que, caso haja conclusão dos trabalhos da CPI, os *habeas corpus* e mandados de segurança impetrados em razão de suas práticas restarão prejudicados.[29]

Por fim, o art. 1.º da Lei 10.001/2000 dispõe que “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”.

Assim, o relatório poderá ser encaminhado ao Ministério Público e, se for o

caso, a outros órgãos como Secretaria da Receita Federal, Tribunal de Contas e assim por diante.[30]

O art. 2.º da Lei 10.001/2000 dispõe: “A autoridade a quem for encaminhada a resolução informará ao remetente, no prazo de trinta dias, as providências adotadas ou a justificativa pela omissão. Parágrafo único. 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”.

13.3.2.4.4 CPI Estadual e Distrital

Sem rodeios, podemos afirmar que a previsão de CPI **é norma de observância obrigatória nos Estados-membros e no Distrito Federal**, a ser exercida pelas assembleias legislativas dos Estados e Câmara Legislativa do Distrito Federal.

Ademais, os citados entes federados **não poderão** estabelecer outros requisitos para **criação** dessas comissões além dos três já expostos.

Assim, é inconstitucional, por exemplo, o regimento de assembleia legislativa que determina a submissão do requerimento de criação de CPI ao seu plenário.

Todavia, nem toda limitação estabelecida no regimento interno é inconstitucional. Como visto, o STF já declarou constitucional o regimento interno da Câmara dos Deputados que limita o número de Comissões Parlamentares de Inquérito concomitantes.[31]

No tocante aos poderes, a CPI estadual e distrital também tem poderes semelhantes, podendo determinar inclusive a quebra de sigilo bancário,[32] uma vez ser inerente ao exercício da investigação, sob pena de esvaziar a efetividade da comissão.

13.3.2.4.5 CPI Municipal

Quanto à possibilidade de a Lei Orgânica municipal prever a criação de CPI municipal pela Câmara dos Vereadores, não há dúvida.

A divergência paira sobre o poder ou não de as CPIs municipais quebrarem o sigilo bancário. Alguns doutrinadores apontam sua possibilidade,[33] outros sustentam impossibilidade.[34]

Inclinamo-nos para a segunda posição, entendimento já exposto pelo Ministro Joaquim Barbosa, que ao proferir seu voto na ACO 730 lembrou: “Essa transferência de poderes jurisdicionais não se pode dar no âmbito do Município, exatamente porque o Município não dispõe de jurisdição nem de poder jurisdicional, a transferir, na área da CPI, do Judiciário ao Legislativo”.[35]

O que o Ministro quis dizer é que o federalismo brasileiro é assimétrico. Os Municípios não possuem os mesmos poderes dos Estados, não possuindo, *v.g.*, Poder Judiciário. Se não há Judiciário, não se pode falar em poder próprio das autoridades judiciais em nível municipal.

13.4 IMUNIDADE PARLAMENTAR

Imunidade parlamentar é o conjunto de prerrogativas asseguradas a membros do Poder Legislativo para que o exercício da função parlamentar ocorra com independência e imparcialidade.

Toda **imunidade parlamentar tem início com a diplomação** (e não com a posse) dos mandatários.[36] A diplomação no Poder Legislativo ocorre, em geral, no mesmo ano da eleição e configura a ratificação do resultado da eleição pela Justiça Eleitoral.

Por óbvio, os suplentes de parlamentar **não** possuem imunidade,[37] uma vez que o estatuto dos congressistas se aplica apenas aos parlamentares em exercício dos respectivos cargos.[38]

Segundo a Súmula 245 do STF, a imunidade, seja qual for a espécie, não se estende ao coautor do delito que não seja parlamentar.

Outro ponto importante é que a imunidade, por ser atribuição inerente ao cargo, **não pode ser objeto de renúncia pelos senadores e deputados**.

A imunidade parlamentar possui regra matriz no art. 53, o qual foi largamente alterado pela EC 35/2001.

A imunidade parlamentar se divide em **imunidade material, absoluta, substantiva, real** ou **inviolabilidade**, resguardando os legisladores por suas opiniões palavras e votos, e **imunidade formal, processual** ou **adjetiva**, estabelecendo regras processuais próprias para os políticos do Poder Legislativo.

13.4.1 Imunidade material (absoluta, substantiva, real ou inviolabilidade)

A imunidade material (*freedom of speech*[39]) prevista nos arts. 27, § 1.º, 29, VIII, e 53, *caput*, diz respeito às palavras, votos e opiniões proferidos por membros do Poder Legislativo.

Dessa forma, as palavras, votos e opiniões proferidos pelas pessoas protegidas por esta imunidade gozam de antinormatividade, por isso não há fato típico por ausência de tipicidade conglobante.

É bom alertar que, embora nossa posição pessoal seja no sentido de que a imunidade material é excludente de ilicitude e, logo, exclui o crime, há diversas posições quanto a sua natureza jurídica, como resume Alexandre de Moraes:[40] "Desta forma, Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967*), Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*), e José Afonso da Silva (*Curso de direito constitucional positivo*) entendemna como uma causa excludente de crime; Basileu Garcia (Instituições de Direito Penal), como causa que se opõe à formação do crime; Damásio de Jesus (Questões Criminais), causa funcional de exclusão ou isenção de pena; Aníbal Bruno (Direito Penal), causa pessoal de exclusão de pena; Heleno Cláudio Fragoso (Lições de Direito Penal), causa de irresponsabilidade; José Frederico Marques (*Tratado de direito penal*), causa de incapacidade penal por razões políticas".

Seguindo essa linha de entendimento, o parlamentar não poderá ser processado nem mesmo após o término de mandato (por isso o termo "imunidade absoluta").

A imunidade abrange ações **cíveis** e **penais**.

Quando proferida em plenário, a imunidade goza de **presunção absoluta**, ou seja, não há possibilidade de responsabilização do parlamentar. Nesse sentido, já decidiu o STF: "Imunidade parlamentar material: ofensa irrogada em plenário, independente de conexão com o mandato, elide a responsabilidade civil por dano moral. Precedente: RE 210.917. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 12.08.1992, *RTJ*, 177/1375" (RE 463.671-AgR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 03.08.2007) e completa: "Ante a imunidade prevista no art. 53 da Carta Federal, a utilização da tribuna da Casa Legislativa, considerado certo contexto ligado à frustrada comissão parlamentar de inquérito, apontando-se corrupção em órgão público, não enseja ação penal" (Inq 2.815, rel. Min. Marco Aurélio. j. 25.11.2009, Plenário, *DJe* 08.12.2009).

Contudo, caso as palavras, votos e opiniões sejam proferidos fora do plenário, a **presunção será relativa**, cabendo responsabilização civil e penal se as palavras proferidas não tiverem ligação com a função.

Cabe observar o art. 53, § 8.º: “As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de 2/3 dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida”.

A imunidade de Senador, Deputado Federal, Estadual é aplicável amplamente. Já o Vereador possui imunidade limitada à circunscrição do Município (art. 29, VIII).

Em que pese nossa posição pessoal em sentido contrário, o STF entende que a imunidade deve ser restrita aos limites do município e palavras proferidas sobre ofício.[41]

Particularmente, entendemos que a imunidade de Vereador deve ser restrita às palavras proferidas independentemente de sua localização. Entender o contrário é ceifar o exercício livre da função legislativo-administrativa fora dos limites do Município, como, por exemplo, quando se relacionar com outros Municípios para estabelecer parcerias.

13.4.2 Imunidade formal ou processual

Na imunidade formal (*freedom from arrest*) prevista nos arts. 27, § 1.º, e 53 e parágrafos da CR, ao contrário da material, não há exclusão do ilícito. Trata-se de imunidade propriamente dita, pois regulamenta a condução de processo contra o congressista.

Essa imunidade é aplicável somente ao processo penal,[42] como deflui dos §§ 2.º e 3.º do art. 53. São prerrogativas inerentes ao cargo parlamentar que dizem respeito à prisão, processo, foro por prerrogativa de função, incorporação às Forças Armadas e depoimento testemunhal.

É preciso repisar que os suplentes de parlamentares **não** têm direito às imunidades que serão descritas.[43]

Por isso, é salutar analisar uma a uma.

a) **Imunidade relativa à prerrogativa de foro**

O processo contra **Senador e Deputado Federal** será proposto no **STF** (art. 53, § 1.º). Se já respondia a processo antes da diplomação, com o ato o processo será remetido para o STF. Porém, como a imunidade está diretamente ligada ao

cargo, caso perca o mandato ou acabe o mandato sem reeleição, o processo deverá ser devolvido para as instâncias inferiores,[44] cessando a prerrogativa de foro.

Porém, se o parlamentar renunciar na véspera do julgamento do processo no STF com o fim de postergar o feito, o processo continuará no Tribunal Supremo, pois configura fraude processual.[45] Assim, mesmo não sendo mais parlamentar, será julgado pelo Pretório Excelso, pois, como se pronunciou o Ministro Carlos Ayres Britto, citando Ulpiano (Eneo Domitus Ulpianus – 150 – 228 d.C.), "não se pode tirar proveito da própria torpeza". Além de configurar uma tentativa de "manipulação de instâncias".

Importante é que, ao que parece, o STF, para considerar a manutenção do processo no Pretório Excelso, leva em consideração o *animus* do agente em se furtar do julgamento. No caso relatado, o processo tramitava havia 14 anos e, finalmente, no momento do julgamento, com o crime prestes a prescrever, o Deputado resolve renunciar.

Contudo, em outras oportunidades, nas quais não foi constatada a renúncia como subterfúgio processual, o STF a usou para declinar competência.[46]

Deputado Estadual será processado e julgado no **Tribunal de Justiça** competente. De certo, cabe à Constituição estadual dispor sobre o assunto, na medida em que a Constituição da República somente concede aos Deputados Estaduais as mesmas regras da Constituição da República sobre inviolabilidade e imunidade, dentre outras.

Existe orientação fixada pelos **Tribunais de que o Tribunal do Júri prevalece sobre prerrogativas estabelecidas pelas Constituições estaduais**. Entretanto, quando se tratar de Deputado Estadual que cometa crime doloso contra vida, ele será julgado no TJ e não no Tribunal do Júri, pois a prerrogativa é concedida pela Constituição da República (art. 27, § 1.º, da CR) e a Constituição estadual somente obedece à determinação.

Quanto ao **Vereador**, importante notar que este **não possui imunidade formal**. Contudo, o STF[47] e o STJ[48] firmaram entendimento de que **as constituições estaduais podem fixar prerrogativa de foro para vereadores**.

b) **Imunidade relativa à prisão**

O art. 53, § 2.º, veda expressamente a prisão de parlamentar, salvo nos casos de **flagrante** pela prática de **crime inafiançável**.

Uma vez que a lavratura da nota de culpa, ato que formaliza a prisão em flagrante, depende da anuência da Casa à qual pertencer o parlamentar,[49] o STF, em 24 horas, dará ciência à Casa Legislativa competente para que resolva sobre a prisão. Para sua libertação, é necessário *quorum* de **maioria absoluta em votação aberta**. Caso não atinja o referido *quorum*, será mantida a prisão com a lavratura da nota de culpa.

c) **Imunidade para processo**

Caso o parlamentar cometa crime **antes** de ser **diplomado**, o **processo seguirá** normalmente, com a ressalva da remessa dos autos ao órgão competente para julgamento, como o STF para Deputados Federais e Senadores e TJ para Deputados Estaduais.

Nesse caso, se o processo demorar para ser remetido ao novo órgão competente e forem praticados atos na instância *a quo* mesmo após a diplomação, ocorrerá obviamente o vício destes atos. Contudo, o STF e o STJ admitem a possibilidade de **ratificação** desses atos pelo Tribunal competente, **desde que não estejam diretamente ligados ao mérito da ação**.[50]

Caso o crime tenha ocorrido após a **diplomação**, o órgão judiciário competente, ao receber a denúncia, 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** e, por consequência, da prescrição (art. 53, §§ 3.º e 5.º).

Segundo o art. 53, § 4.º, o pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora.

Pelo que já estudamos, se o crime tiver sido praticado por Senador, o STF dará ciência do processo ao Senado Federal. Caso o crime tenha sido realizado por Deputado Federal, a ciência será à Câmara dos Deputados. Se, por sua vez, o crime tiver sido realizado por Deputado Estadual, o Tribunal de Justiça dará ciência à Assembleia Legislativa. Por fim, se o crime foi perpetrado por Deputado Distrital, a ciência será à Câmara Legislativa.

d) **Imunidade para testemunhar**

Ademais, os parlamentares jamais poderão ser obrigados a testemunhar em juízo sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do

mandato, nem sobre pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações (art. 53, § 6.º).

e) **Imunidade para incorporação às Forças Armadas**

O art. 53, § 7.º, exime o parlamentar da obrigação militar, explicando que "a incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva".

13.5 PERDA DO MANDATO

Antes de adentrar no tema, é bom esclarecer um ponto sobre incompatibilidade.

A incompatibilidade ocorre após a eleição e impede, desde a diplomação ou posse, determinadas práticas realizadas pelo eleito (art. 54). Assim, as incompatibilidades podem ser **contratuais** (art. 54, I, *a*), **funcionais** (art. 54, I, *b*, e II, *b*), **profissionais** (art. 54, II, *a* e *c*) ou **políticas** (art. 54, II, *d*).[51] Uma vez verificado que o parlamentar está praticando ato ou exercendo função incompatível, é possível sofrer sanção de perda de mandato, como ficará demonstrado a seguir.

Já as hipóteses de perda do mandato estão previstas no art. 55 da CR.

Segundo esse artigo, o Deputado ou Senador perde o mandato nas seguintes hipóteses:

a) Se o Deputado ou Senador praticar ato incompatível com a função, como definidos no art. 54 da CR:

"Art. 54. 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;

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.”

b) Se seu procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar.

Para solver a dúvida, o art. 55, § 1.º, discorre que é incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas;

c) Se sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado;

d) Se 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;

e) Se perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

f) Quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição.

Foram elencadas seis hipóteses que podemos dividir em dois grupos.

Nas três primeiras hipóteses, o art. 55, § 2.º, da Constituição afirma que a perda do mandato será **decidida (cassação)** pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta,[52] mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

Já nos três últimos casos, o art. 55, § 3.º, da Lei Maior dispõe que a perda será

declarada (extinção) 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.

Então, a perda poderá ser de duas formas:

Cassação do mandato	Art. 55, I, II, VI – por voto da maioria absoluta da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal.
Extinção do mandato	Art. 55, III, IV, V – sendo ato meramente declaratório.

Este sempre foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal e da maioria da doutrina que se debruça sobre o Direito Constitucional e Eleitoral. Particularmente, esta **sempre foi** a nossa posição.

Contudo, no dia 17 de dezembro de 2012, o STF mudou consolidado entendimento, ao julgar a famosa Ação Penal 470 (que ficou conhecida como "caso mensalão"), em que, dentre outros, três Deputados Federais foram condenados por corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Naquela oportunidade, o Pretório Excelso, por decisão extremamente apertada de 5 votos a 4, entendeu que **a perda de mandato de parlamentares condenados criminalmente com trânsito em julgado é automática**,[53] cabendo ao Legislativo apenas cumprir a decisão do Supremo Tribunal.

Ao julgar aquele caso, o Pretório Excelso entendeu que, condenando Deputado Federal ou Senador, no curso do mandato, pela mais alta instância judiciária, inexistiria espaço para o exercício de juízo político ou de conveniência pela Casa Legislativa, uma vez que a suspensão de direitos políticos, com a subsequente perda de mandato eletivo, seria efeito irreversível da sentença condenatória. Assim, a deliberação da Casa Legislativa, prevista no art. 55, § 2.º, da CF, possuiria efeito meramente declaratório, sem que aquela pudesse rever ou tornar sem efeito decisão condenatória final proferida pelo STF.

Ademais, crimes contra a Administração Pública, quando no exercício do cargo, é conduta incompatível com a função parlamentar.

Na terceira edição deste livro, mostramos a irresignação com o entendimento do Tribunal Supremo nos seguintes moldes:

“Respeitamos, como sempre, a decisão do órgão máximo do Poder Judiciário. Respeitamos a vontade do povo de ver efetividade nas condenações de grandes figuras públicas, mas somos operadores do direito, temos que ser racionais para analisar friamente este importante julgado. E exatamente por isso não concordamos com a decisão da maioria apertada do STF pelos seguintes motivos:

a) Interpretação literal – O art. 15 elenca as hipóteses de perda e suspensão dos direitos políticos. Essas hipóteses estão quase todas concentradas no art. 55, IV, as quais impõem ao Legislativo o dever de cumprir e **declarar** a perda de mandato, como se depreende do art. 55, § 3.º.

Contudo, a perda de mandato por decisão judicial transitada em julgado está no art. 55 em inciso separado (VI), não podendo ser interpretado na regra geral, sob pena de ofensa à máxima efetividade da Constituição. Pois bem, esse inciso VI, segundo o art. 55, § 2.º, é causa de perda dos direitos políticos se a Casa Legislativa assim **decidir**.

Nesse sentido, por disposição expressa, quem deve decidir a perda de mandato é a Casa Legislativa.

b) Mutação inconstitucional *contra legem* – Note que o art. 55, § 2.º, utiliza a expressão “decidida” enquanto o § 3.º utiliza o termo “declarada”. Não existe, em princípio, possibilidade de interpretar a locução “decidida” como “declarada”, são palavras diferentes; logo, o Judiciário estaria legislando, atuando como legislador positivo.

Até mesmo porque, se assim o fizer, não haverá mais distinção entre os parágrafos analisados, sendo uma ofensa à *mens constitutionis* do constituinte originário.

Admitir que, em razão do clamor popular, o Judiciário interprete a Constituição como melhor lhe convier é um risco. É investir o Judiciário de um superpoder. É colocá-lo em um patamar acima dos demais.

c) Princípio da separação dos poderes – Se o Judiciário determinar a perda de mandato de membro do Legislativo, seria uma ofensa frontal ao princípio basilar e estrutural da separação dos poderes.

d) Vedação do sistema de freios e contrapesos tácito – Em diversos julgados o Supremo deixou claro seu entendimento de proibição do sistema de freios e contrapesos tácito. A interferência de um poder em outro só é possível se autorizada pela Lei Maior do País. Neste caso, parece haver uma intervenção

sem previsão expressa.

e) Estado Democrático de Direito – Pessoas eleitas pela maioria não podem perder o cargo por órgão contramajoritário, pessoas não eleitas. Democracia é o governo do povo e para o povo. Admitir que servidores concursados ou não determinem quem ficará no poder ao arrepio dos votos das urnas é claramente antidemocrático."

Ocorre que os Ministros Carlos Ayres e Cesar Peluso se aposentaram, sendo substituídos na corte pelos Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso. Os dois que possuem o entendimento similar ao nosso entendimento. Destsa forma, aquela posição firmada por tênue diferença de votos foi novamente alterada, retornando o Pretório Excelso ao entendimento original. Assim, no jJulgamento da AP 565/RO, em 7 e 8 de agosto de 2013, o Supremo fixou entendimento, por maioria, que **compete à respectiva Casa Legislativa deliberar sobre sua eventual perda de mandato**.[54]

Dada importância do tema, vale transcrever sucintamente o raciocínio dos Ministros calouros:

a) Min. Roberto Barroso pontuou haver obstáculo intransponível na literalidade do § 2.º do art. 55 da CF;

b) O Min. Teori Zavascki realçou que a condenação criminal transitada em julgado conteria como efeito secundário, natural e necessário, a suspensão dos direitos políticos, que independeria de declaração. De outro passo, ela não geraria, necessária e naturalmente, a perda de cargo público.

Por fim, o art. 56 elenca hipóteses de garantias, prevendo que **não perderá o mandato** o Deputado ou Senador:

a) 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. Nestas hipóteses o Deputado ou Senador poderá optar pela remuneração do mandato;

b) 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.

O **suplente será convocado** nos casos de perda de mandato, de investidura nas funções elencadas anteriormente ou de licença superior a cento e vinte dias.

Ocorrendo vaga e não havendo suplente, far-se-á eleição para preenchê-la se faltarem mais de quinze meses para o término do mandato (art. 56, § 2.º).

13.6 EXERCÍCIOS DE FIXAÇÃO

1. (Advogado Nossa Caixa – FCC/2011) Compete privativamente à Câmara dos Deputados

A) 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.

B) processar e julgar o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Comandantes da Marinha nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles.

C) processar e julgar o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade.

D) aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de Diretores do Banco Central.

E) estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Municípios.

2. (183.º Magistratura SP – VUNESP – 2011) No tocante às Comissões Parlamentares, é equivocado dizer:

A) a Constituição Federal prevê a constituição das Comissões Permanentes, das Comissões Temporárias, das Comissões Mistas e das Comissões Parlamentares de Inquérito.

B) as Comissões Mistas são sempre Temporárias, extinguindo-se ao preencherem os fins a que se destinam.

C) as Comissões Parlamentares de Inquérito têm por objeto a apuração de fato determinado e têm prazo certo de funcionamento.

D) as Comissões Permanentes organizam-se em função da matéria de sua competência.

E) a Comissão Representativa tem por atribuição representar o Congresso Nacional durante o recesso parlamentar.

3. (Magistratura PE – FCC/2011) A disciplina constitucional das imunidades parlamentares e a sua respectiva compreensão jurisprudencial permitem afirmar:

A) A inviolabilidade parlamentar não se estende ao congressista quando, na condição de candidato a qualquer cargo eletivo, vem a ofender, moralmente, a honra de terceira pessoa, inclusive a de outros candidatos, em pronunciamento motivado por finalidade exclusivamente eleitoral, que não guarda qualquer conexão com o exercício das funções congressuais.

B) Desde a proclamação do resultado das eleições, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável.

C) Os Deputados e Senadores, desde a proclamação do resultado das eleições, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

D) A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares, dependerá de prévia licença da Casa respectiva, salvo em tempo de guerra.

E) As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de três quintos dos membros da Casa respectiva.

4. (Magistratura/MA – CESPE/2013) Assinale a opção correta no que se refere aos poderes da República.

A) Embora a CF estabeleça a competência privativa dos tribunais de justiça para a escolha de seus órgãos diretivos, tal circunstância não reveste de inconstitucionalidade lei estadual que admita a participação, na referida escolha, não somente de desembargadores, mas também de juízes vitalícios que atuem em primeiro grau de jurisdição.

B) De acordo com o entendimento do STF, o deputado ou senador que assumir o cargo de ministro de Estado estará sujeito à perda

do mandato por quebra de decoro parlamentar caso pratique, na condição de Ministro, ato considerado indecoroso.

C) De acordo com o estabelecido na CF, o Tribunal de Contas da União é órgão de natureza técnica que auxilia o Poder Legislativo na atividade de controle e fiscalização, cujos ministros são detentores das mesmas garantias, impedimentos, vencimentos e vantagens conferidas aos parlamentares.

D) A competência do Presidente da República para prover cargos públicos federais não pode ser delegada a ministro de Estado.

5. (Magistratura/SC - 2013) Sobre o Poder Legislativo, analise as proposições abaixo e assinale a alternativa correta:

I. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema majoritário, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal. O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados.

II. Cabe ao Congresso Nacional dispor sobre todas as matérias de competência da União, dentre as quais a 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.

III. É da competência exclusiva do Congresso Nacional escolher um terço dos membros do Tribunal de Contas da União.

IV. 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.

A) Todas as proposições estão corretas.

B) Somente as proposições I, II e III estão corretas.

C) Somente as proposições II, III e IV estão corretas.

D) Somente as proposições III e IV estão corretas.

E) Somente as proposições II e IV estão corretas.

6. (Juiz do Trabalho/TRT5 – CESPE/2013) Em relação ao Poder Legislativo, assinale a opção correta.

A) Os parlamentares integrantes da Câmara dos Deputados são eleitos pelo sistema majoritário.

B) As propostas de Emenda à Constituição devem ser sancionadas pelo Presidente da República, ressalvados os casos de sua iniciativa exclusiva.

C) Decreto do Presidente da República que viole os limites legais pode ser objeto do controle político repressivo de constitucionalidade pelo Congresso Nacional.

D) Ao Tribunal de Contas da União, órgão auxiliar e integrante do Poder Legislativo, compete julgar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República.

E) O Presidente da República detém competência para vetar, por razões de inconstitucionalidade, determinada palavra contida em projeto de lei.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

[1]SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 81-83.

[2]RICN: “Art. 1.º A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, sob a direção da Mesa deste, reunir-se-ão em sessão conjunta para: I – inaugurar a sessão legislativa (art. 57, § 3.º, I, da Constituição); II – dar posse ao Presidente e ao Vice-Presidente da República eleitos (arts. 57, § 3.º, III, e 78 da Constituição); III – [*discutir, votar e*] promulgar emendas à Constituição (art. 60, § 3.º, da Constituição); IV – (*revogado pela Constituição de 1988*); V– discutir e votar o Orçamento (arts. 48, II, e 166 da Constituição); VI – conhecer de matéria vetada e sobre ela deliberar (arts. 57, § 3.º, IV, e 66, § 4.º, da Constituição); VII – (*revogado pela Constituição de 1988*); VIII – (*revogado pela Constituição de 1988*); IX – delegar ao Presidente da República poderes para legislar (art. 68 da Constituição); X – (*revogado pela Constituição de 1988*); XI – elaborar ou reformar o Regimento Comum (art. 57, § 3.º, II, da Constituição); e XII – atender aos demais casos previstos na Constituição e neste Regimento. § 1.º Por proposta das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, poderão ser realizadas sessões destinadas a homenagear Chefes de Estados estrangeiros e comemorativas de datas nacionais. § 2.º Terão caráter solene as sessões referidas nos itens I, II, III e § 1.º.

Art. 2.º As sessões que não tiverem data legalmente fixada serão convocadas pelo Presidente do Senado ou seu Substituto, com prévia audiência da Mesa da Câmara dos Deputados

Art. 3.º As sessões realizar-se-ão no Plenário da Câmara dos Deputados, salvo escolha prévia de outro local devidamente anunciado”.

[3]TEMER, Michel. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord. científica); BILAC PINTO FILHO, Francisco; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz (Coord. editorial). *Comentários à Constituição Federal de 1988* cit., p. 916.

[4]“Em tema de remuneração dos servidores públicos, estabelece a

Constituição o princípio da reserva de lei. É dizer, em tema de remuneração dos servidores públicos, nada será feito senão mediante lei, lei específica. CF, art. 37, X, art. 51, IV, art. 52, XIII. II – Inconstitucionalidade formal do Ato Conjunto 1, de 05.11.2004, das Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. III – Cautelar deferida" (ADI 3.369 MC/DF, rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 18.02.2005).

[5]"O Plenário deferiu pedido de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para suspender a eficácia da Emenda Constitucional Paraense 47/2010, que – ao conferir nova redação ao parágrafo 9.º do art. 99 da Constituição daquela unidade federativa – prevê o pagamento de parcela indenizatória a deputados estaduais por convocação extraordinária da Assembleia Legislativa. Asseverou-se que, atualmente, vigoraria no Brasil norma constitucional proibitiva do pagamento de parcela indenizatória aos membros do Congresso Nacional pela convocação extraordinária (CF, art. 57, § 7.º) e que, por remissão expressa do art. 27, § 2.º, da CF ('O subsídio dos Deputados Estaduais será fixado por lei de iniciativa da Assembleia Legislativa, na razão de, no máximo, setenta e cinco por cento daquele estabelecido, em espécie, para os deputados federais, observado o que dispõem os arts. 39, § 4.º, 57, § 7.º, 150, II, 153, III, e 153, § 2.º, I'), essa regra, à primeira vista, também se aplicaria aos deputados estaduais" (ADI 4.509 MC/PA, rel. Min. Cármen Lúcia, 07.04.2011.) No mesmo sentido: ADI 4.587 MC/GO, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25.08.2011.

[6]O art. 6.º, VI, da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) concede porte de arma à guarda legislativa.

[7]RISF, "Art. 60. A eleição dos membros da Mesa será feita em escrutínio secreto, exigida maioria de votos, presente a maioria da composição do Senado e assegurada, tanto quanto possível, a participação proporcional das representações partidárias ou dos blocos parlamentares com atuação no Senado. § 1.º A eleição far-se-á em quatro escrutínios, na seguinte ordem, para: I – o Presidente; II – os Vice-Presidentes; III – os Secretários; IV – os Suplentes de Secretários" e RICD, art. 188, "§ 1.º A votação por escrutínio secreto far-se-á mediante cédula, impressa ou datilografada, recolhida em

urna à vista do Plenário: III – para eleição do Presidente e demais membros da Mesa (...)".

[8]Segundo o art. 24, II, do RICD, as comissões permanentes da Câmara dos Deputados não podem votar projetos: "a) de lei complementar; b) de código; c) de iniciativa popular; d) de Comissão; e) relativos a matéria que não possa ser objeto de delegação, consoante o § 1.º do art. 68 da Constituição Federal; f) oriundos do Senado, ou por ele emendados, que tenham sido aprovados pelo Plenário de qualquer das Casas; g) que tenham recebido pareceres divergentes; h) em regime de urgência;" o art. 132, § 2.º, do mesmo Regimento Interno completa: "§ 2.º Não se dispensará a competência do Plenário para discutir e votar, globalmente ou em parte, projeto de lei apreciado conclusivamente pelas Comissões se, no prazo de cinco sessões da publicação do respectivo anúncio no *Diário da Câmara dos Deputados* e no avulso da Ordem do Dia, houver recurso nesse sentido, de um décimo dos membros da Casa, apresentado em sessão e provido por decisão do Plenário da Câmara". E segundo o art. 91 do Regimento Interno do Senado Federal, "às comissões, no âmbito de suas atribuições, cabe, dispensada a competência do Plenário, nos termos do art. 58, § 2.º, I, da Constituição, discutir e votar: I – projetos de lei ordinária de autoria de Senador, ressalvado projeto de código; II – projetos de resolução que versem sobre a suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (Const., art. 52, X). § 1.º O Presidente do Senado, ouvidas as lideranças, poderá conferir às comissões competência para apreciar, terminativamente, as seguintes matérias: I – tratados ou acordos internacionais (Const., art. 49, I); II – autorização para a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais em terras indígenas (Const., art. 49, XVI); III – alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares (Const., art. 49, XVII); IV – projetos de lei da Câmara de iniciativa parlamentar que tiverem sido aprovados, em decisão terminativa, por comissão daquela Casa; V – indicações e proposições diversas, exceto: *a)* projeto de resolução que altere o Regimento Interno; *b)* projetos de resolução a que se referem os arts. 52, V a IX, e 155, §§ 1.º , IV, e 2.º , IV e V, da Constituição; *c)*

proposta de emenda à Constituição".

[9]Art. 7.º do Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados e art. 23 do Código de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal (Res. 20/1993).

[10]CRFB/1988. "Art. 54. 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; 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 inc. I, *a*; c) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o inc. I, *a*; d) ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo."

[11]CRFB/1988. "Art. 55, § 1.º É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas."

[12]A EC 76/2013 alterou o art. 55, § 2.º, da CRFB/1988, abolindo a votação secreta nos casos de perda de mandato de Deputado ou Senador.

[13]"Existe, no sistema político-jurídico brasileiro, um verdadeiro estatuto constitucional das minorias parlamentares, cujas prerrogativas – notadamente aquelas pertinentes ao direito de investigar – devem ser preservadas pelo Poder Judiciário, a quem incumbe proclamar o alto significado que assume, para o regime democrático, a essencialidade da proteção jurisdicional a ser dispensada ao direito de oposição, analisado na perspectiva da prática republicana das instituições parlamentares. A norma inscrita no art. 58, § 3.º, da Constituição da República destina-se a ensejar a participação ativa das minorias parlamentares no processo de investigação legislativa, sem que, para tanto, mostre-se necessária a concordância das agremiações que compõem a maioria parlamentar. O direito de oposição,

especialmente aquele reconhecido às minorias legislativas, para que não se transforme numa prerrogativa constitucional inconsequente, há de ser aparelhado com instrumentos de atuação que viabilizem a sua prática efetiva e concreta no âmbito de cada uma das Casas do Congresso Nacional. A maioria legislativa não pode frustrar o exercício, pelos grupos minoritários que atuam no Congresso Nacional, do direito público subjetivo que lhes é assegurado pelo art. 58, § 3.º, da Constituição e que lhes confere a prerrogativa de ver efetivamente instaurada a investigação parlamentar, por período certo, sobre fato determinado. Precedentes: MS 24.847/DF, rel. Min. Celso de Mello...” (MS 26.441/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 18.12.2009).

[14]GONÇALVEZ, Luiz Carlos do Santos. *Comentários à Constituição*… cit., p. 973.

[15]HC 71.039/RJ, rel. Min. Paulo Brossard, *DJ* 14.04.1994; HC 71.231, rel. Min. Carlos Velloso, j. 05.05.1994.

[16]ADI 1.635/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 05.03.2004.

[17]HC 71.039, rel. Min. Paulo Brossard, *DJ* 14.04.1994.

[18]HC 71.421, rel. Min. Celso de Mello, j. 03.05.1994.

[19]HC 80.153, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 09.05.2000.

[20]Como afirmado, ato de natureza jurisdicional não pode ser investigado por CPI.

[21]HC 80.240/RR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 20.06.2001.

[22]“... O entendimento desta Corte a respeito do tema posto no *habeas corpus* é no sentido de que as Comissões Parlamentares de Inquérito detêm o poder instrutório das autoridades judiciais – e não mais que o destas. Logo, às Comissões Parlamentares de Inquérito poder-se-ão opor os mesmos limites formais e substanciais oponíveis aos juízes, dentre os quais os derivados da garantia constitucional da não autoincriminação, que tem sua manifestação mais eloquente no direito ao silêncio dos acusados (HC 79.812, rel. Min. Celso de Mello; HC 79.244, rel. Min. Sepúlveda Pertence; HC 84.335, rel. Min. Ellen Gracie; HC 83.775, rel. Min. Joaquim Barbosa; HC 85.836, rel. Min. Carlos Velloso). Diante do exposto, defiro a liminar para que o paciente seja dispensado de firmar termo de compromisso legal de testemunha, ficando-lhe assegurado o direito de se calar sempre que

a resposta à pergunta, a critério dele, paciente, ou de seu advogado, possa atingir a garantia constitucional de não autoincriminação" (HC 86.232/DF, rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 01.08.2005).

[23]O poder de quebrar o sigilo bancário não é conferido ao Ministério Público, Polícia Judiciária e Tribunal de Contas.

[24]"As deliberações de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, à semelhança do que também ocorre com as decisões judiciais (*RTJ*, 140/514), quando destituídas de motivação, mostram-se írritas e despojadas de eficácia jurídica, pois nenhuma medida restritiva de direitos pode ser adotada pelo Poder Público, sem que o ato que a decreta seja adequadamente fundamentado pela autoridade estatal" (MS 23.452/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 12.05.2000).

[25]"É jurisprudência pacífica desta Corte a possibilidade de o investigado, convocado para depor perante CPI, permanecer em silêncio, evitando-se a autoincriminação, além de ter assegurado o direito de ser assistido por advogado e de comunicar-se com este durante a sua inquirição. Precedentes. Considerando a qualidade de investigado convocado por CPI para prestar depoimento, é imperiosa a dispensa do compromisso legal inerente às testemunhas. Direitos e garantias inerentes ao privilégio contra a autoincriminação podem ser previamente assegurados para exercício em eventuais reconvocações. Precedentes" (Plenário, HC 100.200, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 08.04.2010, *DJe* 27.08.2010).

[26]"... O sigilo bancário, o sigilo fiscal e o sigilo telefônico (sigilo este que incide sobre os dados/registros telefônicos e que não se identifica com a inviolabilidade das comunicações telefônicas) – ainda que representem projeções específicas do direito à intimidade, fundado no art. 5.º, X, da Carta Política – não se revelam oponíveis, em nosso sistema jurídico, às Comissões Parlamentares de Inquérito" (MS 24.817/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 06.11.2009).

[27]"... não se revela legítimo opor, ao advogado, restrições, que, ao impedirem, injusta e arbitrariamente, o regular exercício de sua atividade profissional, culminem por esvaziar e nulificar a própria razão de ser de sua intervenção perante os órgãos do Estado, inclusive perante as próprias CPIs" (MS 30.906-MC, rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 05.10.2011, *DJE* 10.10.2011).

[28]MS 27.483, rel. Min. Cezar Peluso, j. 14.08.2008.

[29]STF. “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende prejudicadas as ações de mandado de segurança e de *habeas corpus*, sempre que – impetrados tais *writs* constitucionais contra Comissões Parlamentares de Inquérito – vierem estas a extinguir-se, em virtude da conclusão de seus trabalhos investigatórios, independentemente da aprovação, ou não, de seu relatório final. Precedentes” (MS 23.852-QO/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 24.08.2001). No mesmo sentido: HC 100.200/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* 27.08.2010.

[30]Regimento Interno da Câmara dos Deputados: “Art. 37. Ao termo dos trabalhos a Comissão apresentará relatório circunstanciado, com suas conclusões, que será publicado no *Diário da Câmara dos Deputados* e encaminhado:

I – à Mesa, para as providências de alçada desta ou do Plenário, oferecendo, conforme o caso, projeto de lei, de decreto legislativo ou de resolução, ou indicação, que será incluída em Ordem do Dia dentro de cinco sessões;

II – ao Ministério Público ou à Advocacia-Geral da União, com a cópia da documentação, para que promovam a responsabilidade civil ou criminal por infrações apuradas e adotem outras medidas decorrentes de suas funções institucionais;

III – ao Poder Executivo, para adotar as providências saneadoras de caráter disciplinar e administrativo decorrentes do art. 37, §§ 2.º a 6.º, da Constituição Federal, e demais dispositivos constitucionais e legais aplicáveis, assinalando prazo hábil para seu cumprimento;

IV – à Comissão Permanente que tenha maior pertinência com a matéria, à qual incumbirá fiscalizar o atendimento do prescrito no inciso anterior;

V – à Comissão Mista Permanente de que trata o art. 166, § 1.º, da Constituição Federal, e ao Tribunal de Contas da União, para as providências previstas no art. 71 da mesma Carta.

Parágrafo único. Nos casos dos incisos II, III e V, a remessa será feita pelo Presidente da Câmara, no prazo de cinco sessões”.

[31]ADI 1.635/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 05.03.2004.

[32]ACO 730/RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 22.09.2004; MS 29.046/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* 08.11.2011.

[33]ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito constitucional* cit., p.

414.

[34]PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de processo penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 347.

[35]ACO 730, rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* 11.11.2005.

[36]AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional* cit., p. 393.

[37]"EMENTA: suplente de deputado federal. Direitos inerentes à suplência. Inextensibilidade, ao mero suplente de membro do congresso nacional, das prerrogativas constitucionais pertinentes ao titular do mandato parlamentar. Consequente inaplicabilidade, ao suplente de deputado federal/senador da república, enquanto ostentar tal condição, da prerrogativa de foro, perante o supremo tribunal federal, nas infrações penais. Reconhecimento, no caso, da falta de competência penal originária do supremo tribunal federal, por se tratar de mero suplente de congressista. Remessa dos autos ao juízo de origem" (Ap 665/MT, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 01.03.2012).

[38]Nesse sentido: Ac 2.639, rel. Min. Celso de Mello, *DJe* 28.06.2010. Inq 2.800, rel. Min. Celso de Mello, *DJe* 19.08.2010.

[39]São assim denominados em razão da origem no direito inglês.

[40]MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 418.

[41]"A Constituição da República, ao dispor sobre o estatuto político-jurídico dos Vereadores, atribuiu-lhes a prerrogativa da imunidade parlamentar em sentido material, assegurando a esses legisladores locais a garantia indisponível da inviolabilidade, 'por suas opiniões, palavras e votos, no exercício do mandato e na circunscrição do Município'. Essa garantia constitucional qualifica-se como condição e instrumento de independência do Poder Legislativo local, eis que projeta, no plano do Direito Penal, um círculo de proteção destinado a tutelar a atuação institucional dos membros integrantes da Câmara Municipal. A proteção constitucional inscrita no art. 29, VIII, da Carta Política estende-se – observados os limites da circunscrição territorial do Município – aos atos do Vereador praticados *ratione offici*, qualquer que tenha sido o local de sua manifestação (dentro ou fora do recinto da Câmara Municipal)" (1.ª T., HC 74.201, rel. Min. Celso de Mello, j. 12.11.2006, *DJ* 13.12.1996). No mesmo sentido: 1.ª T., AI 698.921-AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 23.06.2009, *DJe*

14.08.2009.

[42]NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional* cit., p. 599. Em sentido contrário, MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 423, para quem a imunidade formal se aplica a processos penais e cíveis.

[43]Opinião majoritária admitida pela Jurisprudência do STF (Ap 665/MT, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 01.03.2012) e pela doutrina: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 6. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 455. CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. v. 5, p. 2.679, item n. 267. PINTO FERREIRA. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 2, p. 625 e assim por diante.

[44]A ADI 2.797-2 e a ADI 2.860-0 declararam *inconstitucionais* os §§ 1.º e 2.º do art. 84 do CPP, acrescentados pela Lei 10.628/2002, que previa a manutenção da prerrogativa de função aos réus mesmo após a cessação da função pública.

[45]"1. Renúncia de mandato: ato legítimo. Não se presta, porém, a ser utilizada como subterfúgio para deslocamento de competências constitucionalmente definidas, que não podem ser objeto de escolha pessoal. Impossibilidade de ser aproveitada como expediente para impedir o julgamento em tempo à absolvição ou à condenação e, neste caso, à definição de penas. 2. No caso, a renúncia do mandato foi apresentada à Casa Legislativa em 27 de outubro de 2010, véspera do julgamento da presente ação penal pelo Plenário do Supremo Tribunal: pretensões nitidamente incompatíveis com os princípios e as regras constitucionais porque exclui a aplicação da regra de competência deste Supremo Tribunal (...) 9. Questão de ordem resolvida no sentido de reconhecer a subsistência da competência deste Supremo Tribunal Federal para continuidade do julgamento. 10. Preliminares rejeitadas. 11. Ação penal julgada procedente" (AP 396/RO, rel. Min. Cármen Lúcia, *DJ* 28.04.2011).

[46]"1. O réu, na qualidade de detentor do mandato de parlamentar federal, detém prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, onde deve ser julgado pela imputação da prática de crime doloso contra a vida. 2. A norma contida no art. 5.º, XXXVIII, da Constituição da República, que garante a instituição do júri, cede diante do disposto no art. 102, I, *b*, da Lei Maior, definidor da competência do Supremo

Tribunal Federal, dada a especialidade deste último. Os crimes dolosos contra a vida estão abarcados pelo conceito de crimes comuns. Precedentes da Corte. 3. A renúncia do réu produz plenos efeitos no plano processual, o que implica a declinação da competência do Supremo Tribunal Federal para o juízo criminal de primeiro grau. *Ausente o abuso de direito que os votos vencidos vislumbraram no ato*. 4. Autos encaminhados ao juízo atualmente competente" (AP 333/PB, rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJe* 11.04.2008 – grifo do autor).

[47]"Competência criminal. Originária. Ação penal. Crime comum. Réu então vereador. Feito da competência do Tribunal de Justiça. Art. 161, IV, *d*, n. 3, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Foro especial por prerrogativa de função. Constitucionalidade reconhecida. Precedentes do Supremo. Processo anulado. Recurso extraordinário improvido. Réu que perdeu o cargo de vereador. Retorno dos autos ao juízo de primeiro grau. Prejuízo do recurso neste ponto. Inteligência dos arts. 22, I, e 125, § 1.º, do art. 22, I, da CF. Não afronta a Constituição da República, a norma de Constituição estadual que, disciplinando competência originária do Tribunal de Justiça, lha atribui para processar e julgar vereador" (STF, RE 464.935/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* 27.06.2008).

[48]"1. A Constituição estadual pode atribuir competência ao respectivo Tribunal de Justiça para processar e julgar, originariamente, vereador, por ser agente político, ocupante de cargo eletivo, integrante do Legislativo municipal, o qual encontra simetria com os cargos de deputados estaduais, federais e senadores, sendo que estes, por força do disposto na própria Constituição Federal (art. 102, inc. I, letra *b*), têm foro por prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal, e aqueles perante os respectivos Tribunais de Justiça, conforme Cartas estaduais, tendo em vista, inclusive, a regra que se contém no art. 25, parte final, da Carta da República" (STJ, HC 86.177/PI, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJ* 28.06.2010).

[49]AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional* cit., p. 394.

[50]"(...) Ocorre que, antes de a sentença ser proferida, o réu foi diplomado para o exercício de mandato de prefeito municipal, tornando novamente o TJPR competente para o feito e viciando os atos processuais praticados após o referido marco temporal. *O Min.*

Relator ressaltou, contudo, a possibilidade de ratificação dos atos que não sejam diretamente ligados ao julgamento do mérito da ação. Precedentes citados do STF: ADI 2.797; Inq 1.935-AP, *DJ* 04.06.2004; HC 94.705-RJ, *DJe* 1.º.07.2009; HC 73.196-SP, *DJ* 31.05.1996; HC 88.262-SP, *DJ* 15.09.2009; do STJ: AgRg na APn 236-SC, *DJ* 12.02.2007; HC 10.564-PE, *DJ* 23.10.2000; HC 76.946-SP, *DJe* 16.03.2009" (HC 233.832/PR, rel. Min. Jorge Mussi, j. 04.09.2012).

[51]NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional* cit., p. 602.

[52]A EC 76/2013 alterou o art. 55, § 2.º, da CRFB/1988, abolindo a votação secreta nos casos de perda de mandato de Deputado ou Senador.

[53]AP 470/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17.12.2012.

[54]"... o Tribunal determinou a perda de cargo, emprego ou função pública do então presidente e vice-presidente da comissão licitatória, se estiverem em exercício. Relativamente ao atual mandato de senador da República, decidiu-se, por maioria, competir à respectiva Casa Legislativa deliberar sobre sua eventual perda (CF: 'Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: ... VI -– que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado. ... § 2º - Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa [§ 2.º com redação anterior à EC 76/2013]'). A relatora e o revisor, no que foram seguidos pela Min. Rosa Weber, reiteraram o que externado sobre o tema na apreciação da AP 470/MG. O revisor observou que, se por ocasião do trânsito em julgado o congressista ainda estivesse no exercício do cargo parlamentar, dever-se-ia oficiar à Mesa Diretiva do Senado Federal para fins de deliberação a esse respeito. O Min. Roberto Barroso pontuou haver obstáculo intransponível na literalidade do § 2.º do art. 55 da CF. O Min. Teori Zavascki realçou que a condenação criminal transitada em julgado conteria como efeito secundário, natural e necessário, a suspensão dos direitos políticos, que independeria de declaração. De outro passo, ela não geraria, necessária e naturalmente, a perda de cargo público. Avaliou que, no caso específico dos parlamentares, essa

consequência não se estabeleceria. No entanto, isso não dispensaria o congressista de cumprir a pena. O Min. Ricardo Lewandowski concluiu que o aludido dispositivo estaria intimamente conectado com a separação dos Poderes. Vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e o Presidente, que reafirmavam os votos proferidos na ação penal já indicada. Reputavam ser efeito do trânsito em julgado da condenação a perda do mandato. Dessa maneira, caberia à mesa da Casa respectiva apenas declará-la. O Colegiado ordenou que, após a decisão se tornar definitiva e irrecorrível, os nomes dos réus fossem lançados no rol dos culpados e expedidos os competentes mandados de prisão. Por fim, em votação majoritária, registrou-se que a data desta sessão plenária constituiria causa interruptiva da prescrição (CP, art. 117, IV), vencido, neste aspecto, o Min. Marco Aurélio, que considerava necessária a publicação". (AP 565/RO, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 07 e 08.08.2013.).

14

PROCESSO LEGISLATIVO

Sumário: 14.1 Introdução – 14.2 Espécies de processo (procedimento) legislativo – 14.3 Processo legislativo ordinário: 14.3.1 Iniciativa; 14.3.2 Deliberação e votação – 14.4 Processo legislativo sumário – 14.5 Processos legislativos especiais: 14.5.1 Lei complementar; 14.5.2 Emendas constitucionais – 14.6 Lei delegada: 14.6.1 Vedações materiais (art. 68, § 1.º) – 14.7 Medidas provisórias: 14.7.1 Procedimento de conversão da medida provisória em lei; 14.7.2 Vedações materiais (art. 62, § 1.º); 14.7.3 Confl itos entre medidas provisórias ou entre estas e leis; 14.7.4 Medida provisória em matéria tributária; 14.7.5 Medidas provisórias em âmbito estadual e municipal – 14.8 Decretos legislativos – 14.9 Resolução – 14.10 Projeto de código – 14.11 Leis orçamentárias – 14.12 Fluxogramas – 14.13 Exercícios de fixação.

14.1 INTRODUÇÃO

O Poder Legislativo foi estruturado da forma exposta anteriormente para exercer duas funções típicas.

A primeira é **fiscalizar** – atividade que exerce de diversas formas, como por meio de comissões internas próprias (Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI) ou por órgãos auxiliares (Tribunal de Contas).

A outra função típica é **elaborar normas**, o que ocorre pelo processo legislativo que passaremos a estudar.

De início, é bom manifestar estranheza pessoal quanto ao termo “processo legislativo”, visto que este configura na verdade um **procedimento**, pois, conceitualmente, é o conjunto de atos realizados para elaboração de uma espécie normativa.

14.2 ESPÉCIES DE PROCESSO (PROCEDIMENTO) LEGISLATIVO

O processo legislativo pode ser:

a) **Ordinário** (ou comum) – Processo destinado à elaboração de leis ordinárias.

b) **Sumário** – Processo dedicado à elaboração de leis ordinárias em regime de urgência. O que difere este do ordinário é a existência de prazo para o Congresso Nacional deliberar sobre o assunto.

c) **Especial** – Processo recebe esta designação quando difere, em algum fator, do comum. Quando o *quorum* de aprovação é diferenciado, deixa de ser ordinário para ser especial, como emenda constitucional, lei complementar, lei delegada, medida provisória, decreto legislativo, resoluções e leis financeiras.

As espécies normativas usuais estão no art. 59 da CR, que dispõe: "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".

Completando o art. 59, seu parágrafo único exige **lei complementar** para dispor sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. Nesse sentido, foi publicada a LC 95/1998 (alterada pela LC 107/2001).

Veremos todas as normas elencadas no art. 59 e, para fins didáticos, iniciaremos o estudo pela lei ordinária.

14.3 PROCESSO LEGISLATIVO ORDINÁRIO

O processo legislativo ordinário, a mais usual das normas, é usado para elaboração de leis ordinárias. Esse processo divide-se em seis fases: 1. Iniciativa; 2. Emenda; 3. Deliberação e votação; 4. Sanção ou veto; 5. Promulgação; e 6. Publicação.

14.3.1 Iniciativa

Por iniciativa entende-se a legitimidade para apresentação de proposições legislativas. Trata-se de examinar quem pode propor projeto de lei e deflagrar o processo legislativo.

A iniciativa é importante também para estabelecer qual Casa legislativa será considerada casa iniciadora (deliberação principal), ou seja, onde começará o projeto de lei, restando a outra Casa a função revisora (deliberação revisional).

Se a iniciativa for de qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados ou de pessoas, órgãos ou autoridades que não façam parte do legislativo (extraparlamentares), o projeto terá início na Câmara dos Deputados (*e.g.*, art. 64, *caput*). Se, por sua vez, o projeto for de iniciativa de membro ou Comissão do Senado Federal ou qualquer outro órgão legislativo, como assembleias legislativas no caso de PEC (art. 60, III), o projeto terá início no Senado Federal.

A seguir, destacam-se as espécies de iniciativa.

14.3.1.1 Iniciativa concorrente, comum ou geral

Quando a iniciativa é atribuída a mais de uma pessoa ou órgão, que podem exercê-la em conjunto ou isoladamente.

Essa é a regra. O art. 61, *caput*, dispõe sobre a competência comum, afirmando que a iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe:

a) a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados;
b) a qualquer membro ou Comissão do Senado Federal;
c) a qualquer membro ou Comissão do Congresso Nacional;
d) ao Presidente da República;
e) ao Supremo Tribunal Federal;
f) aos Tribunais Superiores;

g) ao Procurador-Geral da República;

h) aos cidadãos.

14.3.1.2 Iniciativa privativa, reservada ou exclusiva

É atribuída a uma só pessoa ou órgão. As hipóteses de competência privativa ou exclusiva estão previstas em diversos artigos esparsos, como nos arts. 61, § 1.º; 93; 96, II; e 165.

Neste momento, não se justifica realizar a distinção entre competência privativa e exclusiva, estabelecida por alguns autores no tema "organização dos Estados", devendo as expressões ser interpretadas como sinônimas.

De regra, não se pode forçar um legitimado exclusivo a deflagrar o processo legislativo, pois a fixação da competência privativa traz implicitamente a discricionariedade para decidir qual o melhor momento para encaminhar o projeto de lei.[1] Contudo, havendo prazo fixado na Constituição (ex.: arts. 5.º e 35, § 2.º, do ADCT) ou na emenda constitucional (art. 5.º da EC 42/2003), pode o legitimado exclusivo ser compelido a encaminhar o projeto de lei.[2]

A usurpação da iniciativa gera **inconstitucionalidade formal subjetiva**, como lecionado no capítulo de controle de constitucionalidade.

É bom lembrar que a Súmula 5 do STF está superada e **a sanção do Presidente da República não supre o vício de iniciativa**, vez que a inconstitucionalidade não convalesce.

O fato de existir iniciativa reservada não significa dizer que o projeto não poderá ser emendado durante sua tramitação no Poder Legislativo.

O art. 63 estabelece: "Não será admitido aumento da despesa prevista: I – nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, ressalvado o disposto no art. 166, §§ 3.º e 4.º; II – nos projetos sobre organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, dos Tribunais Federais e do Ministério Público". Desta sorte, em interpretação *a contrario sensu*, é cabível emenda parlamentar quando não se tratar dessas hipóteses, mas, para isso, o STF exige dois requisitos: a) deve possuir **pertinência temática** com o projeto original; e b) não pode acarretar aumento de despesas, salvo quando dispuser sobre lei de diretrizes orçamentárias (desde que compatível com o Plano Plurianual) e lei orçamentária anual (na hipótese do art. 166, § 3.º), hipóteses nas quais admitir-se-á emenda que majore gastos.

É bom destacar algumas iniciativas mais usuais na prática processual legislativa e em provas de concursos.

14.3.1.2.1 Iniciativa privativa do Presidente da República

Apesar de a atual Constituição elencar um rol extenso de iniciativa privativa do Presidente da República, certo é que a Constituição ditatorial de 1967/1969 possuía um rol muito mais extenso, inclusive para criação ou aumento de tributos.

O art. 61, § 1.º, elenca as hipóteses de competência legislativa privativa do Presidente da República (sendo a competência administrativo-política estabelecida no art. 84).

Nesse passo, são de competência exclusiva do Poder Executivo as leis que:

> "I – fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;
>
> II – disponham sobre:
>
> a) **criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração**;
>
> b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;
>
> c) **servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria**;
>
> d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;
>
> e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;
>
> f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva".

Por força do princípio da simetria, as hipóteses que acabamos de elencar **devem ser observadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios**, atribuindo as matérias dispostas aos seus Governadores e Prefeitos.[3]

Apesar de as alíneas de maior incidência (contidas no art. 61, § 1.º, II) em prova serem *a* e *c*, vale destacar também duas outras, *b* e *d*.

O art. 61, § 1.º, II, *b*, impõe como competência do Chefe do Executivo, dentre outras, a iniciativa para dispor sobre matéria tributária de **Territórios**. Contudo, o STF já deixou claro que em todos os demais entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), a iniciativa para matéria tributária é **concorrente** entre os respectivos Chefes do Executivo, membros do Poder Legislativo e, por que não, povo (art. 61, § 2.º).

O art. 61, § 1.º, II, *d*, por sua vez, elenca, dentre as matérias de iniciativa privativa do Presidente da República, a possibilidade de estabelecer normas para organizar os órgãos do Ministério Público. Contudo, existe previsão similar nos arts. 127, § 2.º, e 128, § 5.º, o que nos leva a entender o seguinte:

a) No tocante ao Ministério Público da União, a iniciativa para organização é concorrente entre o Presidente da República e o Procurador-Geral da República (art. 61, § 1.º, II, *d*, c/c o art. 128, § 5.º). Já as atribuições e estatuto cabem ao Procurador-Geral da República (art. 128, § 5.º).
b) Quanto aos Ministérios Públicos estaduais, Distrito Federal e Territórios, o Presidente da República terá iniciativa privativa para dispor sobre normas gerais (art. 61, § 1.º, II, *d*), cabendo aos Procuradores-Gerais de Justiça a organização, a atribuição e o estatuto do Ministério Público da sua unidade federativa (art. 128, § 5.º), observada a regra geral.

Um ponto de relevo é se seria possível iniciativa popular em projetos de lei de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo (nas demais iniciativas privativas já está claro que não é possível). Essa questão foi suscitada pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados e do Senado Federal durante a tramitação do projeto de lei que culminou na Lei 11.124/2005 (Lei de Iniciativa Popular). Naquela oportunidade, as duas Comissões admitiram esta possibilidade, apesar de posição doutrinária antagônica.[4]

14.3.1.2.2 Iniciativa privativa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal

Os arts. 51 e 52 estabelecem matérias de iniciativa privativa da Câmara dos Deputados e Senado Federal, respectivamente. Contudo, essas matérias são elaboradas por resolução, com um procedimento especial para sua aprovação.

A exceção fica por conta dos arts. 51, IV, e 52, XIII, que concedem à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, respectivamente, competência para deflagrar, privativamente, o processo legislativo sobre suas remunerações.

14.3.1.2.3 Iniciativa privativa do Judiciário

A iniciativa privativa do Poder Judiciário está disposta em dois artigos. O art. 93, *caput*, atribui ao Supremo Tribunal Federal iniciativa para dispor sobre o Estatuto da Magistratura, atual LC 35/1979.

Já o art. 96, II, concede ao Supremo Tribunal Federal, Tribunais Superiores e Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o limite de gastos estabelecido pela lei de responsabilidade fiscal: 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; d) a alteração da organização e da divisão judiciária.

14.3.1.3 Iniciativa popular

A Constituição prevê, no art. 14, III, que a soberania popular será exercida, dentre outras formas, por meio de iniciativa popular.

A iniciativa de leis ordinárias e complementares concedida ao povo é expressão do Estado Democrático de Direito e possibilita que o povo, por iniciativa própria, proponha ao legislativo projetos sobre assuntos de seu interesse.

A Constituição da República não prevê iniciativa popular para proposta de emenda constitucional (PEC).

Em que pese o que acabamos de afirmar, aderimos ao posicionamento de José Afonso da Silva, segundo o qual é aceitável iniciativa popular para PEC.[5] Ora, partindo do princípio de que vivemos em um Estado Democrático de Direito e, como tal, todo poder emana do povo e por ele pode ser exercido, não haveria sentido impedir que esse povo altere o texto da Constituição que o serve. Para

tanto, deve se valer do *quorum* estabelecido para iniciativa popular (art. 61, § 2.º, da CR).

Ademais, nada impede que Constituição estadual o faça, na medida em que reforça o processo democrático.

Atualmente, mais da metade das Constituições estaduais preveem em seu texto iniciativa popular para PEC.[6]

O texto constitucional (art. 61, § 2.º) prevê um *quorum* difícil de ser alcançado. Nesse passo, o projeto de lei deve ser apresentado à Câmara dos Deputados, devendo ser subscrito por, no mínimo, 1% do eleitorado nacional, distribuído por pelo menos cinco Estados, com não menos de 0,3% (ou três décimos por cento) dos eleitores de cada um dos Estados subscritores.

O *quorum* para iniciativa popular no âmbito estadual dependerá do que a lei estabelecer (art. 27, § 4.º). Porém, é comum Constituição estadual estabelecendo o *quorum* para iniciativas populares ocorridas em seu território.

Já o *quorum* para iniciativa popular municipal foi preceituada pela própria Constituição Federal. O art. 29, XIII, estabelece: "A iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado".

14.3.1.4 Iniciativa conjunta

Nesta hipótese, a atribuição da propositura legislativa cabe a mais de um órgão ou autoridade, que devem promovê-la necessariamente em conjunto.

Esta espécie de iniciativa não é mais admitida no direito brasileiro. Em 2003, a EC 43 acabou com a última hipótese ao alterar os arts. 48, XV, e 96, II, *b*.

Atualmente, projeto de lei que estipula o **subsídio do Ministro do STF** (e, consequentemente, o teto do funcionalismo público – art. 37, XI) é de iniciativa do próprio STF (art. 96, II, *b*), que, posteriormente, será analisado pelo Congresso Nacional (art. 48, XV).

14.3.2 Deliberação e votação

Essa fase engloba três momentos distintos: discussão, votação e aprovação.

14.3.2.1 Fase das comissões

As comissões permanentes, instituídas pelo art. 58 da CR e regimento interno das Casas legislativas, devem **examinar e emitir parecer** prévio a respeito das proposições que serão objeto de discussão e votação em Plenário.

O parecer dessas comissões limita-se à sua área de competência, "sendo considerado como não escrito o parecer ou parte deste que infringir os limites materiais afetos a cada uma das comissões existentes" (art. 55, p.ú., do RICD).

Existem também inúmeras outras comissões, chamadas de temáticas, que atuam em campos ou temas específicos e previamente delimitados no Regimento das Casas. Ex.: Comissão de Agricultura e Política Rural; Comissão de Direitos Humanos; Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional; Comissão de Educação, Cultura e Desporto e assim por diante.

Eventualmente, um projeto de lei pode tramitar, ser discutido e votado na comissão permanente sem ir a Plenário (art. 58, § 2.º, I).[7] Essa prática é conhecida como **processo legislativo abreviado** ou **conclusivo**, eis que teve seu rito antecipado, sem sequer ir a plenário.

Dentre essas comissões existe uma que merece especial atenção: Comissão de Constituição e Justiça (CCJ).

Existe uma Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) em cada Casa legislativa. Estes órgãos possuem o poder de analisar os assuntos constitucionais de competência da Câmara dos Deputados e Senado Federal, como aprovar a indicação do "candidato" a Ministro do STF (art. 101, p.ú., da CR c/c o art. 101, II, *i*, do RISF).

Dentre suas atribuições, está a de exercer o controle político de constitucionalidade do projeto de lei ou de outra espécie legislativa. Essa Comissão possui parecer vinculativo, ao contrário da grande maioria das Comissões, que possuem parecer opinativo.[8] Dessa forma, entendendo ser um projeto inconstitucional, a CCJ pode oferecer emenda para sanar a inconstitucionalidade ou determinar seu arquivamento.

Por certo, existe um mecanismo em cada regimento interno para restabelecer o trâmite do projeto rejeitado e arquivado pela CCJ. Na Câmara dos Deputados, é possível que o autor da proposição, no prazo de cinco sessões, interponha recurso ao Plenário da Casa (art. 164, § 2.º, do RICD). Já o Senado Federal precisa de recurso interposto por um décimo dos membros do Senado, a ser proposto no prazo de dois dias úteis, contados da comunicação de rejeição, pelo Presidente do Senado, em plenário (art. 254, p.ú., do RISF).

14.3.2.2 Fase do Plenário

14.3.2.2.1 Casa iniciadora

Após ser discutido pelas comissões, o projeto de lei é encaminhado para discussão e votação em plenário, podendo ser aprovado ou rejeitado.

No dia designado para votação, a sessão plenária somente se inicia se estiver presente a maioria absoluta da casa (art. 47, parte final). Para sua aprovação, é necessária a maioria dos presentes na votação (maioria simples ou relativa).

De regra, a votação é nominal, somente podendo ser secreta nas hipóteses previstas expressamente pela Constituição.[9]

Se houver rejeição, o projeto será arquivado (neste caso, aplica-se analogicamente o art. 65, parte final, da CF) e somente poderá ser posto em pauta para reanálise na outra sessão legislativa (a partir de 02/02 do ano seguinte), salvo se houver proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional (art. 67).

Ao analisar a possibilidade de reapresentação na mesma sessão legislativa de projetos de iniciativa exclusiva, o respeitável Pedro Lenza sustenta que, "como a matéria só poderá ser encaminhada pelo titular da iniciativa reservada, entendemos que a regra do art. 67 não poderá ser aplicada".[10] Apesar de todas as vênias que o doutrinador merece, não coadunamos desta posição. O projeto já foi deflagrado pela autoridade competente, após isso o projeto deve ter trâmite mais rigoroso e célere possível. A reapresentação do projeto rejeitado (art. 67) somente devolve "aos trilhos" o que o legitimado pretendia quando o propôs.

Outro ponto de dissenso ocorre quando o referido doutrinador sustenta que não é possível dispor, por medida provisória, de matérias constantes de projetos de lei rejeitados, por ofensa ao art. 67.[11] Nós entendemos que as vedações à medida provisória estão expressas nos arts. 62, § 1.º, e 246 da CR, nos quais não se encontra a hipótese ventilada. Assim, o que a Constituição não restringe, não caberia ao intérprete fazer, podendo, se houver relevância e urgência, o Presidente da República editar medida provisória sobre matéria rejeitada em projeto de lei, desde que não veicule matéria ou se enquadre em hipótese (art. 62, § 1.º, IV) vedada constitucionalmente.

Não existe aprovação de projeto de lei pelo decurso de prazo, como acontecia nos regimes autoritários.

Aprovado em uma Casa (Casa iniciadora), o projeto segue para outra Casa (Casa revisora) para tramitação nos mesmos moldes.

14.3.2.2.2 Casa revisora

Aprovado pela Casa iniciadora, o projeto será encaminhado à Casa revisora, que poderá proceder de forma similar, podendo aprovar ou rejeitar o projeto de lei.

Caso aprove o projeto, por maioria simples, presente a maioria absoluta da Casa (art. 47), seguirá para sanção ou veto.

Caso o rejeite, o projeto será arquivado e não poderá constituir objeto de discussão e votação na mesma sessão legislativa,[12] salvo manifestação de maioria absoluta da Casa, quando então o projeto, inicialmente rejeitado, poderá voltar à pauta para ser votado novamente.

A tramitação bicameral é aplicável às emendas constitucionais, lei complementar, lei ordinária e projeto de lei de conversão de medida provisória. Por conta da tramitação bicameral, Manoel Gonçalves Ferreira Filho[13] afirma que a lei é um ato complexo, porque resulta da conjugação da vontade de mais de um órgão.

14.3.2.2.3 Formas de votação

A votação poderá ser **ostensiva** (na qual todos sabem em que sentido o Legislador está votando) ou **secreta**, a qual podemos esquematizar da seguinte forma:

a) **Processo ostensivo**

I) **Simbólico** – em que os legisladores, para aprovar a matéria, permanecerão sentados em seus lugares; para rejeitar, terão que se levantar. Essa modalidade é utilizada para votações em geral.[14]

II) **Nominal** – em que devem se manifestar pelo sistema eletrônico de votos. Concluída a votação, encaminhar-se-á à Mesa a respectiva listagem, que conterá os nomes dos parlamentares votantes, discriminando-se os que votaram a favor, os que votaram contra e os que se abstiveram.[15]

Segundo o art. 186 do RICD, o processo nominal será utilizado:[16]

I – nos casos em que for exigido *quorum* especial de votação;

II – por deliberação do Plenário, a requerimento de qualquer Deputado;

III – quando houver pedido de verificação de votação;[17]

IV – nos demais casos expressos naquele Regimento.

b) **Processo secreto**

No processo secreto só são apurados o resultado final e o nome dos votantes (que o farão pelo sistema eletrônico ou cédulas), sem discriminar os nomes de quem votou a favor e quem votou contra.

Segundo o art. 188 do RICD, o processo secreto será utilizado:[18]

I – por deliberação, durante o estado de sítio, sobre a suspensão de imunidades de Deputado;

II – por decisão do Plenário, a requerimento de um décimo dos membros da Casa ou de líderes que representem esse número, formulado antes de iniciada a Ordem do Dia;

III – para eleição do Presidente e demais membros da Mesa,[19] do Presidente e Vice-Presidentes de Comissão Permanente, dos membros da Câmara que irão compor a Comissão Representativa do Congresso Nacional, dos dois cidadãos que irão integrar o Conselho da República, e nas demais eleições;

IV – para pronunciamento sobre perda de mandato de parlamentar (art. 55, § 2.º, da CR).[20]

O art. 188, § 2.º, do RICD, por sua vez, preceitua que **não** serão objeto de deliberação por meio de escrutínio secreto:

I – recursos sobre questão de ordem;

II – projeto de lei periódica;

III – proposição que vise à alteração de legislação codificada ou disponha sobre leis tributárias em geral, concessão de favores, privilégios ou

isenções;

IV – autorização para instauração de processo, nas infrações penais comuns ou nos crimes de responsabilidade, contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado.

14.3.2.3 Emendas ao projeto de lei

É possível que as comissões ou o plenário da Casa legislativa onde o projeto se encontra ofereçam emendas, com vias a alterar o texto do projeto.

As emendas podem ser:

I) **supressivas** – quando retiram do texto parte de seu conteúdo;

II) **aglutinativas** – são as que resultam na fusão de duas ou mais emendas ou, ainda, estas com o texto, aproximando seus conteúdos;

III) **aditivas** – quando acrescentam outra proposição;

IV) **substitutivas** – alterando parte significativa do texto em seu conjunto;

V) **modificativas** – alterando a proposição do texto, sem alterá-lo em seu conjunto;[21] e

VI) **de redação** – quando alteram somente a grafia, seja para melhor compreensão ou para corrigir palavras redigidas incorretamente.

No caso de emenda de redação, não há maiores questionamentos, pois o projeto seguirá normalmente. Na verdade, qualquer alteração ao texto original que não altere o sentido da norma analisada poderá seguir seu trâmite normal.[22]

Caso haja emendas que alterem o sentido do texto submetido à aprovação, é bom separar:

1. Se a emenda ocorreu pela Casa iniciadora, não há contratempos e o projeto segue para a Casa revisora normalmente.
2. Se a emenda ocorreu na Casa revisora, o projeto deverá retornar à Casa iniciadora para análise do novo texto (art. 65, p.ú.), sob pena de inconstitucionalidade formal. Nesta hipótese, abrem-se três possibilidades:

a) Caso a Casa iniciadora concorde com a nova redação, o projeto será

encaminhado diretamente para sanção ou veto.

b) Caso a Casa iniciadora não concorde com a emenda realizada pela Casa revisora, só a emenda será arquivada, e o projeto seguirá, na redação original, para sanção ou veto.

14.3.2.4 Assinatura ou proclamação

O presidente da última Casa votante proclamará o texto, atestando que a norma obteve *quorum* correto, e vai para análise presidencial.

14.3.2.5 Fase executiva

Encerrada a fase parlamentar, o projeto de lei segue para fase executiva, vale dizer, a participação do Poder Executivo no processo legislativo, o que também é denominada *deliberação executiva*.

Observe-se que estão sujeitas à sanção e veto apenas: 1) os projetos de lei complementar; 2) projetos de lei ordinária; 3) as matérias do art. 48; 4) o projeto de conversão de medidas provisórias em leis ordinárias quando as Casas do Congresso Nacional procederem emendas à redação original da medida provisória convertida.

14.3.2.5.1 Sanção

A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará (art. 66).

A sanção é a aquiescência do Presidente da República ao projeto de lei elaborado pelo Congresso Nacional e encaminhado para sua apreciação. A sanção incide sobre o projeto de lei. Segundo posição majoritária, **é com a sanção que o projeto se transforma em lei**.

A sanção pode ser expressa ou tácita.

A **sanção *expressa*** ocorre quando o Presidente da República manifesta sua concordância, por escrito, com o projeto de lei, dentro do prazo de 15 dias úteis. Caso o Chefe do Executivo permaneça inerte pelo prazo de 15 dias úteis, ocorre a **sanção tácita** (art. 66, § 3.º). Neste caso, em razão do interesse público, o silêncio será interpretado pela Constituição como um consentimento do Presidente da República ao projeto de lei que lhe foi encaminhado.

Apesar de o art. 66, § 3.º, não utilizar o termo “úteis”, deixa a entender que o prazo da sanção tácita será de 15 dias corridos. Interpretação sistemática impõe-nos a interpretá-lo em conjunto com o art. 66, § 1.º, que concede ao Presidente da República prazo de 15 dias **úteis** para veto. Ora, se o prazo de veto será de 15 dias úteis, não há como admitir a sanção tácita em 15 dias corridos.

14.3.2.5.2 Veto

É a discordância do Presidente da República com o projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo e encaminhado à sua apreciação. Assim como a sanção, o veto incide sobre o projeto de lei.

No que diz respeito à **motivação**, o veto pode ser:

a) **Jurídico** – Quando o Presidente da República manifesta sua discordância com o projeto de lei, em razão de sua inconstitucionalidade (art. 66, § 1.º), hipótese de controle preventivo de constitucionalidade.
b) **Político** – Quando há o veto, por considerar o projeto contrário ao interesse público (66, § 1.º).

O STF não admite exercer controle de constitucionalidade sobre o veto, seja jurídico ou político. Em posição dissonante e coerente, Gustavo Binenbojm[23] entende ser cabível análise de constitucionalidade do veto, quando este se fundamentar na inconstitucionalidade do projeto de lei, entendendo que este não é um ato estritamente político, vinculando o Presidente da República à sua motivação.

Cada vez mais cresce a posição que pugna pela vinculação do veto jurídico à Constituição e à realidade dos motivos que o Presidente invoca para a prática do ato, podendo sim ser controlado por mandado de segurança, por exemplo.[24]

Quanto à **amplitude**, o veto pode ser:

a) **Total** – Quando incide sobre todo projeto de lei.
b) **Parcial** – Quando recai sobre uma parte do projeto de lei. Nesta hipótese, o veto deve abarcar o texto integral do artigo, parágrafo, inciso ou alínea (66, § 2.º).

A Constituição veda expressamente o veto de palavras ou grupo de palavras, não se aplicando ao veto o princípio da parcelaridade.

O veto total impossibilitava que se proibissem os "penduricalhos" das leis orçamentárias, chamados pelos autores americanos de ***riders***, o que era muito conveniente para alguns parlamentares da época, por isso o veto parcial demorou a surgir no Brasil. Como explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "sua criação visava atender a uma necessidade universalmente sentida, qual seja, a de dar meios ao Executivo de expungir, dos textos legislativos, excrescências, 'pingentes' ou 'caudas', como se usava chamá-los, acrescentados maliciosamente durante o debate parlamentar".[25]

No País, o veto parcial somente foi introduzido pela EC 1/1926 à Constituição de 1891; antes, em processo legislativo federal, só era admitido o veto total. Nos processos legislativos estaduais, algumas Constituições já admitiam o veto parcial, como a Constituição do Estado da Bahia.

José Afonso da Silva traz outra figura atinente ao veto. É o ***pocket veto***, "veto de bolso" ou "**veto absoluto**", não aplicado no direito brasileiro, e que existe no Conselho de Segurança da ONU, que proíbe que a matéria vetada seja proposta novamente durante um período determinado constitucionalmente.[26] O veto absoluto não pode ser derrubado, como ocorre no Brasil (art. 66, §§ 4.º e 6.º).

14.3.2.5.2.1 Características do veto

Todo veto deve ser:

a) **Fundamentado** – Ao contrário da sanção, que pode ser efetivada até de forma tácita, o veto tem que ser realizado com os devidos motivos que o ensejaram. A necessidade de fundamentação está ligada à submissão das razões do veto ao Congresso Nacional.
b) **Suspensivo** – Pois impede que a lei vetada entre em vigor, pelo menos até apreciação do Congresso.
c) **Irretratável** – O Presidente da República não pode se retratar. Uma vez vetado o projeto, as razões do veto terão que ser submetidas, necessariamente, ao Presidente do Senado, independentemente do arrependimento do Presidente da República.
d) **Relativo, limitado, superável** ou **condicional** – Pois pode ser

derrubado pelo Poder Legislativo.

O Presidente da República tem que comunicar, por mensagem, ao Presidente do Senado, em **48 horas**, os motivos do veto (art. 66, § 1.º, última parte). Recebendo a mensagem, o Presidente do Senado passa a ter o prazo de **30 dias** para submeter as razões do veto ao **Congresso Nacional** (sessão conjunta), que poderá, por **maioria absoluta**, derrubar o veto (arts. 57, § 3.º, IV, e 66, § 4.º).[27]

Esgotado o prazo de 30 dias sem deliberação, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final.

Quando o projeto é vetado parcialmente, parte dele seguirá para promulgação e parte será submetida ao crivo do Congresso Nacional, como visto antes. A derrubada do veto acarretará duas datas de vigência da lei: uma da parte sancionada e outra da parte cujo veto foi rejeitado.[28]

Por fim, as disposições constitucionais referentes ao veto, por serem normas de observância obrigatória, devem ser reproduzidas nas Constituições estaduais e leis orgânicas do Distrito Federal e Municípios.[29]

14.3.2.6 Promulgação (garante a executoriedade)

Se o projeto for sancionado ou o veto for derrubado pelo Congresso Nacional, a lei será encaminhada para promulgação pelo Presidente da República.

A promulgação é entendida como um atestado de que a ordem jurídica foi inovada regularmente.

Caso o Presidente da República não promulgue, a atribuição passará ao Presidente do Senado, que, se não o fizer, deixará a atribuição a cargo do Vice-Presidente do Senado.

Walber de Moura Agra sustenta que se o Vice-Presidente do Senado também se recusar a promulgar a proposta legislativa, não haverá crime de responsabilidade por ausência de tipificação na Constituição e na Lei 1.079/1950. Assim, se houver essa recusa, a atribuição passará ao 2.º Vice-Presidente do Senado, depois ao 1.º Secretário do Senado e assim por diante.

Com a promulgação, a lei adquire **executoriedade**.

Em razão da previsão contida no art. 87, I, é comum, após a assinatura do Presidente da República, a lei ser assinada pelo Ministro da pasta à qual a lei se

refere.

Em que pese não ser nossa posição. Existe posição que sustenta a invalidade da lei que contenha somente a assinatura do Presidente da República.

14.3.2.7 Publicação

É a comunicação feita a todos, via *Diário Oficial*, da existência de uma nova lei, assim como seu conteúdo. É condição para que uma lei entre em vigor e se torne eficaz.

Esse ato encerra o processo legislativo ordinário.

14.4 PROCESSO LEGISLATIVO SUMÁRIO

O processo legislativo sumário elabora a lei ordinária e é muito similar ao procedimento ordinário, tendo como diferencial **o prazo para aprovação** do projeto de lei. Esse processo legislativo também pode ser denominado de abreviado ou em regime de urgência.

Para ser estabelecido o procedimento mais célere de aprovação da lei ordinária, é necessário que se cumpram dois requisitos elencados no art. 64, § 1.º:

a) Projeto de iniciativa do Presidente da República;
b) Solicitação de urgência.

O projeto não precisa ser de iniciativa privativa. Basta que a iniciativa tenha sido do Presidente da República (mesmo que seja de iniciativa comum).

No procedimento mais célere, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal devem manifestar-se sucessivamente, em até 45 dias, sobre a proposição apresentada pelo Chefe do Poder Executivo. Caso não o façam nesse prazo, a proposição será incluída na ordem do dia de votação da Casa legislativa onde está o projeto de lei, sobrestando a deliberação sobre qualquer outro assunto até que se conclua o processo de votação (art. 64, § 2.º).

A ordem das Casas sempre será esta: primeiro, Câmara dos Deputados, depois, Senado Federal. Sendo o projeto emendado na Câmara dos Deputados, nenhuma prorrogação de prazo acarreta, pois já chegará à Casa revisora com a alteração no texto original. Entretanto, caso haja emenda no Senado Federal, o

projeto retornará à Câmara dos Deputados para análise da emenda no prazo de 10 dias.

Os prazos não correm nos períodos de recesso do Congresso Nacional nem se aplicam aos projetos de código (art. 64, § 4.º).

Os prazos do processo de urgência analisados também devem ser aplicados aos atos de outorga e renovação de concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 223, § 1.º, da CR).

Nada impede que o Regimento Interno de cada casa estabeleça novas possibilidades de tramitação sob regime de urgência (*v.g.*, art. 152 do RICD e art. 336 do RISF).

14.5 PROCESSOS LEGISLATIVOS ESPECIAIS

14.5.1 Lei complementar

As leis complementares surgiram pela primeira vez na Constituição de 1946, graças à EC 4/1961, com a função de regulamentar a organização do sistema de governo parlamentarista que acabara de ser criado. Como o próprio nome induz a crer, lei complementar era toda norma que tivesse função de complementar a Constituição.[30]

O processo legislativo que elabora lei complementar é similar ao que elabora a lei ordinária. Themístocles Brandão Cavalcanti chega a afirmar que as leis complementares são leis ordinárias votadas com *quorum* especial.[31]

Na realidade, existem somente duas distinções em relação às leis ordinárias e complementares: uma de ordem formal, outra de ordem material.

A **diferença material** entre lei ordinária e complementar é que a aprovação na forma de lei complementar está expressamente prevista no texto constitucional, como no art. 22, parágrafo único, 93, 146 e 154, I.

De regra, a lei ordinária está no texto constitucional de forma residual, quando não for hipótese de lei complementar, como nos arts. 5.º, II, VI, VII, VIII, XIII, XV; 18, §§ 3.º e 4.º; 37, VII, e assim por diante.

É preciso ter cuidado, pois essa regra não é absoluta. Às vezes a Constituição utiliza o termo “lei” querendo se referir à lei complementar.

Os arts. 150, VI, *c*, e 195, § 7.º, versam sobre limitação constitucional ao

poder de tributar. Apesar de os artigos em comento só se referirem à "lei", deve-se observar que o art. 146, II, exige lei complementar para regulamentá-los.

No mesmo sentido, o art. 195, § 4.º, da CRFB também se refere à lei, porém ao fazer referência ao art. 154, I, deixa claro o intuito constitucional de exigir lei complementar para estabelecer contribuição social residual.

A **diferença formal** entre as duas normas é que lei complementar exige *quorum* de maioria absoluta para sua aprovação (art. 69), enquanto lei ordinária exige *quorum* de maioria simples (art. 47).

Em razão da diferença de *quorum* para aprovação, chega-se a discutir uma possível hierarquia entre lei complementar e lei ordinária. Esse assunto já está superado pelo STF, que possui largo entendimento pela **inexistência de hierarquia** entre as duas normas em estudo.[32]

É possível que um assunto, típico de lei ordinária, seja aprovado por lei complementar, pois o *quorum* é maior. Esse processo não "complementariza" a matéria típica de lei ordinária, podendo ser revogada pelo processo legislativo comum. O inverso, porém, não é possível. Um projeto de lei ordinária não pode dispor sobre assuntos em que a Constituição exige lei complementar, pois o *quorum* mais exigente não seria alcançado.

Por fim, é possível que os Estados estabeleçam nas suas Constituições lei complementar estadual, desde que sigam as regras legislativas traçadas pela Constituição Federal.[33]

14.5.2 Emendas constitucionais

As emendas constitucionais são alterações do próprio texto constitucional. Essa função foi atribuída pelo Poder Constituinte originário ao Poder Legislativo, que, na realidade, exerce a função do poder constituinte decorrente de reforma.

Não se fala em "projeto" de emenda constitucional, e sim em "Proposta", as chamadas PECs.

O próprio texto admite a possibilidade de sua alteração (arts. 59, I, e 60) e contempla, para tanto, um processo legislativo especial, mais dificultoso que aquele previsto para alteração das leis em geral. Isso confere a característica da **rigidez constitucional**.

As emendas constitucionais podem ocorrer por: a) "inserção" (ou

“incorporação”), quando as alterações são incluídas no texto da Constituição; b) “anexação”, quando as alterações são agregadas ao final da Carta Magna.

A CR/1988 adotou um meio-termo, em que parte da emenda é incluída no texto constitucional e parte (geralmente, regras de transição) é mantida somente no corpo da emenda e anexada ao final do diploma constitucional.

Passaremos às peculiaridades desta forma de processo legislativo.

14.5.2.1 Iniciativa

Nos moldes do art. 60, a PEC pode ser apresentada por:

a) 1/3 (um terço), no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados;
b) 1/3 (um terço), no mínimo, dos membros do Senado Federal;
c) Presidente da República;
d) Mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria simples (ou relativa) de seus membros.

Importante notar que a presença do Presidente da República no rol de legitimados estava na Constituição autoritária de 1967/1969, e nos remete à época ditatorial, pois não é comum que o chefe do executivo se manifeste em expressões do Poder Constituinte.

14.5.2.2 Fase das comissões

A proposta de emenda constitucional (PEC) passará pela análise de diversas comissões, que apresentarão parecer sobre o tema disposto. Ao contrário das leis ordinárias, em que as comissões poderão eventualmente até votar o projeto de lei (art. 58, § 2.º), as PECs exigem análise plenária, não admitindo aprovação da proposta por meio de comissão.

Se para iniciativa é necessário 1/3 (um terço) dos membros, o entendimento é que **para modificar a PEC**, mister maioria qualificada de 1/3 dos Deputados (se estiver na Câmara) ou dos Senadores (se estiver no Senado).

14.5.2.3 Fase do Plenário

A deliberação principal ocorrerá na Câmara dos Deputados se a iniciativa for

de 1/3 (um terço) dos Deputados Federais ou Presidente da República, e ocorrerá no Senado Federal se a iniciativa for de 1/3 (um terço) dos Senadores ou mais da metade das assembleias legislativas das unidades da federação.

A discussão e votação das PECs será sempre em dois turnos em cada uma das Casas (art. 60, § 2.º). Assim, após a aprovação por 3/5 (três quintos) dos membros em **primeiro turno**, o projeto terá que aguardar um tempo até ser submetido novamente a um **segundo turno** de votação na mesma Casa, dependendo, para aprovação, de *quorum* idêntico ao (3/5) dos parlamentares.

O regimento interno da Câmara dos Deputados exige intervalo de cinco sessões ordinárias entre um turno e outro de votação de PEC (art. 202, § 6.º, do RICD). Já o regimento interno do Senado Federal estabelece um intervalo de cinco dias úteis entre um turno e outro de votação (art. 362 do RISF).

É prática comum no Poder Legislativo o afastamento do lapso temporal entre um turno e outro a fim de que a PEC seja votada em dois turnos no mesmo dia. Ao analisar esta prática, o Ministro Ayres Britto entendeu[34] que este ato constituiria inobservância ao devido processo legislativo e fraude à vontade objetiva da Constituição. Ora, para que exigir dois turnos se podem ser votados no mesmo dia? Isso flexibilizaria a rigidez constitucional.

No entanto, acabou por prevalecer a posição contrária no STF, entendendo-se que o texto constitucional exige apenas duas etapas de discussão, ainda que realizadas no mesmo dia, uma vez que a Constituição não estabeleceu um tempo mínimo entre as votações, como faz em outros casos (por exemplo, arts. 29 e 32).

14.5.2.4 Fase revisional

A tramitação da proposta na Casa revisora segue as mesmas regras das estabelecidas à Casa iniciadora.

Assim, após passar pelas comissões pertinentes, o projeto seguirá para votação em Plenário. Para aprovação, o projeto precisa da anuência de 3/5 (três quintos) da Casa legislativa, que, após o lapso temporal estabelecido no regimento interno (arts. 202, § 6.º, do RICD e 362 do RISF), votará a PEC mais uma vez.

É bom observar que a proposta de emenda constitucional rejeitada ou tida por prejudicada não poderá, em hipótese alguma, ser objeto de deliberação na mesma sessão legislativa em que ocorreu sua rejeição ou restou prejudicada (art.

60, § 5.º).

Esta hipótese é mais rígida que a estabelecida para lei ordinária, pois o projeto de lei ordinária rejeitado poderá ser votado novamente na mesma sessão, se houver manifestação de maioria absoluta dos membros da Casa neste sentido (art. 67), o que não ocorre com a PEC.

Questão muito comum em provas é a pergunta sobre sanção ou veto de PEC. Guarde que **não existe fase executiva em proposta de emenda constitucional**.

14.5.2.5 Fase complementar

A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem (art. 60, § 3.º).

Após a promulgação, a emenda constitucional partirá para publicação, gerando obrigatoriedade.

Pelo que foi exposto, está claro que o Presidente da República só pode participar do procedimento de aprovação de emenda constitucional na fase da iniciativa.

14.5.2.6 Limitações impostas à emenda constitucional

Quanto aos limites impostos às emendas constitucionais, remetemos o leitor ao capítulo do livro referente a Poder Constituinte derivado de reforma, onde o tema foi abordado.

Porém, para que não paire dúvidas, é bom dizer que o procedimento de elaboração de emenda sofre três ordens de limitação:

1. Limitação procedimental, que é o procedimento mais dificultoso de aprovação da PEC.
2. Limitação circunstancial, relativo à impossibilidade de tramitação de PEC em situações de instabilidade institucional. O art. 60, § 1.º, leciona que “a Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio”.
3. Limitação material é a restrição de PEC sobre algumas matérias, que podem ser:

a) Expressas: as chamadas *cláusulas pétreas*, em que a Constituição

proíbe deliberação sobre 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.

b) Implícitas: que decorrem de interpretação, apesar de não haver restrição expressa quanto a sua supressão, *e.g.*, art. 1.º, parágrafo único.

Ofensas a esta limitação podem ser objeto de controle de constitucionalidade durante sua tramitação[35] ou após sua aprovação.[36]

14.6 LEI DELEGADA

Introduzida na Constituição brasileira por influência da autorização legislativa do direito português e de institutos similares no direito francês e italiano, a lei delegada é o ato normativo elaborado pelo Chefe do Executivo, após a autorização expressa e específica do Poder Legislativo.

Explica-se: quando o Presidente da República tiver necessidade de legislar sobre determinado assunto, pode solicitar ao Congresso Nacional que lhe delegue competência legislativa.

Em sentido formal, a solicitação de elaboração de lei delegada será remetida ou apresentada pelo Presidente da República ao Presidente do Senado Federal. Este, por sua vez, convocará sessão conjunta, isto é, sessão no Congresso Nacional, para que, no prazo de setenta e duas horas, dela tome conhecimento. Nessa sessão conjunta será distribuída matéria em avulsos, sendo constituída comissão mista para elaborar parecer sobre a proposta. Essa comissão deve especificar o conteúdo da delegação, os termos do exercício e fixará prazo – não superior a quarenta e cinco dias – para sua promulgação, publicação ou remessa do projeto elaborado para apreciação do Congresso Nacional (art. 119 do RICN).

O parecer elaborado pela comissão mista será discutido em sessão ocorrida cinco dias após a distribuição dos avulsos. Após a discussão, será convocada sessão para votação do texto elaborado pela comissão mista. A aprovação da delegação dependerá de *quorum* de **maioria simples** do Congresso Nacional.

A delegação é feita mediante **resolução** do Congresso Nacional, que deve especificar, como afirmado, seu **conteúdo** e os **termos de seu exercício** (art. 68, § 2.º). Poderá, ainda, estabelecer prazo de vigência da resolução, extinguindo o poder delegado após o tempo estabelecido.

Não se admite delegação **ilimitada** da função legislativa.

A delegação não retira do Poder Legislativo o poder de legislar sobre o assunto delegado, pois a função legislativa é irrenunciável.

Publicada a resolução, o Presidente da República passa a ter poderes para legislar sobre a matéria ali relacionada.

É possível que a resolução conceda poderes ao Presidente da República para elaborar, promulgar e publicar a lei delegada. Todo processo legislativo se esgotará no Executivo. É a hipótese designada **delegação típica** ou própria.

Nessa hipótese, caso se constate que o Presidente da República dispôs sobre matérias não previstas na resolução (não delegadas), pode **o Congresso Nacional suspender os artigos exorbitantes** em autêntico controle político repressivo de constitucionalidade (art. 49, V).

É possível ainda que a resolução aprovada pelo Congresso Nacional determine a sujeição do projeto de lei delegada, elaborada pelo Presidente da República, à **aprovação pelo Poder Legislativo**, em votação única, **vedada qualquer emenda** (art. 68, § 3.º).

Nesse sentido, a análise de conformidade do projeto de lei delegada com o conteúdo da delegação (prevista na resolução) se dará em bloco.

14.6.1 Vedações materiais (art. 68, § 1.º)

Há matérias que, dada a relevância, não podem ser objeto de delegação. São elas:

a) Atos de competência exclusiva do Congresso Nacional e de suas Casas, isto é, os atos elencados nos arts. 49, 51 e 52;
b) Matérias reservadas à lei complementar;
c) Leis sobre a organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, carreira e garantia de seus membros;
d) matérias sobre nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

e) matérias relacionadas com os planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

14.7 MEDIDAS PROVISÓRIAS

A medida provisória é o processo legislativo que mais sofreu alterações legislativas e jurisprudenciais.

A medida provisória surgiu para substituir um instrumento comum em ditaduras denominado "decreto-lei". Este instrumento nasceu na Constituição de 1937, renascido na Carta de 1967/1969 e extinto com a Constituição de 1988. Este citado decreto, a princípio temporário, se tornava permanente se não fosse rejeitado no prazo de sessenta dias pelo Congresso Nacional. Neste diploma, o Chefe de Estado poderia legislar sobre segurança nacional, matéria financeira e tributária e sobre a criação e fixação de cargos públicos.

Para pôr fim à espécie legislativa tão criticada, o constituinte buscou inspiração no direito italiano (*proveddimenti provvisori*), espanhol (*disposiciones legislativas provisionales*) e francês (*ordennances*). Contudo, para aplicar um instrumento típico de governo parlamentarista em um sistema presidencialista, foram necessárias algumas alterações.

Inicialmente, a medida provisória foi prevista no art. 62 da CR/1988, valendo-se de *caput e* parágrafo único.

Em razão dos frequentes abusos, o constituinte editou a EC 32, de 11.09.2001, para estabelecer regras mais rígidas a respeito deste importante instrumento legislativo.

De início, a medida provisória é dotada de **requisitos constitucionais específicos e cumulativos** quais sejam: **relevância e urgência**.

A existência desses requisitos será analisada pelo Poder Legislativo e **poderá ser analisada pelo Poder Judiciário**, como já entendeu o STF.[37]

Como o próprio nome diz, essa medida, além de excepcional, é provisória, ou seja, possui prazo para produção de efeitos.

Nestes termos, o art. 62, § 3.º, concede, a partir de sua publicação, prazo **de 60 dias de vigência para medida provisória**, que poderá ser **prorrogado** (automaticamente), **uma única vez, por igual período**.

Porém, importante notar que o prazo referido é **suspenso durante os períodos de recesso do Congresso Nacional**.

Não se pode confundir o **prazo de validade** da medida provisória (sessenta dias, prorrogado por igual período), que, uma vez escoado, **retira a vigência** da norma estudada, com o **prazo** que o Congresso Nacional possui **para votar** o projeto que converterá a medida provisória em lei (quarenta e cinco dias), sem o qual **sobrestará as deliberações legislativas** da Casa onde está o projeto.

Importante notar que esses prazos adquiriram esta configuração com a edição da EC 32, de 11.09.2001, que, em seu art. 2.º, estabelece que **as medidas provisórias editadas antes de 11.09.2001 não têm prazo de validade nem para votação, permanecendo em vigor até deliberação do Poder Legislativo ou revogação por outra norma**.

14.7.1 Procedimento de conversão da medida provisória em lei

O art. 62 dispõe que, em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

Quando o Presidente da República submete o texto da medida provisória ao Congresso Nacional, inicia-se, neste momento, a deliberação do texto da medida provisória, que nada mais é do que um projeto de lei. Nesse passo, o que tramita no Congresso é o "projeto de lei de conversão" (art. 62, § 12). Porém, o próprio constituinte utiliza o termo "medida provisória" para se referir ao projeto que tramita no Legislativo.

Ora, a medida provisória está produzindo efeitos, portanto o que se vota é um texto de projeto de lei que substituirá a medida editada provisoriamente.

A Resolução 1, de 2002, do Congresso Nacional regulamenta a tramitação desta espécie legislativa no Congresso Nacional, prevendo que, no dia da publicação da medida provisória no *Diário Oficial da União*, o seu texto será enviado ao Congresso Nacional, acompanhado da respectiva mensagem e de documentos expondo a motivação do ato.

Nas 48 (quarenta e oito) horas que se seguirem à publicação, no *Diário Oficial da União*, de medida provisória adotada pelo Presidente da República, a Presidência da Mesa do Congresso Nacional fará publicar e distribuir avulsos da matéria e **designará** Comissão Mista para emitir parecer sobre ela. A Comissão Mista será integrada por 12 (doze) Senadores e 12 (doze) Deputados e igual número de suplentes, indicados pelos respectivos líderes, obedecida, tanto quanto possível, a proporcionalidade dos partidos ou blocos parlamentares em

cada Casa (art. 2.º, Res. 1/2002 do CN).

Uma vez designada, a Comissão terá o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para sua **instalação**, quando serão eleitos o seu Presidente e o Vice-Presidente, bem como designados os Relatores para a matéria (art. 3.º, Res. 1/2002 do CN). Nos seis primeiros dias que se seguirem à publicação da medida provisória no *Diário Oficial da União*, poderão a ela ser oferecidas emendas, que deverão ser protocolizadas na Secretaria-Geral da Mesa do Senado Federal. Após a protocolização, as emendas serão encaminhadas às Comissões, uma vez que somente perante estas poderão ser oferecidas emendas (art. 4.º, Res. 1/2002 do CN).

A Comissão terá o prazo improrrogável de 14 (quatorze) dias, contado da publicação da medida provisória no *Diário Oficial da União* para **emitir parecer único**, **manifestando-se sobre a matéria**, em itens separados, quanto aos aspectos constitucionais, inclusive sobre **os pressupostos de relevância e urgência**, de **mérito**, de **adequação financeira e orçamentária** e se o texto da medida provisória **foi entregue** ao Congresso Nacional **com a devida motivação** (art. 5.º, Res. 1/2002 do CN).

O art. 5.º, § 4.º, da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional explica que, "quanto ao mérito, a Comissão poderá emitir parecer pela aprovação total ou parcial ou alteração da Medida Provisória ou pela sua rejeição; e, ainda, pela aprovação ou rejeição de emenda a ela apresentada, devendo concluir, quando resolver por qualquer alteração de seu texto: I – pela apresentação de projeto de lei de conversão relativo à matéria; e II – pela apresentação de projeto de decreto legislativo, disciplinando as relações jurídicas decorrentes da vigência dos textos suprimidos ou alterados, o qual terá sua tramitação iniciada pela Câmara dos Deputados".

Aprovado o parecer pela Comissão Mista, será este encaminhado à **Câmara dos Deputados**, acompanhado do processo e, se for o caso, do projeto de lei de conversão e do projeto de decreto legislativo suprarreferido.

A Câmara dos Deputados fará publicar em avulsos e no *Diário da Câmara dos Deputados* o parecer da Comissão Mista e levará o assunto para votação no Plenário, sendo aprovado se conquistar o *quorum* de maioria simples.

Importante notar que a única comissão que analisa o projeto de lei de conversão é a Comissão Mista (formada por Deputados Federais e Senadores); nenhuma outra comissão analisará a proposição (art. 62, § 9.º, da CR). Isso ocorre em razão de seu exíguo prazo para discussão e votação.

No julgamento da ADI 4.029/DF[38], o STF entendeu que o parecer da Comissão Mista é **fase de observância obrigatória**, não podendo haver aprovação tácita do projeto pela Comissão. Por isso declarou, incidentalmente, com eficácia *ex nunc*, a inconstitucionalidade dos arts. 5.º, *caput*, e 6.º, §§ 1.º e 2.º, da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional.

Aprovado na Câmara dos Deputados, o projeto seguirá para o Senado Federal para votação da Casa mencionada. Caso o Senado Federal apresente emendas, a proposição voltará à Câmara dos Deputados para análise (art. 7.º, § 4.º, Res. 1/2002 do CN).

Importante saber que "o Plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional decidirá, em apreciação preliminar, o atendimento ou não dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência de Medida Provisória ou de sua inadequação financeira ou orçamentária, antes do exame de mérito, sem a necessidade de interposição de recurso, para, ato contínuo, se for o caso, deliberar sobre o mérito" (art. 8.º, Res. 1/2002 do CN).

Caso a medida provisória tenha sido rejeitada ou tenha perdido a eficácia por não ter sido votada no prazo estabelecido para sua validade (60 + 60 dias), será o projeto arquivado, sendo **vedada sua reedição na mesma sessão legislativa** (art. 62, § 10).

Como já explicado, existe prazo de votação do projeto de lei de conversão. O art. 62, § 6.º, dispõe 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".

Em outros termos, caso não seja votada em 45 dias, fica proibida a deliberação de outras propostas legislativas antes que se vote a medida provisória.

Ocorre que, em decisão liminar proferida pelo Ministro Celso de Mello, já foi consignado que o trancamento de pauta, previsto no § 6.º do art. 62 da Constituição Federal, somente se aplicaria, supostamente, aos projetos de lei ordinária.[39]

Caso ocorra convocação extraordinária (o que ocorrerá em períodos de recesso parlamentar), as eventuais medidas provisórias que estejam na Casa convocada serão automaticamente incluídas na pauta de votação (art. 57, §§ 7.º e

8.º, da CR).

O projeto de lei de conversão (medida provisória) passa por diversas possibilidades:

a) **Conversão em lei sem alteração** – Neste caso, o projeto será promulgado pelo Presidente da Mesa do Congresso Nacional (art. 12, Res. 1/2002 do CN) e publicado, nascendo nova lei ordinária.

Importante notar que o texto editado pelo Chefe do Executivo por meio de medida provisória é exatamente o mesmo que foi aprovado, por isso não é necessário submeter o projeto ao crivo do Presidente da República.

A conversão de lei sem alteração não prejudica eventual ação de controle de constitucionalidade proposta em face da medida provisória.[40]

b) **Conversão em lei com alteração** – Neste caso, como houve alteração ao texto inicial, é necessário passar pela sanção ou veto do Presidente da República, promulgação e publicação, com todas as nuances atribuídas à lei ordinária, pois, na verdade, não passa de um projeto de lei ordinária.

Caso haja alteração substancial, eventual ação de controle de constitucionalidade proposta contra a medida provisória restará prejudicada.[41]

c) **Rejeição ou decurso do prazo** – Caso o projeto de lei de conversão seja rejeitado ou não seja convertido em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável uma vez por igual período, as medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por **decreto legislativo**, as relações jurídicas delas decorrentes (art. 62, § 3.º).

Contudo, transcorrido o prazo de 60 dias sem elaboração do referido decreto legislativo, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas (art. 62, § 11). É o que chamamos de **ultratividade da medida provisória**, pois, mesmo após a rejeição ou o decurso do prazo, ela continuará produzindo efeitos *ad eternum* para as relações constituídas sob sua égide.

14.7.2 Vedações materiais (art. 62, § 1.º)

A EC 32/2001 incluiu o § 1.º no art. 62 e previu o art. 246, para proibir a edição de medidas provisórias sobre determinadas matérias. Nestes termos, cabe analisar os assuntos que não poderão ser dispostos em medidas provisórias:

a) ***Matéria relativa à nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos***

políticos e direito eleitoral (art. 62, § 1.º, I, *a*) – A mudança traria implicação direta ao processo eleitoral.

b) ***Matéria relativa a direito penal, processual penal e processual civil***.[42]

É vedado que medida provisória (ato editado pelo Poder Executivo) disponha sobre direito penal, processual penal e civil, porém nada impede que, durante a tramitação do projeto de lei de conversão, o legislador inclua dispositivo sobre uma dessas matérias, que só começariam a produzir efeitos com a edição da lei ordinária que substituirá a medida provisória.

É possível, ainda, medida provisória dispor sobre procedimento penal, eis que não há vedação expressa. Assim, seria constitucional medida provisória alterar algum dispositivo da lei de execução penal, *v.g*., que versa sobre procedimento de aplicação da pena.

No caso do processo civil, a emenda vem em boa hora, já que o Poder Executivo é parte interessada em demandas levadas a juízo. Com isso, evita-se que o Poder Executivo utilize-se deste instituto para benefício próprio, como, por exemplo, faz crer a Medida Provisória 1.632/1998, atual MP 2.183-56/2001, que alterou o prazo para ação rescisória ajuizada pelo poder público.

c) ***Matéria referente à organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, carreira e garantia de seus membros***.

d) ***Planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares.***

É bom ficar atento para o fato de ser **possível medida provisória dispor sobre crédito extraordinário**, porque este é o crédito exigido em razão de despesas **imprevisíveis** e **urgentes**, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública (art. 167, § 3.º). Neste caso, perfeitamente compreensível a solicitação de mais verbas por medida provisória, pois, além de urgentes, não havia como prever tal despesa no orçamento vigente.

e) **Que vise à detenção ou sequestro de bens, poupança popular ou ativos financeiros** (art. 62, § 1.º, II) – É bom lembrar que medida provisória já se prestou a reter poupança popular, porém, naquela época (década de 1990), não existia previsão vedatória, o que só ocorreu em 2001, por meio da EC 32.

f) **Matéria reservada à lei complementar** (art. 62, § 1.º, III) – A razão é simples: uma vez convertida, a medida provisória se transformará em lei ordinária. Desta sorte, ofenderia os preceitos constitucionais lei ordinária dispor sobre matéria reservada à lei complementar.

g) **Matéria de projeto de lei aprovado dependente de sanção ou veto presidencial** (art. 62, § 1.º, IV).

h) **Para regulamentar artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda constitucional promulgada entre 1.º de janeiro de 1995 e 11 de setembro de 2001**[43] (art. 246).

14.7.3 Conflitos entre medidas provisórias ou entre estas e leis

Caso uma medida provisória disponha sobre assunto já disposto em outra medida provisória ou em lei, as espécies legislativas mais antigas serão **suspensas** para aguardar o destino da medida provisória suspensiva.

Se a nova medida provisória for convertida em lei, as normas anteriores serão revogadas. No entanto, caso a medida provisória seja rejeitada ou tiver ocorrido o decurso do prazo, as espécies legislativas, outrora suspensas, voltarão a produzir efeitos.

Importante perceber que não se trata de repristinação (art. 2, § 3.º, da LINDB), pois a nova medida provisória não revoga a legislação anterior, somente suspendendo seus efeitos. A revogação só ocorrerá se a medida provisória for convertida em lei.

14.7.4 Medida provisória em matéria tributária

A Constituição não proíbe medida provisória em matéria tributária, somente alertando que as medidas provisórias que impliquem instituição ou majoração aos impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirão efeitos no exercício financeiro seguinte se houverem sido convertidas em lei até o último dia daquele em que foram editadas.

Dessa forma, a regra é que a medida provisória não serve para contagem da anterioridade tributária, ou seja, só depois da conversão da medida provisória em lei é que começará a contar o prazo para cobrança de imposto. Por exemplo, se medida provisória majorar alíquota de imposto de renda em 20 de dezembro de 2011, a nova alíquota não poderá ser exigida em 2012, pois ainda não foi convertida em lei. Somente após a conversão em lei, em fevereiro de 2012, começará a contar o prazo do art. 150, III, *b*, podendo ser cobrada a partir de 1.º de janeiro de 2013.

Esta regra não se aplica aos impostos sobre importação de produtos

estrangeiros (II); de exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados (IE); produtos industrializados (IPI); operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF) e imposto extraordinário na iminência ou no caso de guerra externa, pois, nesses casos, não há aplicação do princípio da anterioridade (art. 150, § 1.º, da CR).

Caso esses impostos sejam instituídos ou majorados por medida provisória, poderão ser cobrados imediatamente.

Gostaríamos de frisar que estamos, até então, nos referindo somente a impostos, pois, segundo posição majoritária, as demais espécies tributárias que forem instituídas por medida provisória (contribuição social, por exemplo) têm a contagem do prazo do princípio da anterioridade da publicação da medida provisória, e não de sua conversão em lei.

Já dissemos que matérias reservadas a lei complementar não podem ser objeto de medida provisória. Por isso, deve ser ressaltado que alguns tributos não podem ser instituídos ou majorados por medida provisória, exatamente por guardarem reserva de lei complementar. São eles:

a) Empréstimo compulsório (art. 148 da CR);
b) Imposto sobre grande fortuna (art. 153, VII, da CR);
c) Impostos residuais da União (art. 154, I, da CR);
d) Contribuição social residual (art. 195, § 4.º, c/c o art. 154, I, da CR).

Além destas, é proibida a edição de medidas provisórias para disciplinar disposições constitucionais que tenham sido modificadas entre 1.º.01.1995 e 11.09.2001 (art. 246 da CR). Esta restrição genérica também tem importância no âmbito tributário, porque, durante este tempo, foram editadas emendas que provocaram importantes alterações no texto constitucional, envolvendo matéria tributária. Como exemplos citamos a EC 20/1998, com reflexos significativos sobre as contribuições para Seguridade Social (como PIS, PASEP, COFINS – art. 195 da CR) e a EC 29/2000, que possibilitou a progressividade fiscal do IPTU.[44]

14.7.5 Medidas provisórias em âmbito estadual e municipal

Já foi resolvido que o art. 62 da Constituição da República não é norma de reprodução obrigatória pelos demais entes da federação. Porém, nada impede que os Estados, Distrito Federal e os Municípios disponham sobre esta espécie

legislativa em suas Constituições e Leis Orgânicas, respectivamente, concedendo poderes aos seus Governadores e Prefeitos de editarem medidas provisórias sobre matérias de suas competências.

14.8 DECRETOS LEGISLATIVOS

Decreto legislativo é o ato normativo próprio para veicular as matérias de competência **exclusiva** do Congresso Nacional. Essas matérias estão elencadas no art. 49.

O processo de tramitação de decreto legislativo (art. 59, VI) não foi inserido na Constituição da República, sendo disciplinado pelo Regimento Interno do Congresso Nacional.

A sua tramitação é simples. Os decretos legislativos serão discutidos e votados pelas duas Casas do Congresso Nacional e, se aprovados, serão promulgados pelo Presidente do Senado Federal, na qualidade de Presidente do Congresso Nacional, que determinará também sua publicação (art. 48, XXVIII, do RISF).

Como se nota, o decreto legislativo **não** se submete à sanção e veto presidencial.

É comum doutrina afirmar que os decretos legislativos produzem **efeitos externos**.

14.9 RESOLUÇÃO

Esta espécie normativa, além de veicular matérias próprias do Congresso Nacional – assim os decretos legislativos –, dispõe sobre matérias específicas de cada Casa do Poder Legislativo (arts. 51 e 52).

José Afonso da Silva[45] diferencia decreto legislativo e resolução, alegando que, de regra, resolução produz efeitos ***interna corporis***.

Ocorre que as exceções são muitas, isto é, diversas resoluções produzem efeitos externos. Dentre as mais famosas exceções estão a resolução que concede poderes ao Presidente da República para editar leis delegadas (art. 68), a resolução que suspende os efeitos de lei declarada inconstitucional pelo STF (art. 52, X) e as resoluções do Senado sobre matéria financeira e tributária (art. 52, V, VI, VII, VIII e IX).

A CF ainda prevê a utilização de resolução em outras hipóteses, como, por exemplo, no caso do art. 155, § 2.º, IV.

14.10 PROJETO DE CÓDIGO

Os códigos possuem hierarquia de lei ordinária, mas existem algumas particularidades quando o projeto posto em votação for um novo código.

O art. 212, parágrafo único, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados estabelece que a Mesa da Casa somente receberá o projeto de lei para tramitação por este procedimento quando a matéria, por sua complexidade e abrangência, puder ser tratada como um código.

No Senado Federal será criada uma comissão temporária para estudar o projeto de código, composta por onze membros, e fixará o calendário de sua tramitação (art. 374 do RISF). Formada a comissão, será designado um relator-geral e relatores parciais para analisar as diversas partes do código.

Não há prazo para as tramitações dos projetos de código. Um exemplo real disso foi o Código Civil de 2002, que ficou décadas no Poder Legislativo sem aprovação.

Por fim, o Regimento Interno da Câmara dos Deputados proíbe a tramitação simultânea de mais de dois projetos de código.

14.11 LEIS ORÇAMENTÁRIAS

Ao contrário da maioria das espécies legislativas, que estão arroladas entre os arts. 59 e 69 da Constituição, os projetos de leis orçamentárias estão dispostos no art. 166 da Carta Política, no capítulo destinado às finanças públicas.

As leis orçamentárias passam por um procedimento especial e são destinadas a editar:

a) **Plano Plurianual** (PPA) – estabelecendo, 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 (art. 165, I).

b) **Lei de diretrizes orçamentárias** (LDO) – compreendendo as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientando a elaboração da lei orçamentária anual, dispondo sobre as alterações na legislação tributária e estabelecendo a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento (art. 165, II).

c) **Lei orçamentária anual** (LOA) – compreendendo: 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 (art. 165, III e § 5.º).

Merece observação 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 (art. 165, § 8.º).

As leis orçamentárias referidas (PPA, LDO e LOA) são de **iniciativa privativa do Presidente da República** (arts. 84, XXIII, e 166, § 6.º) e deverão ser encaminhadas dentro do prazo estabelecido em lei complementar (art. 165, § 9.º, I).

Após a iniciativa, o projeto será encaminhado à Comissão Mista permanente (formada por Deputados Federais e Senadores), que deverá examinar e emitir parecer sobre os três projetos referidos 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 (art. 166, § 1.º).

O Presidente da República, independentemente da iniciativa, poderá propor modificações aos projetos orçamentários enquanto não iniciada a votação, na Comissão Mista, da parte cuja alteração é proposta (art. 166, § 5.º).

Logicamente, é possível que sejam oferecidas emendas, mas estas devem ser

apresentadas na Comissão Mista, que deverá emitir parecer. Estas emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso sejam compatíveis com o Plano Plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias; 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** sejam relacionadas: a) com a correção de erros ou omissões; ou b) com os dispositivos do texto do projeto de lei (art. 166, §§ 2.º e 3.º).

Por óbvio, as emendas ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias não poderão ser aprovadas quando incompatíveis com o Plano Plurianual.

Após o parecer da Comissão Mista, o projeto será analisado pela Câmara dos Deputados e, depois, pelo Senado Federal. Em ambas as Casas, a proposição deve atingir o *quorum* de maioria simples para aprovação.

Após, seguirá para sanção ou veto, promulgação e publicação, assim como os projetos de leis ordinárias (art. 166, § 7.º).

Caso a **lei orçamentária anual** seja vetada, rejeitada ou emendada, os recursos que, em decorrência destes atos, ficarem sem despesas correspondentes, poderão ser utilizados, conforme o caso, mediante créditos especiais ou suplementares, com prévia e específica autorização legislativa (art. 166, § 8.º).

Bom que se diga que tramita no Congresso Nacional a chamada PEC do orçamento impositivo, que obriga o governo a liberar dinheiro para as emendas parlamentares. A proposta estabelece, por exemplo, que metade das sugestões de Deputados e Senadores à peça orçamentária anual sejam destinadas para a saúde.

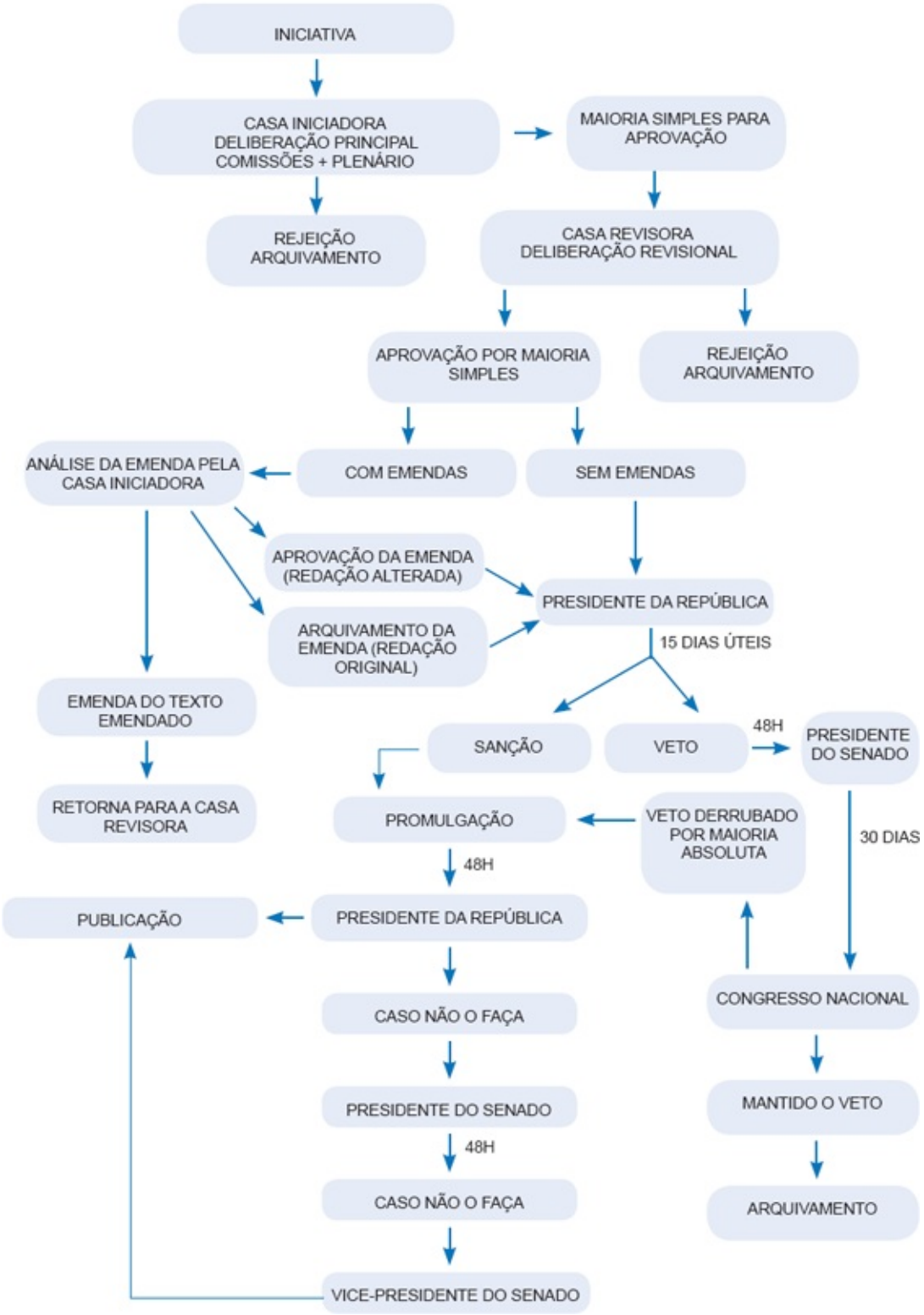
Esta PEC já havia sido aprovada em dois turnos pela Câmara dos Deputados e seguiu para o Senado, contudo, em razão das alterações realizadas pelos Senadores, a PEC retornou a Casa representativa do povo, onde está até o fechamento desta edição.

Em que pese não ser nossa posição, José Afonso da Silva[46] sustenta que não se pode rejeitar projeto de lei de diretrizes orçamentárias, na medida em que a Constituição proíbe a interrupção da sessão legislativa (período legislativo) sem sua aprovação (art. 57, § 2.º). Entendemos que a interrupção da sessão não tem ligação com sua impossibilidade de rejeição. Na realidade, se o projeto de lei de diretrizes orçamentárias for rejeitado, haverá necessidade de elaboração de outro

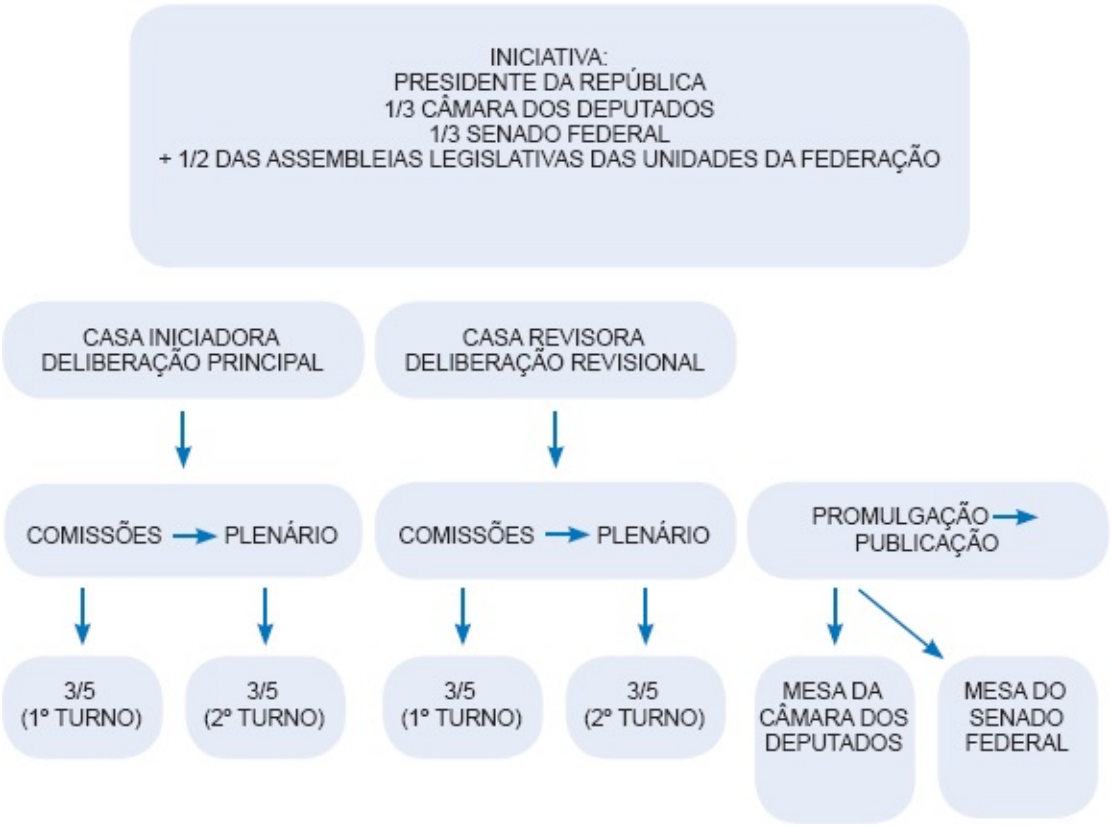
projeto, ficando prejudicado o recesso parlamentar.

14.12 FLUXOGRAMAS

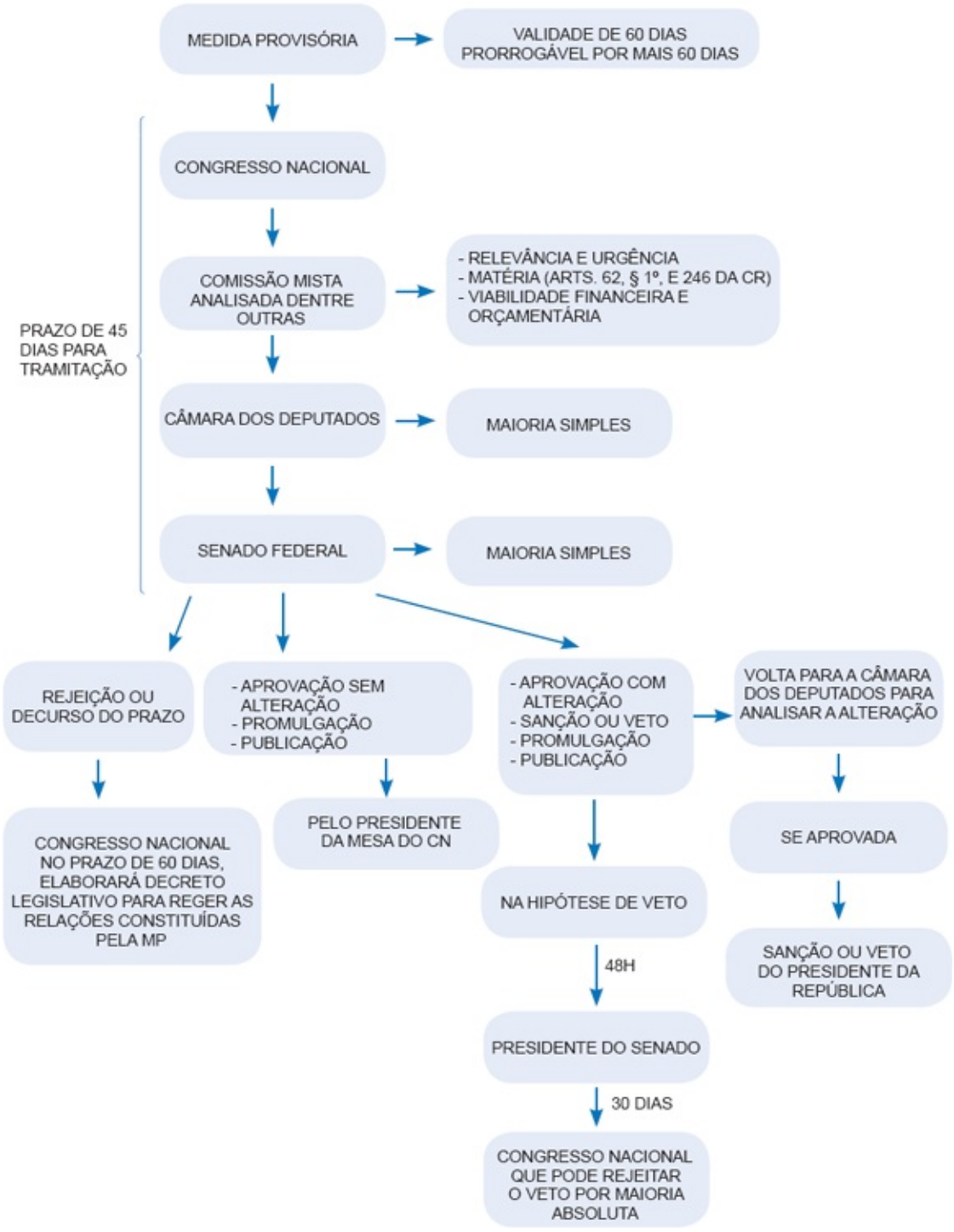
FLUXOGRAMA SISTEMATIZADO DE TRAMITAÇÃO DE PROJETO DE LEI ORDINÁRIA



FLUXOGRAMA SISTEMATIZADO DE TRAMITAÇÃO DE PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL



FLUXOGRAMA SISTEMATIZADO DE TRAMITAÇÃO DE PROJETO DE LEI CONVERSÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA



14.13 EXERCÍCIOS DE FIXAÇÃO

1. **(Procurador do Estado/SP – FCC/2012) A medida provisória rejeitada pelo Congresso Nacional perde a eficácia, com efeitos desde a data de sua**

   A) edição, se o Congresso Nacional não editar Resolução disciplinando as relações jurídicas dela decorrentes, em até trinta dias, após a rejeição.

   B) rejeição, se o Congresso Nacional não editar Resolução disciplinando as relações jurídicas dela decorrentes, em até sessenta dias, após a rejeição.

   C) rejeição, se o Congresso Nacional não editar Decreto Legislativo disciplinando as relações jurídicas dela decorrentes, em até sessenta dias, após a rejeição.

   D) edição, se o Congresso Nacional não editar Resolução disciplinando as relações jurídicas dela decorrentes, em até sessenta dias, após a rejeição.

   E) edição, se o Congresso Nacional não editar Decreto Legislativo disciplinando as relações jurídicas dela decorrentes, em até sessenta dias, após a rejeição.

2. **(183.º Magistratura SP – VUNESP/2011) Leia as afirmativas sobre a edição de medidas provisórias.**

I. É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a direito penal, processual penal, processual civil e já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e vetado pelo Presidente da República.

II. As medidas provisórias, com força de lei, podem ser adotadas pelo Presidente da República em caso de relevância e urgência.

III. Se a medida provisória não for apreciada em até trinta 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.

IV. As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados. Está correto apenas o contido em

A) I e II.

B) I, III e IV.

C) II e IV.

D) II.

E) IV.

3. (Auditor do TCE/SP – FCC 2013) São constitucionalmente legitimados para o exercício de iniciativa legislativa:

A) o Presidente da República, os membros do Congresso Nacional, o Supremo Tribunal Federal, o Tribunal de Contas da União e o Superior Tribunal Militar.

B) o Presidente da República, o Superior Tribunal de Justiça, o Procurador-Geral da República, as Comissões da Câmara dos Deputados e o Conselho Nacional de Justiça.

C) as Comissões do Congresso Nacional, o Procurador-Geral da República, o Tribunal de Contas da União, o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

D) o Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior Eleitoral, o Conselho Nacional do Ministério Público, o Conselho Nacional de Justiça e as Comissões do Senado Federal.

E) as Comissões da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Tribunal de Contas da União, o Conselho Nacional do Ministério Público e 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.

4. (Advogado/TJSP – VUNESP/2013) Considerando o processo legislativo pátrio, assinale a alternativa correta a respeito das leis complementares.

A) É vedada a delegação legislativa de matéria reservada à lei

complementar, mas não há impedimento que essa mesma matéria seja objeto de medida provisória.

B) Exigem *quorum* de maioria absoluta de ambas as Casas Legislativas para sua aprovação, mas dispensam a sanção do Chefe do Executivo, uma vez que são promulgadas pelo Poder Legislativo.

C) A Constituição autoriza, com base no princípio do Estado Democrático de Direito, que qualquer matéria seja objeto de iniciativa popular de lei complementar.

D) Sua função precípua é de complementariedade, não tendo por escopo interpretar a Constituição ou qualquer de suas normas.

E) Projeto de lei complementar da iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores deve ser apresentado, primeiramente, perante o Senado Federal.

5. (Delegado da Polícia Federal – CESPE/2013) Em relação ao processo legislativo e ao sistema de governo adotado no Brasil, julgue o item seguinte.

A iniciativa das leis ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, bem como ao Presidente da República, ao STF, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos. No que tange às leis complementares, a CF não autoriza a iniciativa popular de lei.

6. (Procurador do Trabalho/MPT – 2013) Sobre o processo legislativo, analise as seguintes proposições:

I – O Presidente da República poderá convocar plebiscito para aprovação de Proposta de Emenda à Constituição.

II – O Presidente da República, desde que autorizado pelo Congresso Nacional, poderá editar lei delegada para legislar sobre direito eleitoral.

III – A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação, ao Congresso Nacional, de proposta de Emenda à Constituição

subscrita por, no mínimo, 1% (um por cento) do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco estados, com não menos de três décimos por cento de eleitores em cada um deles.

IV – A Constituição da República assegura a iniciativa popular no processo legislativo estadual, a qual, todavia, deve ser regulamentada por lei.

Marque a alternativa CORRETA:

A) Apenas as assertivas II e III estão corretas;

B) apenas as assertivas I e III estão corretas;

C) apenas as assertivas II e IV estão corretas;

D) apenas a assertiva IV está correta.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

[1]STF, ADI 106/RO, rel. Original: Min. Carlos Veloso, rel. p/ac. Min. Gilmar Mendes, j. 10.10.2002.

[2]LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado* cit., 2010. p. 445.

[3]STF, ADI 637, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 01.10.2004; ADI 2.966, rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* 06.05.2005.

[4]José Afonso da Silva é claramente contra essa possibilidade quando aponta que "não se admite iniciativa legislativa popular em matéria reservada à iniciativa exclusiva de outros titulares…" (*Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 449).

[5]SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional positivo* cit., 2003. p. 64.

[6]Os Estados que, em suas Constituições, admitem iniciativa popular para PEC são: Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Espírito Santo, Goiás, Pará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Sul, Roraima, Santa Catarina, São Paulo e Sergipe, além da Lei Orgânica do Distrito Federal.

[7]RISF: "Art. 91. Às comissões, no âmbito de suas atribuições, cabe, dispensada a competência do Plenário, nos termos do art. 58, § 2.º, I, da Constituição, discutir e votar: I – projetos de lei ordinária de autoria de Senador, ressalvado projeto de código; II – projetos de resolução que versem sobre a suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (Const., art. 52, X). § 1.º O Presidente do Senado, ouvidas as lideranças, poderá conferir às comissões competência para apreciar, terminativamente, as seguintes matérias: I – tratados ou acordos internacionais (Const., art. 49, I); II – autorização para a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais em terras indígenas (Const., art. 49, XVI); III – alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares (Const., art. 49, XVII); IV – projetos de lei da Câmara de iniciativa parlamentar que tiverem sido aprovados, em decisão terminativa, por comissão daquela Casa; V – indicações e proposições diversas, exceto: a) projeto de resolução que altere o Regimento Interno; b)

projetos de resolução a que se referem os arts. 52, V a IX, e 155, §§ 1.º, IV, e 2.º, IV e V, da Constituição; c) proposta de emenda à Constituição".

[8]Na Câmara dos Deputados, além da Comissão de Constituição e Justiça, que possui parecer vinculativo no tocante à juridicidade e constitucionalidade da matéria, também possuem parecer vinculativo a Comissão de Finanças e Tributação, sobre a adequação financeira ou orçamentária da proposição e a Comissão especial (criada quando a proposição precisar de análise de mais de três comissões quanto ao mérito) sobre juridicidade, constitucionalidade, adequação financeira ou orçamentária da proposição (art. 54 do RICD).

[9]AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional* cit., p. 426.

[10]LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado* cit., p. 513.

[11]Ibidem.

[12]"Tal imposição, de se proibir a renovação de matérias rejeitadas, foi uma criação da Câmara dos Lordes, no Parlamento Inglês, em 1606, sendo seguida pela Câmara dos Comuns, em 1610" (AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional* cit., p. 430).

[13]FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional* cit., 2005. p. 189.

[14]Art. 185 do RICD.

[15]O art. 187, § 1.º, do RICD explica que, além dos nomes, o registro da votação conterá: I – data e hora em que se processou a votação; II – a matéria objeto da votação; III – o nome de quem presidiu a votação; IV – os nomes dos líderes em exercício presentes à votação; V – o resultado da votação.

[16]Além das hipóteses elencadas, a Constituição ainda traz a hipótese da não renovação da concessão ou permissão do serviço de radiofusão sonora ou de sons e imagens, que também deverá ser feito por votação nominal (a concessão, permissão e autorização são competências do Executivo, mas passam pelo crivo do Congresso Nacional – art. 223, § 2.º, da CR).

[17]Esta hipótese deve respeitar o art. 185, § 4.º, do RICD, que afirma: "Havendo-se procedido a uma verificação de votação, antes do decurso de uma hora da proclamação do resultado, só será permitida nova verificação por deliberação do Plenário, a requerimento de um

décimo dos Deputados, ou de Líderes que representem esse número".

[18]Além das hipóteses descritas, no Senado ainda há a votação secreta para aprovar autoridades (art. 52, III e IV, da CR c/c o art. 383, VI, do RISF) e para aprovar, por maioria absoluta e por voto secreto, a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República antes do término de seu mandato (art. 52, XI, da CR).

[19]No mesmo sentido, art. 80 do RISF.

[20]A EC 76/2013 alterou o art. 66, § 4.º, da CRFB/1988, abolindo a votação secreta nos casos de apreciação de veto.

[21]AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional* cit., p. 426.

[22]"Não precisa ser reapreciada pela Câmara dos Deputados expressão suprimida pelo Senado Federal em texto de projeto que, na redação remanescente, aprovada de ambas as Casas do Congresso, não perdeu sentido normativo" (Plenário, ADI 3.367, rel. Min. Cezar Peluso, j. 13.04.2005, *DJ* 22.09.2006). No mesmo sentido: Plenário, ADI 2.666, rel. Min. Ellen Gracie, j. 03.10.2002, *DJ* 06.12.2002.

[23]BINENBOJM, Gustavo. Aspectos processuais do controle abstrato da constitucionalidade no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, n. 218, p. 151, 2001.

[24]BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro* cit., p. 91. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1998. p. 296-297.

[25]FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional* cit., p. 196.

[26]SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação de leis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 219.

[27]A EC 76/2013 alterou o art. 66, § 4.º, da CRFB/1988, abolindo a votação secreta nos casos de apreciação de veto.

[28]CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Técnica legislativa*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 108.

[29]NOVELINO, Marcelo. Op. cit., p. 611.

[30]BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 356.

[31]CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Constituições brasileiras*: 1967.

Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. v. 4, p. 22.

[32]"1. É constitucional a revogação da isenção da COFINS, uma vez que não existe hierarquia entre lei complementar e lei ordinária. 2. Matéria pacificada pelo Plenário do Supremo Tribunal: Pleno, por maioria. RE n. 381.964/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* 13.03.2009 e Pleno, por maioria. RE n. 377.457/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* 19.12.2008" (STF, AI 632.154 AgR/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 18.12.2009).

[33]CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 87.

[34]Julgamento conjunto das ADIs 4.357/DF, rel. Min. Ayres Britto; 4.372/DF, rel. Min. Ayres Britto; 4.400/DF, rel. Min. Ayres Britto; 4.425/DF, rel. Min. Ayres Britto, *Informativo* 643 do STF.

[35]"O parlamentar tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizam com o processo legislativo constitucional. Legitimidade ativa do parlamentar, apenas. Precedentes do STF: MS n. 20.257/DF, rel. Min. Moreira Alves (*leading case*). *RTJ*, 99/1031; MS n. 21.642/DF, rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática. *RDA*, 191/200; MS n. 21.303-AgR/DF, rel. Ministro Octavio Gallotti. *RTJ*,139/783; MS n. 24.356/DF, rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 12.09.2003" (Plenário, MS 24.642, rel. Min. Carlos Velloso, j. 18.02.2004, *DJ* 18.06.2004).

[36]"O Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento de que é admissível a ação direta de inconstitucionalidade de emenda constitucional, quando se alega, na inicial, que esta contraria princípios imutáveis ou as chamadas cláusulas pétreas da Constituição originária (art. 60, § 4.º, da CF). Precedente: ADI 939 (*RTJ*, 151/755)" (Plenário, ADI 1.946-MC, rel. Min. Sydney Sanches, j. 29.04.1999, *DJ* 14.09.2001).

[37]"Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que

disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República. Doutrina. Precedentes. A possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apoia-se na necessidade de impedir que o Presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais" (ADI 2.213/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 23.04.2004). Ver também ADI 4.029/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 07 e 08.03.2012.

[38]ADI 4.029/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 07 e 08.03.2012.

[39]"A construção jurídica formulada pelo Senhor Presidente da Câmara dos Deputados, além de propiciar o regular desenvolvimento dos trabalhos legislativos no Congresso Nacional, parece demonstrar reverência ao texto constitucional, pois – reconhecendo a subsistência do bloqueio da pauta daquela Casa legislativa quanto às proposições normativas que veiculem matéria passível de regulação por medidas provisórias (não compreendidas, unicamente, aquelas abrangidas pela cláusula de pré-exclusão inscrita no art. 62, § 1.º, da Constituição, na redação dada pela EC n. 32/2001) preserva, íntegro, o poder ordinário de legislar atribuído ao Parlamento. Mais do que isso, a decisão em causa teria a virtude de devolver, à Câmara dos Deputados, o poder de agenda, que representa prerrogativa institucional das mais relevantes, capaz de permitir, a essa Casa do Parlamento brasileiro, o poder de selecionar e de apreciar, de modo inteiramente autônomo, as matérias que considere revestidas de importância política, social, cultural, econômica e jurídica para a vida do País, o que ensejará na visão e na perspectiva do Poder Legislativo (e não nas do Presidente da República) – a formulação e a concretização, pela instância parlamentar, de uma pauta temática própria, sem prejuízo da observância do bloqueio procedimental a

que se refere o § 6.º do art. 62 da Constituição, considerada, quanto a essa obstrução ritual, a interpretação que lhe deu o Senhor Presidente da Câmara dos Deputados" (MS 27.931 MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 27.03.2009, Publicação em 01.04.2009).

[40]"(...) medida provisória convertida em lei sem alterações: arguição não prejudicada. Não prejudica a ação direta de inconstitucionalidade material de medida provisória a sua intercorrente conversão em lei sem alterações, dado que a sua aprovação e promulgação integrais apenas lhe tornam definitiva a vigência, com eficácia *ex tunc* e sem solução de continuidade, preservada a identidade originária do seu conteúdo normativo, objeto da arguição de invalidade" (Plenário, ADI 691-MC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 22.04.1992, *DJ* 19.06.1992).

[41]"Medida provisória. Lei de Conversão. Alteração substancial. Prejudicialidade. A Medida Provisória n. 409, de 06.01.1994, convertida na Lei n. 8.852, de 04.02.1994, sofreu alteração substancial em seu conteúdo normativo, com repercussão imediata sobre o dispositivo impugnado (art. 4.º, I), ao qual se conferiu nova redação, com modificação de seu alcance normativo, a par das inovações introduzidas em normas conexas. Caso em que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal confere à norma superveniente o efeito de tornar prejudicada, por falta de objeto, a ação direta instaurada com base na redação originária, não mais subsistente (Plenário. ADI n. 383 e 691)" (ADI 991-MC, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 26.05.1994, *DJ* 09.09.1994).

[42]"Aduziu-se, ademais, que o tema referente à condenação em honorários advocatícios de sucumbência seria tipicamente processual. Asseverou-se a incompatibilidade da utilização de medida provisória em matéria relativa a direito processual, haja vista a definitividade dos atos praticados no processo, destacando-se que esse entendimento fora positivado pela EC n. 32/2001 (CF, art. 62, § 1.º, I, *b*). Por fim, registrou-se que, não obstante o disposto no art. 2.º da aludida emenda (...), não se poderia ter um dispositivo de medida provisória em situação de incompatibilidade com a norma constitucional" (Plenário, ADI 2.736, rel. Min. Cezar Peluso, j. 08.09.2010, *Informativo* 599). "Medida provisória: sua inadmissibilidade em matéria penal, extraída pela doutrina consensual da interpretação sistemática da Constituição, não

compreende a de normas penais benéficas, assim, as que abolem crimes ou lhes restringem o alcance, extingam ou abrandem penas ou ampliam os casos de isenção de pena ou de extinção de punibilidade" (Plenário, RE 254.818, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 08.11.2000, *DJ* 19.12.2002).

[43]"A alteração do art. 195 da Constituição pela EC n. 20/1998 não versou, especificamente, sobre a alíquota de contribuição social destinada ao custeio da seguridade social. Possibilidade de simples alteração de alíquota por medida provisória, dentro do prazo previsto no art. 246 da Carta Maior" (1.ª T., RE 487.475-AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 01.06.2010, *DJe* 06.08.2010). "Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL. Adicional instituído por meio de medida provisória. Admissibilidade. Violação ao art. 246 da CF. Não ocorrência. Tributo instituído e regulamentado pela Lei n. 7.689/1988. Mero aumento da alíquota pela MP n. 1.807/1999. Recurso extraordinário não provido. A MP n. 1.807/1999 não instituiu, nem regulamentou a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, mas apenas lhe aumentou a alíquota" (2.ª T., RE 403.512, rel. Min. Cezar Peluso, j. 16.12.2008, *DJe* 06.03.2009). No mesmo sentido: 2.ª T., AI 489.734-AgR, rel. Min. Celso de Mello, j. 24.03.2009, *DJe* 30.04.2009; 2.ª T., RE 378.691-AgR, rel. Min. Eros Grau, j. 13.05.2008, *DJe* 06.06.2008.

[44]ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Tributário na Constituição e no STF*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2009. p. 100.

[45]SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 522.

[46]Idem, p. 723.



15

DA FISCALIZAÇÃO CONTÁBIL, FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA

Sumário: 15.1 Introdução – 15.2 Controle externo e interno das contas públicas – 15.3 Tribunal de Contas – 15.3.1 Atribuições – 15.3.2 Comissão mista permanente e Tribunal de Contas – 15.3.3 Composição – 15.3.4 Ministério Público do Tribunal de Contas – 15.3.5 Tribunais de Contas estaduais, distrital e municipais – 15.4 Exercícios de fixação.

15.1 INTRODUÇÃO

Como já afirmado, o Poder Legislativo possui duas funções típicas: legislar e fiscalizar.

No tocante à função legiferante, o Poder Legislativo elabora normas como as que acabamos de estudar. Já no que diz respeito à função fiscalizatória, o Poder Legislativo pode se valer de comissões (como a comissão parlamentar de inquérito) e de órgãos auxiliares, como o Tribunal de Contas.

Nesse passo, o Tribunal de Contas exerce a importante função de auxiliar o Poder Legislativo no exercício do controle externo das atividades financeiras, contábeis, operacionais e patrimoniais da União, Estado, Distrito Federal e Municípios.

15.2 CONTROLE EXTERNO E INTERNO DAS CONTAS PÚBLICAS

O art. 70 da Constituição estipula que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida **pelo Congresso Nacional, mediante controle externo**, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Esse artigo é complementado pelo art. 71, *caput*: "O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União".

Por ser uma atividade auxiliar, o Tribunal tem o dever de encaminhar ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

Pelo que foi exposto, a **natureza jurídica** do Tribunal de Contas é de **órgão autônomo auxiliar do Poder Legislativo**.

Tem o dever de prestar contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária (art. 70, p.ú.).

Além do controle externo, o art. 70 utiliza o termo "controle interno". Isso porque os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário têm o dever de possuir um sistema de controle interno e mantê-lo, de forma integrada, com o fim de: I – avaliar o cumprimento das metas previstas no Plano Plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; III – exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; IV – apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

Os responsáveis por esse controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas, **sob pena de responsabilidade solidária**.

Ademais, a Constituição (art. 74, § 2.º) possibilita que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato denuncie irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas.

15.3 TRIBUNAL DE CONTAS

15.3.1 Atribuições

De pronto, o art. 73 fixa a sede do Tribunal de Contas da União no Distrito Federal, estabelecendo que terá quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96 da CR (dispositivo este dedicado à magistratura).

Em que pese o termo "jurisdição", constante no citado artigo, podemos afirmar que houve uma impropriedade técnica na medida em que esses órgãos **não exercem jurisdição**, sendo órgãos técnicos que emitem pareceres de **natureza** meramente **administrativa.**[1]

O art. 71 elenca algumas atribuições do Tribunal de Contas:

a) **apreciar** as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

Ao contrário dos demais administradores, o Tribunal de Contas não julga a conta do Chefe do Executivo; quem exerce essa função é o Poder Legislativo respectivo (Governador dos Estados – Assembleia Legislativa; Governador do Distrito Federal – Câmara Legislativa; Prefeito – Câmara dos Vereadores). No entanto, o Presidente da República, por atuar em um sistema bicameral, merece atenção mais detida.

É dever do Presidente da República prestar, anualmente, contas ao Congresso Nacional dentro de 60 dias após a abertura da sessão legislativa (que ocorre em 2 de fevereiro), referente ao exercício anterior (art. 84, XXIV). Caso não as preste, é função da Câmara dos Deputados realizar a tomada de contas (art. 51, II). Apresentada (ou tomada) as contas, estas serão apreciadas pelo Tribunal de Contas da União (art. 71, I), que emitirá parecer opinativo, cabendo ao Congresso Nacional julgar as referidas contas (art. 49, IX).

O exercício da ampla defesa permite que o Chefe do Executivo, exerça o direito de defesa em dois momentos: primeiro, perante o Tribunal de Contas, que aprecia as contas; segundo, perante o órgão legislativo julgador.[2]

b) **julgar** as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

c) apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

d) realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e demais entidades referidas no tópico *b*;

e) fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

f) 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;

g) 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;

h) aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerão, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

i) assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

A 1.ª Turma do STF entendeu que o TCU, embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos, possui competência, consoante o art. 71, IX, da CF, para **determinar** à autoridade administrativa que **promova a anulação** de contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou. Somente se o administrador não se curvar ao que foi prescrito pelo TCU, a iniciativa retornaria à própria Corte de Contas (art. 71, X, da CF).[3]

> j) **sustar**, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;
>
> k) representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

Não se pode ignorar a Súmula 347 do STF, que autoriza ao Tribunal de Contas, no exercício de sua atribuição, **exercer o controle de constitucionalidade** de leis ou atos do Poder Público. Importante notar que esse controle somente se dará de forma concreta, caso a caso, e com efeito *ex nunc* e *inter partes*.

O STF já decidiu que o Tribunal de Contas **não pode determinar a quebra de sigilo bancário**, por não fazer parte do Poder Legislativo, e sim ser órgão auxiliar.[4]

Porém, em razão da **teoria dos poderes implícitos**, pode o **Tribunal de Contas adotar medidas cautelares**, desde que para cumprir suas atribuições constitucionais. Explica-se: quando a Constituição concede competência expressa a determinado órgão, implicitamente lhe outorga todos os meios necessários à completa realização dos fins que lhe foram atribuídos.[5]

Se o objeto da investigação for contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de 90 (noventa) dias, não efetivar a sustação do contrato, o Tribunal decidirá a respeito.

As decisões do Tribunal de que resulte **imputação de débito ou multa** terão **eficácia de título executivo extrajudicial**.

Por fim, vale destacar a Súmula Vinculante 3: “Nos processos perante o Tribunal de Contas da União **asseguram-se o contraditório e a ampla defesa** quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo

que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão" (destacamos).

15.3.2 Comissão mista permanente e Tribunal de Contas

O art. 166, § 1.º, II, da Constituição prevê a criação de uma Comissão Mista (formada por Deputados Federais e Senadores), que exercerá, dentre outras atribuições, o acompanhamento e a fiscalização orçamentária.

Dessa forma, caso a Comissão Mista descubra indícios de despesas não autorizadas, ainda que sob a forma de investimentos não programados ou de subsídios não aprovados, poderá solicitar à autoridade governamental responsável que, no prazo de cinco dias, preste os esclarecimentos necessários (art. 72).

Caso não sejam prestados os esclarecimentos, ou forem considerados insuficientes, a Comissão solicitará ao Tribunal pronunciamento conclusivo sobre a matéria, no prazo de 30 (trinta) dias.

Se o Tribunal entender pela irregularidade da despesa, a Comissão proporá ao Congresso Nacional sua sustação, se julgar que o gasto possa causar dano irreparável ou grave lesão à economia pública.

15.3.3 Composição

A composição do Tribunal de Contas da União está disposta no art. 73 da CR, determinando que este seja integrado por nove Ministros, que serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos:

> I – mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade;
>
> 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.

O provimento não se dará por concurso público, sendo esta uma exceção ao art. 37, II, da CR. Os Ministros serão escolhidos:

a) um terço, isto é, três, 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;

b) dois terços, ou seja, seis, pelo Congresso Nacional.

Quando o auditor substituir Ministro, terá as mesmas garantias e impedimentos do titular e, quando no exercício das demais atribuições, as de juiz de Tribunal Regional Federal.

O art. 73, § 3.°, concede aos Ministros do Tribunal de Contas da União as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40 da CR.

Nesse sentido, os Ministros do Tribunal de Contas da União gozarão de vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios e, assim como os magistrados, não poderão exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; dedicar-se à atividade político-partidária; receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; e exercer a advocacia perante o Tribunal de Contas do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

No tocante aos Tribunais de Contas estaduais, o art. 75, parágrafo único, da CR limita sua composição a sete Conselheiros.

15.3.4 Ministério Público do Tribunal de Contas

No capítulo que a Constituição dedicou ao Ministério Público, o Tribunal de Contas não foi esquecido. No art. 130 criou-se um **Ministério Público especial** para atuar junto aos Tribunais de Contas. Em tempo, é bom lembrar que esta norma é de observância obrigatória pelos Estados-membros.[6]

Este órgão **não pertence ao Ministério Público comum**, possuindo vínculo administrativo com o Tribunal de Contas.

Por isso, **não** há possibilidade de, por meio de progressão na carreira, seus membros chegarem ao cargo de Procuradores de Justiça (consequência lógica da

progressão no Ministério Público Estadual).[7]

15.3.5 Tribunais de Contas estaduais, distrital e municipais

As normas estabelecidas aos Tribunais de Contas da União serão aplicadas, 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, onde houver (art. 75).

Atualmente, é proibida a criação de novos Tribunais, Órgãos ou Conselhos de Contas Municipais (art. 31, § 4.º), devendo ser mantidos somente os que já existiam na data da promulgação da Constituição de 1988, como o Tribunal de Contas do Município de São Paulo, instituído pela Lei 7.213/1968, e o Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, que existe desde 1980.

Onde não existir Tribunal, Conselho ou Órgão de Contas Municipal, o controle cabe ao Tribunal de Contas Estadual (art. 31, § 1.º).

Assim como o Tribunal de Contas da União, os Tribunais de Contas Estaduais e Municipais – onde houver – têm a função de auxiliar as assembleias legislativas e as câmaras municipais no controle externo das atividades de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos Estados e Municípios e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

Segundo o art. 31, § 2.º, o parecer do Tribunal de Contas sobre a prestação de contas anual dos Prefeitos só deixará de prevalecer por decisão de **dois terços** dos membros da Câmara Municipal.

No que diz respeito à composição dos Tribunais de Contas estaduais, duas observações merecem relevo.

A Súmula 653 do STF estabelece: “No Tribunal de Contas estadual, composto por sete conselheiros, quatro devem ser escolhidos pela assembleia legislativa e três pelo Chefe do poder executivo estadual, cabendo a este indicar um dentre Auditores e outro dentre membros do Ministério Público, e um terceiro a sua livre escolha”.

Os sete conselheiros previstos na súmula estão em consonância com o art. 75, parágrafo único, da CR, que prevê exatamente este número de conselheiros. Todavia, nos **dez primeiros anos** de criação do Estado, o Tribunal de Contas será composto com menos pessoas, tendo somente **três membros**, nomeados,

pelo Governador eleito, dentre brasileiros de comprovada idoneidade e notório saber (art. 235, III, da CR).

15.4 EXERCÍCIOS DE FIXAÇÃO

1. **(AGU – CESPE/2012) No que se refere aos orçamentos e ao controle de sua execução, julgue os itens seguintes.**

1.1. **O controle interno da execução orçamentária é exercido pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, com o auxílio do tribunal de contas.**

1.2. **Os cidadãos são partes legítimas para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.**

2. **(Procurador da República/MPF – 2012) No tocante aos tribunais de contas estaduais é certo asseverar que:**

A) Atuam somente mediante provocação;

B) São órgãos auxiliares de controle externo em simetria com o Tribunal de Contas da União;

C) Preceito de lei estadual pode subtrair do Tribunal de Contas a competência do julgamento das contas da Mesa da Assembleia Legislativa para submetê-las ao regime do art. 71 c/c o art. 49, IX, da Carta da República;

D) O que lhes assegura a ordem jurídica, no exercício de suas atribuições, è a inaplicabilidade da lei que afronta a Constituição Federal.

3. **(Procurador do TC/DF – CESPE/2013) Considerando a disciplina constitucional relativa aos TCs, julgue o item subsecutivo.**

As decisões dos TCs não são imunes à revisão judicial, mas, quando imputarem débito ou multa, constituirão título executivo extrajudicial.

4. **(Analista Judiciário/TRT8 – CESPE/2013) Em relação às normas constitucionais que disciplinam a fiscalização contábil,**

financeira e orçamentária exercida pelo Poder Legislativo, assinale a opção correta com base na jurisprudência do STF.

A) Compete ao Tribunal de Contas da União julgar as contas do Presidente da República, bem como a dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal.

B) Mesmo que haja decisão judicial transitada em julgado condenando a União ao pagamento de pensão, poderá o Tribunal de Constas da União, se detectar ilegalidade no ato inicial de concessão do benefício, determinar a anulação do aludido pagamento.

C) As empresas públicas e sociedades de economia mista não estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas da União, já que os servidores dessas empresas sujeitam-se ao regime celetista.

D) Nos processos perante o Tribunal de Contas da União, regra geral, devem ser assegurados o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar a anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado.

E) O Tribunal de Contas da União, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade em tese das leis e dos atos do poder público.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

[1]"A atividade do Tribunal de Contas é exercida no campo administrativo" (MS 31.344/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.04.2013).

[2]"Essa fiscalização institucional não pode ser exercida, de modo abusivo e arbitrário, pela Câmara de Verea-dores, eis que – devendo efetivar-se no contexto de procedimento revestido de caráter político-administrativo – está subordinada à necessária observância, pelo Poder Legislativo local, dos postulados constitucionais que asseguram, ao Prefeito Municipal, a prerrogativa da plenitude de defesa e do contraditório. (...) Não é correto o entendimento de que, no caso de apreciação de contas de Prefeito, o exercício do direito de defesa se dá apenas perante o Tribunal de Contas durante a fase de elaboração do parecer prévio, e isto porque esta instituição não julga, atuando apenas como órgão auxiliar do Poder Legislativo Municipal a quem cabe tal competência" (RE 68.2011/SP, rel. Min. Celso de Mello, *DJe* 13.06.2012).

[3]"A participação do TCU no processo de anulação, resolução ou resilição de contratos, conforme houvesse ou não o elemento ilícito ou culposo na causa determinante da extinção anormal do ajuste, limitar-se-ia a determinar à autoridade a fixação de prazo à entidade, com a finalidade de que adotasse providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade" (MS 26.000/SC, rel. Min. Dias Toffoli, 16.10.2012).

[4]"1. A Lei Complementar n. 105, de 10.01.2001, não conferiu ao Tribunal de Contas da União poderes para determinar a quebra do sigilo bancário de dados constantes do Banco Central do Brasil. O legislador conferiu esses poderes ao Poder Judiciário (art. 3.º), ao Poder Legislativo Federal (art. 4.º), bem como às Comissões Parlamentares de Inquérito, após prévia aprovação do pedido pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito (§§ 1.º e 2.º do art. 4.º). 2. Embora as atividades do TCU, por sua natureza, verificação de contas e até mesmo o julgamento das contas das pessoas enumeradas no art. 71, II, da Constituição

Federal, justifiquem a eventual quebra de sigilo, não houve essa determinação na lei específica que tratou do tema, não cabendo a interpretação extensiva, mormente porque há princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, art. 5.º, X, da Constituição Federal, no qual está inserida a garantia ao sigilo bancário. 3. Ordem concedida para afastar as determinações do Ac n. 72/1996 – TCU – 2.ª Câmara (fl. 31), bem como as penalidades impostas ao impetrante no Acórdão n. 54/1997 – TCU – Plenário" (MS 22.801, rel. Min. Menezes Direito, *DJ* 14.03.2008).

[5]STF, MS 26.547-MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 29.05.2007.

[6]ADI 3.192/ES, rel. Min. Eros Grau, *DJ* 18.08.2006.

[7]ADI 3.315, rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJ* 11.04.2008.

16

PODER EXECUTIVO

Sumário: 16.1 Introdução – 16.2 Forma de governo: 16.2.1 Monarquia; 16.2.2 República – 16.3 Sistema de governo: 16.3.1 Presidencialismo; 16.3.2 Parlamentarismo; 16.3.3 Diretorial ou convencional – 16.4 Tipos de Poder Executivo – 16.5 Governo e Administração Pública – 16.6 Poder Executivo brasileiro – 16.7 Ministros de Estado – 16.8 Presidente da República: 16.8.1 Mandato presidencial; 16.8.2 Eleições presidenciais; 16.8.3 Atribuições; 16.8.4 Subsídios; 16.8.5 Sucessores; 16.8.6 Vacância dos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República; 16.8.7 Perda do cargo; 16.8.8 Prerrogativas processuais penais do Presidente da República; 16.8.9 Processos contra o Presidente da República (crime comum e de responsabilidade) – 16.9 Processos contra o Governador de Estado e Prefeito – 16.10 Vice-Presidente da República – 16.11 Conselhos: 16.11.1 Conselho da República; 16.11.2 Conselho de Defesa Nacional; 16.11.3 Conselho de Comunicação Social – 16.12 Exercícios de fixação.

16.1 INTRODUÇÃO

O Poder Executivo é órgão essencial da estrutura do Estado, pois nele se concentra a função típica de administrar, além das funções atipicamente concedidas de legislar, fiscalizar e julgar.

Antes de adentrar no Poder Executivo brasileiro, é necessário discorrer sobre alguns pontos essenciais ao completo entendimento desta função política.

16.2 FORMA DE GOVERNO[1]

16.2.1 Monarquia

Palavra de origem grega, *monarchía*, governo de um só, caracteriza-se pela vitaliciedade, hereditariedade e irresponsabilidade do Chefe de Estado, não acarretando responsabilidade política, como acontece na Inglaterra e acontecia no Brasil Império.

16.2.2 República

Palavra de origem latina, *res pública* – coisa pública –, caracteriza-se pela eletividade, temporariedade e responsabilidade do Chefe de Estado. Nesta forma de governo são realizadas eleições periódicas para escolha do representante, que responde pelos seus atos.

16.3 SISTEMA DE GOVERNO

O sistema de governo é avaliado de acordo com o grau de relacionamento entre os Poderes Executivo e Legislativo; desta sorte, existem três principais sistemas.

16.3.1 Presidencialismo

Neste sistema de criação norte-americana, os Poderes Executivo e Legislativo são **independentes**, apresentando algumas características básicas:

a) a chefia de Estado e chefia de governo atribuídas a uma mesma pessoa;
b) o Presidente da República é eleito pelo povo, de forma direta ou indireta;
c) apesar da separação, há participação do executivo no processo legislativo como o exercício do veto (art. 66, § 1.º) e a edição de medida provisória (art. 62). Isso só é possível graças ao sistema de freios e contrapesos.

16.3.2 Parlamentarismo

Instituído por influência inglesa, o Executivo e o Legislativo são **interdependentes**, havendo dependência mútua, com as seguintes características essenciais:

a) chefia de Estado e chefia de Governo atribuídas a pessoas distintas. A primeira função de representação externa e interna é atribuída ao Rei, Imperador ou Presidente da República; já a chefia de governo é a condução política do Estado e é atribuída ao Primeiro-Ministro, que é um membro do Legislativo indicado pelo Chefe de Estado. Este tomará posse se for aprovado pela maioria do parlamento;

b) o Chefe do Governo não possui tempo de mandato, somente perdendo o cargo pela morte, renúncia, incapacidade civil, se perder o apoio de maioria do parlamento ou por voto de desconfiança;

c) interdependência dos Poderes Legislativo e Executivo, pois, como afirmado, compete ao próprio parlamento a aprovação da escolha do Primeiro-Ministro.

16.3.3 Diretorial ou convencional

Há absoluta subordinação do Poder Executivo ao Legislativo, como acontecia na extinta União Soviética.

16.4 TIPOS DE PODER EXECUTIVO

O Poder Executivo pode ser governado por uma, duas ou mais pessoas, a depender da política adotada por cada país. Por isso, convencionou-se estabelecer uma tipologia relativa ao Poder Executivo, podendo ser:

a) **Executivo Monocrático** – Em que somente uma pessoa exerce o poder, como um Rei, Imperador ou Presidente;

b) **Executivo Dual** – Neste caso, o executivo é exercido por um Chefe de Estado e um comitê, como normalmente ocorre nos sistemas parlamentaristas;

c) **Executivo Colegial** – Este tipo é exercido por dois homens com iguais poderes, tal qual acontecia em Roma com os Cônsules;

d) **Executivo Diretorial** – Hipótese na qual o Executivo é exercido por um grupo de pessoas, formando um comitê. Este sistema era típico da antiga URSS, foi exercido pelo Brasil em 1969[2] e hoje é utilizado na Suíça.

16.5 GOVERNO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA[3]

É comum pessoas confundirem Governo com Administração Pública. Doutrinadores os diferenciam, informando que Governo é estrutural e orgânico, coberto de função política, sendo que seus órgãos exercem funções administrativas, legislativas e jurisdicionais. A Administração Pública, por sua vez, é contingente e instrumental, detentora de atribuição administrativa, sendo seus órgãos revestidos de poder hierárquico, disciplinar, regulamentar, de polícia, discricionário e vinculado.

O Governo é estudado pelo direito constitucional, a Administração Pública é analisada pelo direito administrativo.

16.6 PODER EXECUTIVO BRASILEIRO

No Brasil, o Poder Executivo é monocrático e cumpre a forma republicana e sistema presidencialista, em que o Presidente da República exerce a função de conduzir política e administrativamente o País, auxiliado pelos Ministros de Estado (art. 76).

16.7 MINISTROS DE ESTADO

Quanto aos Ministros, estes são auxiliares do Presidente da República na tarefa de administração federal, sendo por ele nomeados e demissíveis *ad nutum*, isto é, sem maiores justificativas.

Eles devem possuir **idade mínima de 21 anos** e podem ser brasileiros natos ou naturalizados, salvo o Ministro da Defesa, de quem se exige nacionalidade nata (art. 12, § 3.º, VII).

São funções dos Ministros de Estado, além de outras previstas na Constituição e em Lei (art. 87, parágrafo único):

a) 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.

   Nas hipóteses de coparticipação nos atos presidenciais, os Ministros tornam-se solidariamente responsáveis pelas medidas adotadas.

   Ademais, por este dispositivo está claro que cabe ao Ministro de Estado e seu Ministério orientar, coordenar e supervisionar autarquias

que tenham atribuições ligadas a sua pasta, como o Ministério da Previdência deve supervisionar os atos do Instituto Nacional de Seguro Social (INSS); o Ministério das Minas e Energia deve orientar ações realizadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica e assim por diante;

b) expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos.

   Este tópico autoriza os Ministérios a expedirem instruções normativas para melhor regulamentação e execução de seus serviços;

c) apresentar ao Presidente da República relatório anual de sua gestão no Ministério;

d) praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República.

O art. 84, parágrafo único, da CR, permite que o Presidente da República delegue aos Ministros de Estado competência para: I – dispor, mediante decreto, sobre: a) 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 vagos; II – conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei; e III – prover os cargos públicos federais, na forma da lei. Por óbvio, tudo dentro dos limites da delegação.

16.8 PRESIDENTE DA REPÚBLICA

16.8.1 Mandato presidencial

As condições de elegibilidade impostas ao Presidente da República, por óbvio serão exigidas do candidato à Vice-Presidência, eis que terá, sempre que necessário, o dever de substituir o Chefe de Estado. São elas:

a) ser brasileiro nato (art. 12, § 3.º, I);

b) possuir mais de 35 anos de idade;

c) ter capacidade civil (não estar incurso nas hipóteses de incapacidades previstas pelo Código Civil);

d) estar em pleno exercício dos direitos políticos. Isso significa: a) estar

registrado na Justiça Eleitoral; b) não incorrer em nenhuma causa de inelegibilidade analisada neste livro, como ser analfabeto, inalistável, parente ou afim até segundo grau do atual Presidente da República e assim por diante; c) não ter incorrido em nenhuma causa de perda ou suspensão dos direitos políticos, previstas no art. 15 da Constituição;

e) possuir filiação partidária.

Por fim, cumpre lembrar que o mandato do Presidente da República é de quatro anos, admitida uma reeleição. Até a edição da Emenda Constitucional de Revisão 5/1994, o mandato era de cinco anos, sem possibilidade de reeleição.

16.8.2 Eleições presidenciais

As eleições de Presidente e Vice-Presidente da República são realizadas pelo **sistema majoritário por maioria absoluta** e ocorrerá, simultaneamente, no 1.º domingo de outubro do ano anterior ao término do mandato presidencial vigente. Caso haja necessidade de segundo turno, será realizado no último domingo de outubro (art. 77).

Merece atenção o fato de que o art. 77, § 3.º, estabelece o prazo de "vinte dias após a proclamação do resultado" para realização do segundo turno, o que pode não coincidir exatamente com o último domingo de outubro, como exige o *caput* do mesmo artigo. Esta confusão ocorre porque EC 16/1997 alterou o *caput* sem nada dispor sobre o § 3.º do mesmo art. 77. Dessa forma, é possível afirmar que o § 3.º do art. 77 foi derrogado tacitamente pela EC 16/1997, entendendo como não escrita a frase "em até vinte dias após a proclamação do resultado".

O art. 77, § 2.º, confirma o sistema eleitoral majoritário por maioria absoluta, aduzindo que o Presidente da República só se considerará eleito quando alcançar a maioria absoluta dos votos. Não ocorrendo esta hipótese, deverá ser convocada nova votação, na qual os dois candidatos mais votados naquele primeiro momento concorrerão, sendo eleito o candidato que obtiver a maioria dos votos válidos, excluindo os votos brancos e nulos.

É confusão comum o real entendimento do que acontece com os votos brancos e nulos. Atualmente, o destino é o mesmo: o descarte. Antigamente, os votos nulos eram descartados e os votos brancos eram destinados ao candidato mais votado. A Constituição de 1988 não repetiu esse entendimento e, como afirmado, ambos os votos são totalmente desconsiderados para cálculo da

maioria absoluta necessária à eleição presidencial.

Se dentro do período entre a primeira votação e o segundo turno um dos candidatos desistir ou tornar-se impedido, ou ainda falecer, convoca-se o candidato que recebeu maior votação entre os remanescentes, ou seja, o terceiro mais votado.

Se todos os candidatos desistirem do processo eleitoral, só restando um, a eleição deve ser anulada, porque não foi atingido o *quorum* de maioria absoluta exigido pela Constituição.

Se, ao final, houver empate, será eleito o mais idoso.

A eleição do Presidente implica a eleição de seu Vice (art. 77, § 1.º), que sequer é votado e não precisa ser do mesmo partido que o Presidente, mas deve integrar a mesma chapa.

Nem sempre foi assim. A Constituição de 1946 autorizava eleição individual de Presidente e Vice-Presidente da República.[4]

A **posse presidencial** ocorrerá no dia primeiro de janeiro, em sessão do Congresso Nacional, prestando o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, integridade e a independência do Brasil.

Se, decorridos dez dias da data fixada, o Presidente ou Vice-Presidente não tiverem assumido o cargo, estes serão declarados vagos, salvo, por óbvio, motivo de força maior (art. 78, parágrafo único), hipótese na qual poderá haver a espera dos eleitos.

16.8.3 Atribuições

O art. 84 da Constituição deixa claro que o sistema de governo adotado no Brasil é presidencialista, pois elenca atribuições típicas de Chefes de Estado e, ao mesmo tempo, de Chefe de Governo.

Não há consenso na doutrina sobre quais seriam exatamente as atribuições inerentes ao Chefe de Estado e quais peculiares à Chefia de Governo, sendo seguro afirmar que são típicas de Chefe de Estado, por exemplo, as funções previstas no art. 84, VII, VIII, XIX, XX, XXI, XXII, e atribuições características de Chefe de Governo as estabelecidas no art. 84, I, III, IV, V, IX, X, XI e XIII. Ademais, há incisos no art. 84 que misturam funções, como XIV, XVI, XXIV e XVIII.

De modo geral, o art. 84 elenca rol exemplificativo de competência privativa do Presidente da República:

a) nomear e exonerar os Ministros de Estado;
b) exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;
c) iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;
d) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;
e) vetar projetos de lei, total ou parcialmente;
f) dispor, mediante decreto, sobre: I – organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; II – extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;
g) manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;
h) celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;
i) decretar o estado de defesa e o estado de sítio;
j) decretar e executar a intervenção federal;
k) 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;
l) conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;
m) 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;
n) 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;

o) nomear, observado o disposto no art. 73, os Ministros do Tribunal de Contas da União;

p) nomear os magistrados, nos casos previstos na Constituição, e o Advogado-Geral da União;

q) nomear membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII;

r) convocar e presidir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional;

s) 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;

t) celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional;

u) conferir condecorações e distinções honoríficas;

v) permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente;

w) enviar ao Congresso Nacional o Plano Plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos na Constituição;

x) prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior;

y) prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei;

z) editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62.

Por fim, o parágrafo único do art. 84 possibilita que o Presidente da República **delegue as atribuições** mencionadas no referido artigo, incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos **Ministros de Estado, ao ProcuradorGeral da República ou ao Advogado-Geral da União**, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.

Dessa forma, são delegáveis:

a) dispor, mediante decreto, sobre: I – organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; II – extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;
b) conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei; e
c) prover os cargos públicos federais, na forma da lei. Por óbvio, tudo dentro dos limites da delegação.

16.8.4 Subsídios

A remuneração do Presidente da República será fixada pelo Congresso Nacional, que possui competência exclusiva para tanto (art. 49, VIII), e será paga na forma de subsídios em parcela única (art. 39, § 4.º).

16.8.5 Sucessores

São substitutos do Presidente da República, no caso de sua ausência, impedimento ou vacância, pela ordem (arts. 79 e 80 da CF):

a) Vice-Presidente;
b) Presidente da Câmara dos Deputados;
c) Presidente do Senado Federal;
d) Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Já existe o requisito constitucional da idade mínima de 35 anos para os cargos de Vice-Presidente, Senador e Ministro do Supremo Tribunal Federal. E não é por outro motivo que existe o requisito da idade mínima de 35 anos para eleição da presidência e vice da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

Nos Estados-membros, a ordem é semelhante. No caso de ausência, impedimento ou vacância do Governador do Estado serão chamados sucessivamente para ocupar o cargo: Vice-Governador, Presidente da Assembleia Legislativa e Presidente do Tribunal de Justiça.

16.8.6 Vacância dos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República

Na realidade, o Vice-Presidente pode assumir o cargo de Presidente definitivamente, como ocorreu com José Sarney por ocasião da morte de Tancredo Neves, e com Itamar Franco, após a renúncia do então Presidente Fernando Collor de Mello.

Entretanto, na hipótese de vacância dos cargos de Presidente e de seu sucessor natural, o Vice-Presidente da República, os sucessores elencados no art. 80 ocuparão a chefia da federação por tempo determinado, devendo ser realizada eleição após a abertura da última vaga.

Se essas vagas ocorrerem nos **dois primeiros anos** de mandato, será realizada uma nova eleição **90 (noventa) dias** da abertura da última vaga, pelo voto direto (art. 81, *caput*). Neste caso, seguirá as regras do processo eleitoral de uma eleição presidencial comum.

Se esses cargos ficarem vagos nos **dois últimos anos** de mandato, a eleição será feita **30 (trinta) dias** da vacância da última vaga pelo **Congresso Nacional**. Apesar de o art. 60, § 4.º, II, elencar o **voto direto** como cláusula pétrea, esta é a única hipótese de voto indireto prevista na Constituição Federal, vindo a excepcionar o art. 14, *caput*, da Carta Magna.

O Presidente e o Vice-Presidente da República eleitos nessas circunstâncias ficarão no cargo tempo suficiente para complementar o mandato do antecessor.[5] Por isso, essa incumbência é denominada **mandato tampão**.

16.8.7 Perda do cargo

O Presidente da República perderá o cargo em caso de:

a) **Morte**, como aconteceu com Getúlio Vargas;
b) **Renúncia**, como ocorreu com Jânio Quadros e Fernando Collor de Melo;
c) **Incapacidade civil**, como o caso ocorrido com o então Presidente Costa e Silva, acometido de derrame;
d) **Declaração de vacância** do cargo, caso não tomem posse do cargo presidencial no prazo de 10 (dez) dias (art. 78, parágrafo único). Em que pese a maioria da doutrina elencar esta hipótese como um dos casos de perda do cargo do Presidente da República, não concordamos, porque não se pode perder o que não se tem. Em outros termos, a pessoa eleita para a chefia do Executivo ainda não assumiu; logo, não

é Presidente da República. Por isso, não pode ser considerado perda do cargo, e sim perda da expectativa de direito;

e) **Ausência do País** por período superior a 15 dias sem autorização, concedida mediante licença do Congresso Nacional (arts. 49, III, e 83).

f) **Cassação**, por meio de condenação proferida pelo STF, pela prática de **crime comum** (art. 102, I, *b*), após ter sido admitida a acusação, por 2/3 (dois terços) dos votos, pela Câmara dos Deputados ou por condenação proferida pelo Senado Federal, por 2/3 (dois terços) de votos, em processo de *impeachment*, pela prática de **crime de responsabilidade**, da mesma forma, após aprovação pela Câmara dos Deputados por 2/3 dos votos (arts. 51, I, 52, I, parágrafo único, e 85).

16.8.8 Prerrogativas processuais penais do Presidente da República

Guilherme Peña de Moraes[6] identifica três prerrogativas processuais penais concedidas ao Presidente da República:

a) **Foro especial por prerrogativa de função –** Todas as modalidades de ilícitos penais[7] praticadas pelo Presidente da República serão processadas e julgadas perante o Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *b*).

Quando se diz "todas" as modalidades de ilícito, nelas estão incluídos os crimes eleitorais, dolosos contra vida e até as contravenções penais.[8]

b) **Imunidade temporária quanto à prisão –** O Presidente da República não estará sujeito à prisão enquanto não sobrevier sentença condenatória definitiva nas infrações penais comuns (art. 86, § 3.º).

Apesar de o art. 86, § 3.º, da Constituição não exigir "sentença definitiva" para ocorrer a prisão do Chefe do Executivo Federal, o STF condiciona a prisão à impossibilidade de recursos, *in litteris*: "A prerrogativa extraordinária da imunidade à prisão em flagrante delito, prisão preventiva e prisão temporária impede a privação da liberdade de locomoção do Chefe do Poder Executivo antes de sua condenação penal definitiva (art. 86, § 3.º)".[9]

Nesses termos, é vedada qualquer forma de prisão antes da decisão condenatória definitiva, seja flagrante, temporária ou preventiva.

c) **Imunidade temporária à persecução criminal** – O Presidente da

República não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de sua função (art. 86, § 4.º) e, por consequência lógica, não está sujeito à persecução criminal pelas infrações penais anteriores à expedição do diploma.[10]

O STF já entendeu que esta imunidade não se estende aos coautores ou partícipes do fato.[11]

A suspensão dos processos atinge também a prescrição, que igualmente ficará suspensa.[12]

16.8.9 Processos contra o Presidente da República (crime comum e de responsabilidade)

16.8.9.1 Introdução

Inicialmente, é bom tecer breves considerações sobre os crimes que, se, porventura, praticados pelo Presidente da República, possam ser objeto de análise imediata.

Como afirmado, caso o Chefe do Executivo pratique crime que não tenha conexão com o exercício de sua função, não haverá processo, mas, em contrapartida, a prescrição também será suspensa.[13]

Assim, por crimes cometidos em razão de suas funções, o Presidente da República pode ser processado criminalmente, devendo somente diferenciar se o crime é comum ou de responsabilidade.

Crime comum é identificado por exclusão, isto é, é crime comum tudo que não for de responsabilidade. Dessa forma, importante entender o que é crime de responsabilidade.

Segundo o art. 85, são **crimes de responsabilidade** os atos que atentem contra a Constituição da República, em especial contra o rol exemplificativo apresentado: a) a existência da União; b) o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; c) o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; d) a segurança interna do País; e) a probidade na administração;[14] f) a lei orçamentária; g) o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Segundo o art. 51, I, a Câmara dos Deputados realizará o **juízo de admissibilidade** (juízo de prelibação) em relação a processos contra o Chefe do Executivo.

16.8.9.2 Impeachment

O crime de responsabilidade[15] praticado pelo Presidente da República pode levá-lo ao *impeachment.*

O processo histórico é ensinado por Walber de Moura Agra:[16] "O *Impeachment*, embora de matriz inglesa, foi mais bem elaborado doutrinariamente na América do Norte, apesar de nunca ter havido um caso nos Estados Unidos (os procedimentos iniciados contra Andrew Johnson, Nixon e Bill Clinton não foram concluídos). Ele apareceu pela primeira vez na Inglaterra, no ano de 1376, com Eduardo III, como uma instituição na qual a Câmara dos Comuns realizava as acusações e a Câmara dos Lordes julgava os Reis e seus Ministros".

Quanto à **natureza jurídica** desta sanção, paira controvérsia doutrinária.

Por um lado, Pinto Ferreira,[17] Paulo Brossard,[18] dentre outros, sustentam a **natureza política** do *impeachment*, pois se origina de causas políticas e é instaurado sobre considerações de ordem política. Por outro, Ives Gandra da Silva Martins e Celso Ribeiro Bastos[19] enxergam no *impeachment* **natureza de processo misto**, pois a condenação busca a cessação de uma situação afrontosa à Constituição e às leis, enquanto a intenção da condenação penal é, antes de tudo, a aplicação de uma medida punitiva. Mas, em que pese a diferença inicial, o crime de responsabilidade tem como característica ser apenas cabível nas hipóteses legais.

Apesar da controvérsia, o STF[20] concorda com Pontes de Miranda,[21] ao conceder ao *impeachment* **natureza penal**, posto haver julgamento jurídico, e não político.

O entendimento do STF sobre a natureza jurídica do *impeachment* gera consequências como:

a) Não podem os Estados-membros criar em suas Constituições novos crimes de responsabilidade não previstos em âmbito federal, pois a competência para legislar sobre crime de responsabilidade é exclusiva da União com base no art. 22, I, da CR,[22] assim como o estabelecimento das normas de processo e julgamento (Súmula 722 do STF).
b) Há possibilidade de controle judicial dos atos produzidos durante o processo por crime de responsabilidade do Presidente da República,[23]

> salvo no tocante ao mérito das decisões proferidas pelas Casas legislativas.[24]

16.8.9.3 Procedimento

O procedimento para os crimes de responsabilidade está na Lei 1.079/1950, no Regimento Interno da Câmara dos Deputados e no Regimento Interno do Senado Federal.

Já os crimes comuns seguem as regras estabelecidas no Código de Processo Penal (CPP) e no Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Importante ressaltar que, em respeito ao princípio do devido processo legal, os crimes de responsabilidade não seguem o rito do Código de Processo Penal, e sim de lei própria.[25]

O art. 218 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados possibilita que qualquer cidadão denuncie à Câmara dos Deputados o Presidente da República, o Vice-Presidente da República ou Ministro de Estado por crime de responsabilidade, para que esta Casa exerça o **juízo de prelibação**.

A denúncia, assinada pelo denunciante e com firma reconhecida, deverá ser acompanhada de documentos que a comprovem ou da declaração de impossibilidade de apresentá-los, com indicação do local onde possam ser encontrados, bem como, se for o caso, do rol das testemunhas, em número de cinco, no mínimo.

Recebida a denúncia pelo Presidente da Câmara dos Deputados, verificada a existência dos requisitos, será lida no expediente da sessão seguinte e despachada à **Comissão Especial** eleita, da qual participem, observada a respectiva proporção, representantes de todos os partidos políticos.

Caso seja rejeitada pelo Presidente da Câmara dos Deputados, caberá recurso ao Plenário.

Do recebimento da denúncia será notificado o denunciado para manifestar-se, querendo, no prazo de dez sessões.

A Comissão Especial se reunirá dentro de 48 horas e, depois de eleger seu presidente e relator, emitirá parecer em cinco sessões contadas do oferecimento da manifestação do acusado ou do término do prazo para manifestação, concluindo pelo deferimento ou indeferimento do pedido de autorização.

O parecer da Comissão Especial será lido no expediente da Câmara dos

Deputados e publicado na íntegra, juntamente com a denúncia, no *Diário da Câmara dos Deputados* e avulsos.

Decorridas 48 horas da publicação do parecer da Comissão Especial, ele será incluído na Ordem do Dia da sessão seguinte. Encerrada a discussão do parecer, será submetido à votação nominal, pelo processo de chamada dos Deputados.

Será admitida a instauração do processo contra o denunciado se obtido ***quorum* qualificado de dois terços dos votos dos membros da Casa**, comunicada a decisão ao Presidente do Senado Federal dentro de duas sessões.

A Casa representante do povo analisará se o ato questionado possui ligação com a função e se importa em crime comum ou de responsabilidade.

Desta sorte, admitida a acusação contra o Presidente da República, será ele submetido a julgamento perante o **Supremo Tribunal Federal**, nas **infrações penais comuns** (art. 102, I, *b*), ou perante o **Senado Federal, nos crimes de responsabilidade** (art. 52, I, parágrafo único).

Recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal nas infrações penais comuns, ou instauração do processo pelo Senado Federal nos crimes de responsabilidade, o **Presidente ficará suspenso de suas funções pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias**. A intenção é que o afastamento do Presidente da República possibilite um julgamento imparcial e independente, sem pressões externas.

No entanto, se, decorrido o prazo de 180 dias, o julgamento não estiver concluído, cessará o afastamento do Presidente, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo.

Caso a acusação por crime de responsabilidade seja admitida, será esta encaminhada ao Senado Federal para exercer o **juízo de delibação**. Para tanto, o art. 380 do Regimento Interno do Senado Federal dispõe que será criada uma comissão composta de 1/4 (um quarto) dos Senadores, proporcional aos partidos políticos, para formar o libelo crime acusatório, que será anexado ao processo e entregue ao Presidente do Senado Federal, para remessa, em original, ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, com a comunicação do dia designado para o julgamento.

O Primeiro-Secretário do Senado Federal enviará ao acusado cópia autenticada de todas as peças do processo, inclusive do libelo, intimando-o do dia e hora em que deverá comparecer ao Senado para o julgamento. Estando o acusado ausente do Distrito Federal, a sua intimação será solicitada pelo

Presidente do Senado ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado em que ele se encontre.

No dia designado, comparecerá no Senado Federal o Presidente do Supremo Tribunal Federal, que presidirá o ato e realizará audiência, com colheita de depoimentos orais e julgamento. A votação será realizada por votação ostensiva nominal e será condenado o Presidente da República se houver *quorum* de **2/3 (dois terços) do Senado Federal**.

Neste caso, o Presidente será **condenado com perda de cargo e inabilitação por oito anos para o exercício de função pública** (art. 52, parágrafo único, da CR).

O mérito proferido pelo Senado Federal não poderá ser revisto pelo Poder Judiciário, no entanto, nada impede que este analise ilegalidades ou irregularidades ocorridas durante o trâmite do processo.[26]

16.9 PROCESSOS CONTRA O GOVERNADOR DE ESTADO E PREFEITO

Os Governadores e Prefeitos também se submetem a processos diferenciados, seja em crime comum, seja em crime de responsabilidade.

O art. 105, I, *a*, da Constituição estabelece que o Superior Tribunal de Justiça é o juízo competente para processar e julgar os Governadores dos Estados e do Distrito Federal por crime comum.

No tocante ao crime de responsabilidade, o art. 78, § 3.º, da Lei 1.079/1950 (Lei de Crime de Responsabilidade) autoriza que as Constituições estaduais estabeleçam normas próprias para processo nos crimes de responsabilidade dos Governadores. Caso não o façam, aplica-se o disposto na referida lei, devendo o julgamento ser proferido por um tribunal composto de cinco membros do Legislativo e de cinco desembargadores, sob a presidência do Presidente do Tribunal de Justiça local, que terá direito de voto no caso de empate.

A escolha desse Tribunal será feita da seguinte forma: I) dos membros do Legislativo, mediante eleição pela Assembleia; II) dos desembargadores, mediante sorteio.

Importante ter em mente que a Súmula 722 do STF concede competência legislativa privativa à União para definir os crimes de responsabilidade e estabelecer as respectivas normas de processo e julgamento, uma vez que

matéria penal é competência privativa daquele ente (art. 22, I, c/c o art. 85, parágrafo único, da CR).

Sob este mesmo raciocínio, os Estados e o Distrito Federal **não** podem reproduzir a regra do art. 86, § 3.º, da CR, qual seja, impedir a prisão dos Governadores enquanto não sobrevier sentença condenatória por crime comum, nem a contida no art. 86, § 4.º, que impede a responsabilização do Presidente da República, na vigência do mandato, por atos estranhos ao exercício da função.

Já os Prefeitos são julgados nos tribunais de segunda instância (art. 29, X, da CR), a depender do órgão competente para julgar a infração de natureza comum, podendo ser TJ, TRF, TRT ou TRE (Súmula 702 do STF).[27] Nos crimes de responsabilidade, eles serão julgados na Câmara Municipal (art. 4.º do Dec.-Lei 201/1967).

O art. 1.º do Dec.-Lei 201/1967 dispõe que os crimes de responsabilidade cometidos por Prefeito, ao contrário do que acontece com o Chefe do Executivo Federal, independem do pronunciamento do legislativo local (Câmara dos Vereadores), não sendo necessário que este órgão exerça o juízo de admissibilidade.

16.10 VICE-PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Como asseverado, o Vice-Presidente tem que cumprir os mesmos requisitos para elegibilidade, apesar de ser eleito com o Presidente da República.

Suas funções típicas são:

a) substituir o Presidente da República em caso de impedimento temporário como doença, licença ou viagens (art. 79);
b) suceder o Presidente da República caso estiver vaga a Presidência, como no caso de morte ou renúncia (art. 79);
c) integrar os Conselhos da República e da Defesa Nacional, órgãos superiores de consulta (arts. 89, I, e 91, I);
d) eventual atribuição estabelecida em lei complementar (art. 79, parágrafo único).

As funções atípicas, por sua vez, são:

a) missões especiais que lhe forem confiadas pelo Presidente da República, como a representação em eventos externos dos quais este não queira ou não possa participar (art. 79, parágrafo único);
b) outras funções que lhe forem atribuídas por lei complementar (art. 79, parágrafo único).

16.11 CONSELHOS

São organismos públicos destinados ao assessoramento de alto nível e de orientação e até de deliberação em determinado campo de atuação governamental. Funcionam vários conselhos junto à Administração Pública Federal.

Assim, integram a Presidência da República o Conselho de Governo, de Desenvolvimento Econômico e Social, de Segurança Alimentar e Nutricional, de Política Energética, de Política de Transporte. E junto aos Ministérios funcionam o Conselho Nacional de Educação, Nacional de Política e Cultura, Conselho Monetário Nacional e outros. Estes foram (e tantos outros poderão ser) criados por lei. Contudo, existem três que são instituições constitucionais.

16.11.1 Conselho da República

O Conselho da República é órgão superior de consulta do Presidente da República com competência para pronunciar-se sobre intervenção federal, estado de defesa, estado de sítio e outras questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas.

A Lei 8.041/1990 regulamentou a organização e o funcionamento do Conselho da República, que se reúne por convocação e sob a presidência do Presidente da República (art. 84, XVIII). Sua composição, prevista no art. 89, inclui: o Vice-Presidente da República; os presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; o Ministro da Justiça; seis cidadãos brasileiros natos com mais de 35 anos de idade, sendo dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado Federal e dois eleitos pela Câmara dos Deputados, todos com mandato de três anos, vedada a recondução.

O Presidente da República poderá convocar Ministros de Estado para participar da reunião do conselho, quando constar da pauta questão relacionada

com o respectivo ministério (art. 90, § 1.º, da CR); neste caso, o Ministro convocado não tem direito a voto (art. 5.º da Lei 8.041/1990).

16.11.2 Conselho de Defesa Nacional

O Conselho de Defesa Nacional também é órgão de consulta do Presidente da República, porém opinará em assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do estado democrático, *v.g*., guerra.

Na dicção do art. 91, § 1.º, compete a este órgão opinar nas hipóteses de declaração de guerra e declaração de paz, nos termos desta Constituição, bem como sobre a decretação do estado de defesa, estado de sítio e da intervenção federal, propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira (art. 20, § 2.º) e nas relacionadas com a preservação e exploração dos recursos naturais de qualquer tipo, e, ainda, estudar, acompanhar e propor o desenvolvimento de iniciativas necessárias à garantia e independência nacional e à defesa do estado democrático.

O art. 91, § 2.º, exige lei para regular a organização e o funcionamento do Conselho de Defesa Nacional. Atendendo a este preceito, a Lei 8.183/1991 regulou, exatamente, a organização e o funcionamento desse órgão, que se reúne por convocação e sob a presidência do Presidente da República (art. 84, XVIII) e tem como membros: Vice-Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, Ministro da Justiça, Ministro da Defesa, Ministro das Relações Exteriores, Ministro do Planejamento e os Comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica.

16.11.3 Conselho de Comunicação Social

Essa foi uma das instituições que mais controvérsia geraram no seio da Constituinte.

Traumatizados pelas práticas ditatoriais, que ceifaram o poder de comunicação e inspirados por ideais democráticos, buscou-se a criação de um conselho com diversas prerrogativas e atribuições, com funções de alto alcance social.

A ideia inicial foi sendo descaracterizada até restar o parco art. 224.

A norma constitucional de eficácia limitada de princípios institutivos (art. 224) somente impõe ao Congresso Nacional o dever de instituir, como seu órgão auxiliar, o Conselho de Comunicação Social, o que se dará por lei ordinária.

16.12 EXERCÍCIOS DE FIXAÇÃO

1. **(Procurador do Estado/SP – FCC/2012) Assinale a alternativa correta.**

   A) Cabe ao Chefe do Poder Executivo dispor, sempre por lei de sua iniciativa, sobre organização e funcionamento da administração pública, quando se tratar de extinção de cargos públicos vagos.

   B) Cabe ao Chefe do Poder Executivo dispor, sempre por lei de sua iniciativa, sobre organização e funcionamento da administração pública, quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos.

   C) Lei proveniente de iniciativa parlamentar, devidamente sancionada pelo Chefe do Poder Executivo, pode dispor sobre organização e funcionamento da administração pública, quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos.

   D) Cabe ao Chefe do Poder Executivo dispor, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da administração pública, quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos.

   E) Lei proveniente de iniciativa parlamentar, devidamente sancionada pelo Chefe do Poder Executivo, pode dispor sobre organização e funcionamento da administração pública, quando se tratar de extinção de cargos públicos vagos.

2. **(Advogado Nossa Caixa – FCC/2011) Compete privativamente ao Presidente da República**

   A) aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas.

   B) resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos

internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

C) decretar e executar a intervenção federal.

D) sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

E) mudar temporariamente a sede do Congresso Nacional.

3. (Magistratura/SP – VUNESP/2013) Ato Normativo do Presidente da República que exorbita dos limites de delegação legislativa

A) autoriza o Congresso Nacional a revogar todo o Ato Normativo do Poder Executivo, por meio de uma Resolução.

B) legitima o Presidente do Senado Federal a propor ação direta de inconstitucionalidade.

C) autoriza o Congresso Nacional a sustar a parte do Ato Normativo do Poder Executivo que exorbitou dos limites de delegação legislativa, por meio de Decreto Legislativo.

D) legitima a Mesa do Congresso Nacional a propor ação direta de inconstitucionalidade.

4. (Magistratura/MA – CESPE/2013) Assinale a opção correta no que se refere aos Poderes da República.

A) Embora a CF estabeleça a competência privativa dos tribunais de justiça para a escolha de seus órgãos diretivos, tal circunstância não reveste de inconstitucionalidade de lei estadual que admita a participação, na referida escolha, não somente de desembargadores, mas também de juízes vitalícios que atuem em primeiro grau de jurisdição.

B) De acordo com o entendimento do STF, o deputado ou senador que assumir o cargo de ministro de Estado estará sujeito à perda do mandato por quebra de decoro parlamentar caso pratique, na condição de Ministro, ato considerado indecoroso.

C) De acordo com o estabelecido na CF, o Tribunal de Contas da União é órgão de natureza técnica que auxilia o Poder Legislativo na atividade de controle e fiscalização, cujos ministros são

detentores das mesmas garantias, impedimentos, vencimentos e vantagens conferidas aos parlamentares.

D) A competência do Presidente da República para prover cargos públicos federais não pode ser delegada a ministro de Estado.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

[1]PLATÃO. *República*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1992. p. 11.

[2]Com o derrame sofrido pelo então Presidente Costa e Silva, a sucessão caberia ao VicePresidente Pedro Aleixo. Por meio de uma estratégia, visando a impedir que o Vice-Presidente assumisse definitivamente a Presidência da República, foi editado o Ato Institucional (AI) 12/1969, mudando a tipologia do Poder Executivo, que deixava de ser monocrático, passando a ser diretorial, o qual seria exercido pelos Ministros da Marinha, Exército e Aeronáutica.

[3]BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*: para uma teoria geral da política. 11. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p. 27.

[4]Na eleição de 1960 dois partidos tinham força política para chegar ao poder: a União Democrática Nacional (UDN), que lançara Jânio Quadros como Presidente e Milton Campos como Vice-Presidente, e o Partido Social Democrático (PSD), que buscava a eleição do Marechal Lott para a Presidência e João Goulart para a Vice-Presidência da República. Como a eleição do Presidente e Vice-Presidente da República ocorria separadamente, foram eleitos Jânio Quadros (UDN) para a Presidência e João Goulart (PSD) para a Vice-Presidência. Com a renúncia de Jânio Quadros em 1961, instaurou-se uma verdadeira guerra política para impedir que João Goulart assumisse o poder. Assim, para que o sucessor legal não tomasse posse com plenos poderes, foi instituído no Brasil o *sistema parlamentarista* em 02.09.1961. Após sua posse, João Goulart convocou plebiscito para discussão sobre o sistema de governo, e o povo optou pelo sistema anterior, retornando ao presidencialismo.

[5]STF, ADI 1.057, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 06.04.2001.

[6]MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional* cit., 2010. p. 429.

[7]Ressalvada a hipótese de crime de responsabilidade, para a doutrina que concede a este crime natureza penal.

[8]STF, Rcl 511, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 15.09.1995.

[9]STF, ADI 1.024, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 17.11.1995.

[10]STF, Inq 571, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 05.03.1993.

[11]STF, Inq 567, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 09.10.1992.

[12]STF, HC 83.154, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 21.11.2003.

[13]STF, Inq 212, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 26.08.1994.

[14]"Mérito. II.1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II.2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4.º (regulado pela Lei 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, *c*, (disciplinado pela Lei 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4.º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, *c*, da Constituição. II.3. Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, *c*; Lei 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992). II.4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos políticoadministrativos, na hipótese do art. 102, I, *c*, da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II.5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14.ª Vara da Justiça Federal – Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, *c*, da Constituição. III.

Reclamação julgada procedente" (STF, Rcl 2.138/DF, rel. Min. Nelson Jobim, rel. p/Ac Min. Gilmar Ferreira Mendes, *DJ* 18.04.2008).

[15]*Impeachment* é traduzido como "proibir que se ponha de pé" (PINTO, Paulo Brossard de Souza. *O "impeachment"*. Aspectos da responsabilidade política do presidente da República. Porto Alegre: Globo, 1965. p. 71.

[16]AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional* cit., p. 458-459.

[17]FERREIRA, Luiz Pinto. *O impeachment*. 2. ed. Recife: Sopece, 1993. p. 22.

[18]PINTO, Paulo Brossard de Souza. Op. cit., p. 71.

[19]BASTOS, Celso Seixas Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 4, p. 158.

[20]STF, MS 20.941, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 31.08.1992.

[21]PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953. v. 2, p. 416.

[22]"Competência constitucional para legislar sobre crimes de responsabilidade (e, também, para definir-lhes a respectiva disciplina ritual) pertence, exclusivamente, à União" (ADI 4.190 Ref-MC/RJ, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 11.06.2010).

[23]STF, MS 21.564, rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 27.08.1993.

[24]STF, MS 21.689, rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 07.04.1995.

[25]MS 21.623/DF, rel. Min. Carlos Velloso, j. 17.12.1992.

[26]"Preliminar de falta de jurisdição do Poder Judiciário para conhecer do pedido: Rejeição, por maioria de votos, sob o fundamento de que, embora a autorização prévia para a sua instauração e a decisão final sejam medidas de natureza predominantemente política – cujo mérito é insusceptível de controle judicial – a esse cabe submeter a regularidade do processo de 'impeachment', sempre que, no desenvolvimento dele, se alegue violação ou ameaça ao direito das partes; votos vencidos, no sentido da exclusividade, no processo de 'impeachment', da jurisdição constitucional das Casas do Congresso Nacional" (MS 20.941/DF, rel. Min. Aldir Passarinho, rel. p/Ac Min. Sepúlveda Pertence, j. 09.02.1990).

[27]Súmula 702 do 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”.

17

PODER JUDICIÁRIO

Sumário: 17.1 Introdução – 17.2 Mudança de filosofia na atuação jurisdicional: substancialismo – 17.3 Estruturação topológica do Poder Judiciário – 17.4 Organização da função jurisdicional – 17.5 Estatuto da Magistratura – 17.6 Garantias constitucionais do Poder Judiciário e de seus integrantes: 17.6.1 Garantias da magistratura (garantias orgânicas); 17.6.2 Garantias do magistrado – 17.7 Precatórios: 17.7.1 Regime especial para pagamento de precatórios – 17.8 Juizados especiais e justiça de paz – 17.9 Supremo Tribunal Federal (STF): 17.9.1 Composição; 17.9.2 Competência; 17.9.3 Repercussão geral; 17.9.4 Súmula vinculante; 17.9.5 Reclamação constitucional – 17.10 Conselho Nacional de Justiça (CNJ): 17.10.1 Estrutura; 17.10.2 Competência – 17.11 Superior Tribunal de Justiça (STJ): 17.11.1 Estrutura; 17.11.2 Competência – 17.12 Justiça Federal: 17.12.1 Estrutura; 17.12.2 Competência – 17.13 Justiça do Trabalho: 17.13.1 Estrutura; 17.13.2 Competência – 17.14 Justiça Eleitoral: 17.14.1 Estrutura; 17.14.2 Competência – 17.15 Justiça Militar: 17.15.1 Estrutura; 17.15.2 Competência – 17.16 Justiça Estadual – 17.17 Fluxograma – Estrutura do Poder Judiciário – 17.18 Quadro esquematizado sobre o foro por prerrogativa de função – 17.19 Exercícios de fixação.

17.1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário brasileiro é um órgão estratégico na estrutura do Estado, pois as eventuais lesões à Constituição, atos supralegais, primários e secundários serão submetidos ao crivo deste importante órgão.

Isso se dá pelo **princípio do acesso formal ao Poder Judiciário** (princípio da inafastabilidade da jurisdição ou do poder jurisdicional), segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário (art. 5.º, xxxV), que é complementado pelo **princípio do acesso material ao Poder Judiciário**, isto é, a garantia de meios para efetivar o acesso

à Justiça. Explica-se: não adianta existir uma norma formal de que todos terão direito de ir ao Judiciário se não houver normas que possibilitem este acesso. Assim, são exemplos de expressão do acesso material ou substancial ao Poder Judiciário:

a) Juizados especiais (art. 98, I) – onde pessoas que sofreram lesões de pequeno valor possam se socorrer. Para possibilitar o acesso, estabeleceu-se que em litígio abaixo de 20 salários mínimos pode-se litigar sem advogado; não é necessário recolher custas judiciais para propor ação (sendo exigido o recolhimento somente em caso de recurso) e assim por diante;
b) Defensoria Pública (art. 134) – Como as pessoas que não podem arcar com os honorários advocatícios poderão promover ação? Para possibilitar o acesso delas ao Judiciário, foi criada a Defensoria Pública, órgão essencial à função jurisdicional. Nela, o assistido (como é chamado o seu "cliente") poderá ter apoio jurídico sem desembolsar qualquer valor, pois esses profissionais são pagos pelo Estado;
c) Justiça itinerante (arts. 107, § 2.º; 115, § 1.º; 125, § 7.º) – A justiça se locomoverá por todo Brasil, para possibilitar que todos, mesmo nas regiões mais inóspitas, tenham acesso. A justiça estadual do Rio de Janeiro, por exemplo, possui ônibus que circula por todo Estado tripulado por um Juiz, um Promotor de Justiça, um Defensor Público e demais serventuários;
d) Comarcas no interior dos Estados e Câmaras regionais (arts. 107, § 3.º; 115, § 2.º; 125, § 6.º) – Possuem a mesma função da justiça itinerante, ou seja, possibilitar que todos tenham acesso ao Judiciário em igualdade de condições.

Por óbvio, além da função judicante típica, o Poder Judiciário possui função atípica de fiscalizar (art. 74), legislar (art. 96, I, *a*) e administrar (art. 96, I, *b* ao *f*).

Por fim, é bom compreender que o princípio do acesso ao Poder Judiciário impõe ao Estado a **prestação jurisdicional**, o que não pode ser confundido com **tutela jurisdicional**. Como observa Humberto Theodoro Júnior:[1] "Todo litigante que ingressa em juízo, observando os pressupostos processuais e as condições da ação, tem direito à prestação jurisdicional (sentença de mérito ou a prática de

certo ato executivo); mas nem todo litigante faz *jus* à tutela jurisdicional".

17.2 MUDANÇA DE FILOSOFIA NA ATUAÇÃO JURISDICIONAL: SUBSTANCIALISMO

Por tempos, o Poder Judiciário brasileiro adotou posição conhecida como **procedimentalista**.[2] Este nome foi concedido por ser uma teoria que se atém ao procedimento, adepta ao *Judicial self-restraint*, isto é, um Judiciário contido em seu exercício.[3] Nesse sentido, entende que o Judiciário deve se restringir a atuar somente para pacificar conflitos de interesses, sem ir além, para concretizar direitos.

Autorizar que o Judiciário concretize direitos é, aos olhos dessa teoria, um risco à independência e separação dos Poderes. Nesse sentido, um dos maiores nomes no assunto, o filósofo alemão Jürgen Habermas,[4] prevê que "num Estado sobrecarregado com tarefas qualitativamente novas e quantitativamente maiores, resume-se a dois pontos: a lei parlamentar perde cada vez mais seu efeito impositivo e o princípio da separação dos poderes corre perigo".

Da ideia procedimentalista advém o *interpretivism*, segundo o qual o Judiciário, como "boca da lei", está limitado a aplicar as normas estabelecidas explicitamente na Constituição ou claramente nela implícita.[5] Pois o grande problema da atuação judicial é a ausência de representatividade democrática, assim um corpo não eleito está dizendo para os representantes legitimamente eleitos que eles não podem governar como desejam.[6]

Contudo, mudança na composição do Supremo Tribunal Federal, ofensas aos direitos das minorias, constantes inércias legislativas e administrativas fizeram o Judiciário rever sua base jurídico-filosófica. Gradativamente, o Judiciário saiu da postura procedimentalista para adotar práticas típicas do **substancialismo**.

O substancialismo possibilita que o magistrado adote posição concretizadora, materializando os pleitos jurisdicionais, e não apenas intimando os órgãos para fazê-lo.

Conciliando a preocupação com as arbitrariedades institucionais com a positivação dos direitos fundamentais sociais – os quais impõem prestações positivas do Estado brasileiro –, parece forçoso reconhecer a necessidade de existência de um órgão (neste caso, o Poder Judiciário) atuante e de procedimentos de jurisdição constitucional efetivos.

Para Lênio Streck,[7] “daí a tarefa fundamental de qualquer teoria jurídica nesta quadra da história: concretizar direitos, resolvendo problemas concretos. Ou seja, passar da filologia (semântica) para a sangria do cotidiano”.

Nesse passo, ao contrário do que pensam procedimentalistas radicais, o Judiciário pode contribuir para aumentar a capacidade do sistema político, atuando em conjunto (e não contra) com os demais Poderes, para garantir a grupos que se situem à margem da sociedade meios para expor suas mazelas e buscar abrigo.[8]

Mauro Cappelletti[9] externa sua esperança quando confessa que “o surgimento em tantos países do ‘enfoque do acesso à justiça’ é uma razão para que se encare com otimismo a capacidade de nossos sistemas jurídicos modernos em atender às necessidades daqueles que, por tanto tempo, não tiveram possibilidade de reivindicar seus direitos”.

É certo que até hoje as duas principais teorias filosófico-constitucionais possuem fervorosos adeptos, tanto a teoria procedimentalista[10] quanto a teoria substancialista.[11] Mas é importante notar que o Poder Judiciário brasileiro está pendendo para esta última.

Este não é senão o motivo pelo qual o Judiciário, outrora procedimentalista, intimava os órgãos competentes para adoção das providências necessárias[12] e atualmente materializa o direito pleiteado.[13]

O substancialismo é, no mais das vezes, representado pelo **ativismo judicial**, mas com este não se confunde. Apesar de ambos ganharem mais notoriedade com a inércia indevida do Poder Legislativo, **o substancialismo é uma filosofia** motivada pela democracia imatura, judicialização e inação dos órgãos competentes. **O ativismo, por sua vez, é uma atitude** proativa do Poder Judiciário. O substancialismo está nos livros; o ativismo, nas sentenças.

A filosofia substancialista legitima o ativismo. Seria errado pensar que o ativismo gera o substancialismo.

Ademais, nem todo ativismo é prática de substancialismo, pois o modo ativista se manifesta por meio de diferentes atitudes, *v.g.*, (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas; (iii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e

ostensiva violação da Constituição.[14]

O substancialismo se enquadra nas duas primeiras hipóteses de ativismo, porém a terceira hipótese, apesar de ligada ao neoconstitucionalismo, nenhum liame possui com o substancialismo.

Realizada a distinção inicial, mas reconhecendo no ativismo um competente meio da filosofia substancialista, cumpre derrubar mais uma barreira.

É que a postura ativista analisada não se confunde com a **judicialização**. Enquanto o primeiro, como já afirmado, é uma atitude proativa do Poder Judiciário, o segundo é um fato decorrente do sistema constitucional adotado pelo Brasil. A judicialização é o instituto em que diversas questões de repercussão política e social passaram a ser analisadas pelo Poder Judiciário, não por escolha, e sim porque não havia alternativa, na medida em que o constitucionalismo abrangente impunha esta solução.[15] Ou seja, sempre que há conflitos das normas infraconstitucionais com os longos artigos e princípios da Constituição prolixa brasileira é necessário fulminá-los.

O ativismo, por sua vez, ao mesmo tempo em que é uma necessidade social, é uma opção do Poder Judiciário em atuar implementando direitos, satisfazendo anseios da sociedade. No dizer de Lênio Streck:[16] “O Poder Judiciário não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade”.

O Supremo Tribunal Federal referendou sua filosofia substancialista e sua postura ativista ao indeferir, em julgamento conjunto, nove recursos[17] interpostos pelo Poder Público de diversos Estados do Brasil contra decisões judiciais que determinaram ao Sistema Único de Saúde (SUS) o fornecimento de remédios de alto custo ou tratamentos não oferecidos pelo sistema a pacientes de doenças graves que recorreram à Justiça. Com esse resultado, os cidadãos ganharam o direito de receber os medicamentos ou tratamentos requeridos pela via judicial.

17.3 ESTRUTURAÇÃO TOPOLÓGICA DO PODER JUDICIÁRIO

A Constituição estrutura o Poder Judiciário nos arts. 92 ao 126.

As regras que devem ser aplicadas a todos os Tribunais, conhecida como parte geral, está elencada entre os arts. 92 e 100. Após, iniciam-se as disposições sobre os Tribunais em espécie, principiando com o Supremo Tribunal Federal, no art. 101, e encerrando com Juízes e Tribunais estaduais, nos arts. 125 e 126.

17.4 ORGANIZAÇÃO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

O art. 92 da CR determina que são órgãos do Poder Judiciário o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais, os Tribunais e Juízes Militares e os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

O Tribunal Marítimo, Juízo Arbitral e Justiça Desportiva, como estão fora da organização e estruturação do Poder Judiciário, não fazem parte deste órgão.

O art. 92, §§ 1.º e 2.º, declara que o Supremo Tribunal Federal, os Tribunais Superiores e o Conselho Nacional de Justiça têm sede na capital federal, sendo que os dois primeiros possuem ainda jurisdição em todo território nacional. Observe que, por estes parágrafos, está claro que o **Conselho Nacional de Justiça não possui poder jurisdicional**, exercendo atividade administrativa (art. 103-B, § 4.º).

No sistema judiciário pátrio existem basicamente duas ordens judiciárias distintas: a federal e a estadual.

A justiça federal, por sua vez, pode ser comum ou especializada. Esta última compreende a Justiça do Trabalho, a Justiça Militar e a Justiça Eleitoral. Na justiça estadual prevê-se apenas a possibilidade de justiça militar especializada (art. 125, §§ 3.º, 4.º e 5.º).

As competências da justiça federal estão previstas expressa e taxativamente na Constituição da República, e a competência da justiça estadual é residual.

Quando se fala em justiça estadual, isso não significa que a jurisdição, nestes casos, derive das leis estaduais. Toda divisão da justiça tem origem na Constituição Federal.

17.5 ESTATUTO DA MAGISTRATURA

O Estatuto da Magistratura deve ser estabelecido por **lei complementar** e por **iniciativa do STF**. Deverá conter regras sobre a carreira da magistratura nacional. Atualmente, o Estatuto da Magistratura é representado pela LC 35/1979.

Os arts. 93, 94 e 95 estabelecem assuntos que, obrigatoriamente, devem constar no referido estatuto.

A primeira exigência diz respeito ao **ingresso na carreira**. Segundo o art. 93, I, o "ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação".

A exigência de exercício de atividade jurídica por três anos ficou conhecida como **quarentena de entrada** e foi regulamentada pela Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça.

Segundo o art. 59 dessa resolução, a atividade jurídica só pode ser computada **após a obtenção do grau de bacharelado em Direito**. Dessa forma, não se conta o tempo de estágio universitário.

A resolução considera atividade jurídica:

> I – aquela exercida com exclusividade por bacharel em Direito;
>
> II – o efetivo exercício de advocacia, inclusive voluntária, mediante a participação anual mínima em 5 (cinco) atos privativos de advogado (Lei n. 8.906, 4 de julho de 1994, art. 1.º) em causas ou questões distintas;
>
> III – o exercício de cargos, empregos ou funções, inclusive de magistério superior, que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico;
>
> IV – o exercício da função de conciliador junto a tribunais judiciais, juizados especiais, varas especiais, anexos de juizados especiais ou de varas judiciais, no mínimo por 16 (dezesseis) horas mensais e durante 1 (um) ano;
>
> V – o exercício da atividade de mediação ou de arbitragem na composição de litígios.

"A comprovação do tempo de atividade jurídica relativamente a cargos, empregos ou funções não privativos de bacharel em Direito será realizada mediante certidão circunstanciada, expedida pelo órgão competente, indicando as respectivas atribuições e a prática reiterada de atos que exijam a utilização preponderante de conhecimento jurídico, cabendo à Comissão de Concurso, em decisão fundamentada, analisar a validade do documento" (art. 59, § 2.º, Res. 75/2009 do CNJ).

No Brasil, a Constituição estipulou as seguintes regras para ingresso na magistratura:

a) **1.ª instância** (art. 93, I) – concurso público. Mesmo a Justiça Eleitoral é ocupada por magistrados concursados de outro tribunal.
b) **Tribunais de Justiça** (art. 94), **Tribunais Regionais Federais** (art. 94), **Tribunais Regionais do Trabalho** (art. 115, I), **Tribunal Superior do Trabalho** (art. 111-A, I) – **quatro quintos** advindos das instâncias inferiores, provenientes de promoção, e **um quinto** desses tribunais será composto de membros do Ministério Público com mais de dez anos de carreira e advogados que possuam dez anos de atividade profissional, notório saber jurídico e reputação ilibada.

Os profissionais que serão empossados por meio da reserva conhecida como **quinto constitucional** devem ser indicados pela respectiva categoria da seguinte forma: inicialmente, deve-se notar a vaga que é aberta em razão de aposentadoria, falecimento, demissão ou exoneração do magistrado que compunha o Tribunal. Se aquele magistrado havia chegado ao cargo pela ascensão profissional ou pelo quinto constitucional, abre-se, assim, vaga para membros do Ministério Público ou Advocacia.

Assim, a classe a que competir a vaga formará lista sêxtupla e encaminhará para o Tribunal que precisa ser preenchido. Este, por sua vez, excluirá três nomes da lista e deixará os três que julgarem mais capacitados para a função a ser exercida. A lista com três nomes seguirá para o Chefe do Executivo (Governador, em se tratando de Tribunal de Justiça, e Presidente da República, no caso dos demais Tribunais) escolher o novo magistrado.

O Conselho nacional de Justiça, por meio da recomendação 13, de 06.11.2007 (*DJ*, seção 1, p. 139, de 12.11.2007), orientou os tribunais no sentido de que a lista tríplice a que se refere o art. 94, parágrafo único, da Constituição Federal seja formada em **sessão pública, mediante votos abertos, nominais e fundamentados,** recomendação inclusive chancelada pelo Supremo Tribunal Federal.[18]

O art. 100, § 2.º, da LC 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura) prevê que "nos Tribunais em que for ímpar o número de vagas destinadas ao quinto constitucional, uma delas será, alternada e sucessivamente, preenchida por advogado e por membro do Ministério Público, de tal forma que, também

sucessiva e alternadamente, os representantes de uma dessas classes superem os da outra em uma unidade". Esta solução é admitida pelo STF.[19]

c) **Superior Tribunal de Justiça** (art. 104, parágrafo único) – possui trinta e três Ministros, sendo **dois terços** compostos de membros do judiciário oriundos da 2.ª (segunda) instância, e **um terço** advindo da Advocacia e Ministério Público mediante o mesmo procedimento estabelecido para o quinto constitucional.

d) **Tribunal Superior Eleitoral** (art. 119) – **três** Ministros do Supremo Tribunal Federal, **dois** Ministros do Superior Tribunal de Justiça e **dois** advogados indicados pelo STF e nomeados pelo Presidente da República, formando um total de sete Ministros.

e) **Superior Tribunal Militar** (art. 123) – é composto por quinze Ministros com nomeação bastante peculiar, composto por oficiais generais, **três** da Marinha, **três** da Aeronáutica e **quatro** do Exército, além de **cinco** civis.

f) **Conselho Nacional de Justiça** (art. 103-B) – possui 15 (quinze) membros, sendo **nove** magistrados, **dois** membros do Ministério Público, **dois** advogados e **dois** cidadãos.

g) **Supremo Tribunal Federal** (art. 101) – É composto por 11 membros, cuja nomeação será de livre escolha do Presidente da República. Devem possuir notório saber jurídico e reputação ilibada. Não se exige que seja bacharel em Direito, pois, em tese, é possível que alguém que não seja formado em Direito possua notável saber jurídico.

O art. 101, parágrafo único, estabelece que "os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal".

A segunda regra obrigatoriamente constante no Estatuto da Magistratura é quanto à **promoção**. Segundo o art. 93, II, a promoção de uma entrância para outra ocorrerá alternadamente, por antiguidade e merecimento, atendidas as seguintes normas:

a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento. O STF proferiu julgamento no sentido de vincular o Presidente da República ao

mandamento constitucional do art. 93, II, *a*, da CR. Assim, quando lhe for enviada lista tríplice para escolha e nomeação do juiz do TRF de segunda instância (art. 107, *caput*, II, CR), ele será obrigado a nomear, se houver, aquele que tiver sido preterido três vezes seguidas ou cinco alternadas na lista de merecimento;[20]

b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antiguidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago;

c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza (agilidade) no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento;

d) na apuração de antiguidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação;

e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão.

O acesso aos Tribunais de segunda instância também será feito por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância, sem prejuízo dos cargos reservados ao quinto constitucional.

A regra referente aos **subsídios** (art. 93, V) não apresenta nenhuma surpresa. Nesta, a remuneração dos magistrados assumiu a forma de subsídio, devendo observar que os magistrados de Tribunais de segunda instância e juízes não poderão receber mais que 95 % do salário dos Ministros dos Tribunais Superiores, e estes não poderão receber mais que 95% dos Ministros do STF. Se calculado o teto dos magistrados de Tribunais de segunda instância e juízes ante os Ministros do STF, perceber-se-á que aqueles não poderão receber mais que 90,25% do subsídio destes. Esse teto é o mesmo constante no art. 37, XI.

A **aposentadoria** dos magistrados observará a regra comum aplicada a todo servidor estatutário (art. 93, VI, c/c o art. 40).

O art. 93, VII, afirma que o juiz titular residirá na respectiva comarca, salvo

autorização do tribunal. Antes da EC 45/2004 não havia a ressalva (autorização do tribunal para dispensar o magistrado da obrigação). A alteração foi extremamente salutar, haja vista que há casos em que o juiz reside próximo à comarca em que trabalha, não havendo sentido ter que mudar toda sua vida e de sua família por questões burocráticas.

Importante menção constitucional obriga que o Estatuto da Magistratura determine que o ato de **remoção, disponibilidade e aposentadoria** do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da **maioria absoluta** do respectivo **Tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça**, assegurada ampla defesa (art. 93, VIII).

As sanções previstas no inciso VIII possuem natureza de **penalidade administrativa** aplicada no interesse público.

Quanto à **publicidade e motivação das decisões**, o art. 93, IX e X, as exige, sendo norma de observância obrigatória no Estatuto da Magistratura. Em uma oportunidade o STF deixou claro que o art. 93, X, é norma autoaplicável. Em outros termos, mesmo que a lei complementar desejada no art. 93, *caput*, nada disponha, a publicidade e motivação deve ser respeitada.[21]

Tanto a publicidade quanto a motivação são institutos que complementam o direito ao devido processo legal, pois possibilitam o direito ao contraditório e ampla defesa.

A ausência de motivação (de expor a razão da decisão) e publicidade ceifa o jurisdicionado de exercer plenamente o seu direito de expor ao Judiciário fundamentos suficientes para obter a tutela jurisdicional.

Além do mais, os dois institutos atuam como pressupostos para que possa haver controle das decisões do Poder Judiciário e a prestação jurisdicional real e efetiva.

Nesse mesmo sentido, José Joaquim Gomes Canotilho[22] entende que a exigência da fundamentação das decisões possibilita o controle da administração da justiça e a exclusão do caráter subjetivo ou arbitrário da atividade jurisdicional, mediante o conhecimento do percurso intelectual seguido pelo julgador.

As decisões administrativas disciplinares serão tomadas pelo voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal (art. 93, X).

A reforma do Poder Judiciário acrescentou mais quatro incisos ao art. 93, tornando previsão obrigatória no Estatuto da Magistratura a **vedação das férias**

coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, devendo funcionar, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente (art. 93, XII). Trata-se do **princípio da ininterruptabilidade da jurisdição**. Esta previsão não acabou com o **recesso forense**, que continua sendo praticado e é possível. Férias coletivas são a paralisação das atividades do Tribunal por até um mês, o que poderia ocorrer no início e no meio do ano. Já recesso forense é a pausa para as festas de final de ano (Natal e Ano-Novo), que a maioria dos tribunais do Brasil pratica.

A vedação às férias coletivas é dirigida à segunda instância. Por isso, é comum os Tribunais superiores e o STF ainda concederem férias a todos os Ministros ao mesmo tempo.

O inciso XIII do art. 93 é uma norma que ainda precisa ser efetivada em muitos Estados. Ele prevê que o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população.

Já o inciso XIV do mesmo artigo concede aos servidores a prática de atos de mero expediente, estabelecendo que "os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório". Dessa forma, é possível que os servidores escrevam nos autos (sem consultar o magistrado) atos que não possuem caráter decisório e são fundamentais para o andamento do processo, tais como "complemente-se às custas" ou "ao Ministério Público". Isso permite mais agilidade na prestação jurisdicional.

Em razão da situação crítica que o sistema processual brasileiro está atravessando, o art. 93 foi acrescentado do inciso XV, que determina distribuição imediata de processos, em todos os graus de jurisdição.

O art. 126, parágrafo único, lembra que "sempre que necessário à eficiente prestação jurisdicional, o juiz far-se-á presente no local do litígio". Note que não é opcional; a norma é impositiva e obriga o magistrado a sair de seu gabinete e ir até o local do litígio para que possa julgar com mais propriedade.

17.6 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PODER JUDICIÁRIO E DE SEUS INTEGRANTES

A Constituição prevê a garantia da magistratura e dos magistrados. Manoel Gonçalves Ferreira Filho[23] destaca que, enquanto o art. 95 da Constituição busca

garantir a independência e a imparcialidade dos magistrados individualmente considerados, o art. 96 se preocupa em resguardar a independência e a imparcialidade dos Tribunais.

17.6.1 Garantias da magistratura (garantias orgânicas)

Garantias orgânicas são garantias concedidas ao Poder Judiciário como instituição.

17.6.1.1 Independência e autonomia

A independência e a autonomia do Poder Judiciário são consideradas exigências basilares para que exista um Estado Democrático de Direito, pois a falta dessas garantias resultaria em encolhimento desse poder, sendo passível de todo tipo de pressão política.

Para assegurar a independência e autonomia do órgão, a Constituição deve garantir:

I – O poder de **autolegislação** (art. 96, I, *a*), por meio do qual cada tribunal do Poder Judiciário poderá elaborar seu próprio regimento interno;

II – O poder de **autogestão**, que abrange a autoadministração (art. 96, I, *b* a *f*) e a autonomia financeira (art. 99).

No tocante à autoadministração, a Constituição concede a cada Tribunal a competência para: a) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correcional respectiva; b) prover os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição; c) propor a criação de novas varas judiciárias; d) 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; e) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados.

Já no que diz respeito à **autonomia financeira**, o art. 99 estabelece que os Tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais poderes na lei de diretrizes orçamentárias.

O encaminhamento da referida proposta, ouvidos os outros Tribunais interessados, compete: a) no âmbito da União, aos Presidentes do Supremo

Tribunal Federal e aos Tribunais Superiores, com a aprovação dos respectivos Tribunais; b) no âmbito dos Estados e no do Distrito Federal e Territórios, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos Tribunais.

Se os órgãos referidos não encaminharem as respectivas propostas orçamentárias dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na lei de diretrizes orçamentárias.

Se a proposta orçamentária for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual. Trata-se de mais um exemplo do instituto do sistema de freios e contrapesos.

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.

Segundo o art. 168, os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, **ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos**, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9.º.

Por fim, o art. 98, § 2.º, determina que as custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça.

17.6.2 Garantias do magistrado

Os magistrados devem exercer suas funções com total imparcialidade, segurança e serenidade. Para isso, devem ser garantidos meios para que exerça sua função sem temer represálias de quem quer que seja.

Como dispõe Eugênio Zaffaroni:[24] “A independência do juiz, ao revés, é a que importa a garantia de que o magistrado não estará submetido às pressões de poderes externos à própria magistratura, mas também implica a segurança de que o juiz não sofrerá as pressões dos órgãos colegiados da própria judicatura”.

Por isso, o art. 95 da Constituição estabeleceu as garantias do magistrado, as quais passamos a elencar:

a) **Vitaliciedade** – que importa na impossibilidade de perder o cargo, salvo por sentença judicial transitada em julgado.

Esta regra é aplicada a todo magistrado. Na **primeira instância, a vitaliciedade é adquirida após dois anos de exercício** (art. 95, I). Durante esse período, o magistrado deve **participar de curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrado** (art. 93, IV), podendo, no período do estágio profissional, perder o cargo por decisão administrativa do Tribunal ao qual o juiz está vinculado.

Para Pinto Ferreira,[25] a previsão de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados deveria ter sido disciplinada em lei infraconstitucional, e não na Constituição, porque esse conteúdo não faz parte das normas materialmente constitucionais. Contudo, a EC 45/2004 passou a exigir a participação nestes cursos para processo de vitaliciamento, por isso acreditamos que, após 2004, o art. 93, IV, passou a integrar a parte material da Constituição.

Nas demais instâncias, caso a investidura não se dê por promoção, e sim por indicação, a **vitaliciedade será adquirida na posse**. É o que ocorre, por exemplo, com todos os desembargadores que chegaram ao cargo por meio do quinto constitucional (art. 94).

É exceção à vitaliciedade a hipótese ***impeachment*** aplicada aos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Caso estes magistrados cometam crime de responsabilidade, serão julgados perante o Senado Federal e poderão perder o cargo em razão do julgamento político (art. 52, II, parágrafo único).

b) **Inamovibilidade** – essa garantia, criada na Grã-Bretanha no séc. XVIII,[26] é dirigida aos magistrados que atingem a titularidade, tornandose inamovíveis, impedindo que sejam removidos de um local para outro compulsoriamente, impossibilitando que haja a mudança de julgador de acordo com interesses políticos ou governamentais, designando determinado juiz por ser reputado mais severo ou mais benevolente.

A inamovibilidade só alcança juízes titulares, não sendo aplicável a juízes substitutos, ainda que vitalícios.

Explique-se: a vitaliciedade é uma garantia ligada à proteção quanto à perda do cargo; já a inamovibilidade é a garantia que impede que juízes titulares sejam removidos da unidade judiciária em que estiverem formalmente lotados.

O art. 93, VIII, estabelece a **única** hipótese em que é possível a **mobilidade**

de forma **compulsória**. Isso ocorrerá se houver motivo de interesse público, após deliberação do Tribunal ao qual estão vinculados ou do Conselho Nacional de Justiça, por maioria absoluta dos votos. Assim, constata-se que a inamovibilidade não é absoluta.

c) **Irredutibilidade de subsídios** – a irredutibilidade dos salários, antes prerrogativa dos magistrados, tornou-se garantia de todos os servidores públicos (art. 37, XV). Essa prerrogativa reforça a imparcialidade dos julgadores, na medida em que estes não devem temer eventual represália financeiro-salarial pelas decisões que tenham assumido nas causas que lhes são apresentadas a julgamento, principalmente quando se encontra em um dos polos processuais o Poder Público.

Essa prerrogativa é **irredutibilidade jurídica**, e não real. Isso significa que a garantia aqui exposta impede que o subsídio do magistrado diminua, passe de R$ 26.000,00 para R$ 20.000,00, por exemplo. O risco de corrosão inflacionária não está aqui abarcada. Dessa forma, eventual congelamento de subsídio de magistrado não ofende este dispositivo. A ofensa pela ausência de reajustes atingirá o art. 37, X (aplicável a todo servidor público), e não a irredutibilidade.

d) **Imparcialidade** – os impedimentos impostos aos magistrados são vistos como **garantia de imparcialidade**, pois a prática dos atos aqui consignados ou o exercício destas funções prejudicaria sua atuação neutra.

I – Exercício de outro cargo ou função pública, salvo uma de magistério – a interpretação concedida pelo STF é que o magistrado não poderá exercer mais de um magistério público, porém poderá exercer quantos magistérios privados quiser.

Algumas leis ordinárias já tentaram regulamentar este dispositivo, sendo que o STF sempre as declara inconstitucionais, pois as eventuais regulamentações devem estar dispostas em lei complementar, por exigência do art. 93.[27]

II – Recebimento de participação em processo – por motivos óbvios, o magistrado não poderá receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo.

III – Atividade político-partidária – embora os magistrados não estejam liberados do direito-dever de votar, a Constituição proíbe o exercício da atividade político-partidária.

Isso significa que o magistrado não poderá ser filiado a partidos políticos, custear ou se fazer presente em campanha política, adotar decisões com base em determinada ideologia partidária e assim por diante.

IV – Receber qualquer tipo de auxílio de pessoas jurídicas ou físicas – há exceções a esta regra, como, por exemplo, o magistrado que profere a palestra ou ministra aula tem o direito de receber daquela pessoa jurídica o dinheiro por seu trabalho.

V – Quarentena de saída – o magistrado que se aposenta ou é exonerado fica impedido de exercer a advocacia **somente** no Juízo do qual se afastou por três anos. Essa regra visa a evitar que os conhecimentos do magistrado influenciem na decisão de outros magistrados.

e) **Foro por prerrogativa de função** – Em que pese o foro constitucional especial para julgar magistrado não estar topologicamente entre as garantias do integrante da carreira, nós preferimos incluir esta hipótese nas garantias, uma vez ser um instituto necessário para garantir a imparcialidade e liberdade em seus julgados, salvaguardando o magistrado de pressões.

Nesse sentido, há uma "escala" de prerrogativa a depender da instância em que atua o magistrado:

Carreira	Competência para processo e julgamento
Juízes da 1.ª instância	2.ª instância respectiva (art. 96, III; 108, I, *a*, CR)
Magistrados de 2.ª instância	Tribunais superiores respectivos (art. 105, I, *a*, CR)
Ministros de Tribunais superiores	Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *c*, CR)
Ministros do Supremo Tribunal Federal	Próprio Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *b*, CR)

Esta escala é aplicada tanto para crimes comuns quanto de responsabilidade, ressalvados os Ministros do STF, que serão processados e julgados por crime de responsabilidade pelo Senado Federal (art. 52, II, parágrafo único, da CR), como

já afirmamos.

No RE 549.560/CE o STF deixou assentado que **o foro especial por prerrogativa de função não se estende a magistrados aposentados**.

O mais interessante deste julgamento foi o ponto em que o STF relembrou algumas premissas sobre prerrogativa, quais sejam:

a) o foro especial por prerrogativa de função teria por objetivo o resguardo da função pública;
b) o magistrado, no exercício do ofício judicante, gozaria da prerrogativa de foro especial, garantia voltada não à pessoa do juiz, mas aos jurisdicionados;
c) o foro especial, ante a inexistência do exercício da função, não deveria perdurar, haja vista que a proteção dos jurisdicionados, nesse caso, não seria mais necessária;
d) provimento vitalício seria o ato que garantiria a permanência do servidor no cargo, aplicando-se apenas aos integrantes das fileiras ativas da carreira pública.

17.7 PRECATÓRIOS

As eventuais condenações impostas pelo Poder Judiciário ao Poder Público não podem, de regra, ser pagas de imediato, pois não havia previsão orçamentária para tanto. Por isso, foi criado o instituto do precatório, que é o instrumento que, uma vez apresentado, possibilita que o Poder Público inclua o valor no orçamento do próximo ano.

O art. 100 da Constituição dispõe sobre precatório e estabelece que é obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários, apresentados até 1.º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do ano seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

Caso o precatório seja apresentado após 1.º de julho, só será incluído no orçamento do ano subsequente ao ano seguinte. Por exemplo, caso o precatório seja apresentado após 1.º de julho de 2011, só será incluído no orçamento de 2013, para pagamento a partir de 1.º de janeiro deste ano.

Os pagamentos serão feitos, de regra, na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos. Para evitar que se "fure fila", o art. 100, *caput*, proíbe a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

A ordem cronológica apresentada não tem que ser observada quando se tratar de créditos de natureza alimentícia. Estes são os créditos decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

Dentro desta exceção, a preferência é dos **débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 anos de idade ou mais**[28], **ou sejam portadores de doença grave**, definidos na forma da lei. Neste caso, os precatórios serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, **até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei como de pequeno valor**, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório.

Ademais, **créditos de pequeno valor** não precisarão se submeter a precatórios; serão pagos por meio das requisições de pequeno valor (RPV) e serão adimplidos diretamente no mesmo exercício financeiro da apresentação.

Cada ente da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) poderá fixar, por leis próprias, os valores que entendem ser de pequeno valor, segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo **o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social** (RGPS).

Enquanto a lei de cada ente não estabelece valores, o art. 87 do ADCT determina como de pequeno valor para os Estados e o Distrito Federal a importância de 40 salários mínimos, e para os Municípios, 30 salários mínimos.

Para evitar fraude à ordem de pagamento de precatório, o § 8.º do art. 100 veda a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, para que se receba parte com precatório e parte sem precatório. Com isso, evita-se que a pessoa fracione seu precatório, recebendo imediatamente uma quantia (por ser de pequeno valor), e que outra quantia pertencente ao mesmo débito entre na ordem de pagamento de precatório.

É possível ainda que o credor entregue créditos de precatórios para comprar imóveis públicos da entidade devedora, na forma estabelecida em lei da

respectiva entidade federativa.

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 e autorizar o sequestro da quantia respectiva, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito.

Caso o Presidente do Tribunal competente, 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.

O credor poderá ceder, total ou parcialmente, seus créditos em precatórios a terceiros, **independentemente** da concordância do devedor, não se aplicando ao cessionário as regras atinentes aos créditos alimentícios, devendo, obrigatoriamente, obedecer à ordem cronológica de apresentação. Mas a cessão de precatórios **somente produzirá efeitos** após comunicação, por meio de **petição protocolizada**, ao Tribunal de origem e à entidade devedora.

A seu critério exclusivo e na forma de lei, a União poderá assumir débitos oriundos de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, refinanciandoos diretamente.

No julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade 4.357/DF e 4.425/DF[29] o Supremo Tribunal Federal, declarou inconstitucional o instituto da compensação compulsória. Segundo as previsões do art. 100, § 9.º e § 10, (parágrafos declarados inconstitucionais pelo Supremo), no momento da expedição dos precatórios, o poder público, devedora daquele título, poderia abater, a título de compensação, o valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original. Assim, o precatório seria pago já descontados todos os débitos (vencidos ou vincendos) que o credor original possuísse com a Fazenda devedora. Entendeu o Supremo que a compensação depende de anuência ou acordo, pois, caso contrário, estaria investindo a Fazenda Pública de um poder não concedido ao setor privado, uma vez que as empresas privadas não possuem a prerrogativa de compensar suas dívidas compulsoriamente com seus credores. Assim, o art. 100, §§ 9.º e 10, ofenderia o princípio da igualdade.

Na sequência do julgamento supra, o STF ainda declarou inconstitucional a expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança”

contida no § 12 do art. 100, dispositivo este que trata atualização dos valores dos precatórios entre sua expedição e o efetivo pagamento. Entendeu-se que o índice estabelecido pela EC 62/2009 não seria suficiente para repor as perdas inflacionárias. Nesse ponto foram vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Teori Zavascki.

Permaneceu, por outro lado, a previsão contida no mesmo § 12 de que o índice adotado deve ser o mesmo para todos os tipos de precatórios, independentemente de sua natureza, em respeito ao princípio da igualdade.

O STF ainda operou a técnica da interpretação conforme à Constituição, para que os mesmos critérios de fixação de juros moratórios prevaleçam para devedores públicos e privados (Fazenda e particulares), nos limites da natureza de cada relação jurídica.[30]

17.7.1 Regime especial para pagamento de precatórios

Como já afirmado acima, no dia 09 de dezembro de 2009 foi editada a controversa EC 62/2009 que estabeleceu novas regras para o pagamento de precatórios. Dentre as novas balizas estava a possibilidade de os precatórios vencidos serem submetidos a um regime especial a ser estabelecido por lei complementar (art. 100, § 15 da CR) e, enquanto não fosse publicada a desejada lei, aqueles precatórios se submeteriam às coordenadas do art. 97 do ADCT.

O problema é que este regime especial do art. 97 do ADCT era prejudicial para o credor e benéfico a Fazenda, o que obviamente gerava muitos questionamentos. Nesse passo, não demorou para surgirem quatro ações diretas de inconstitucionalidade questionando vários dispositivos daquela que ficou vulgarmente conhecida como “emenda do calote”.[31]

As ADIs 4.372/DF e 4.400/DF ficaram pelo meio do caminho, sendo extintas sem análise do mérito por ilegitimidade ativa *ad causam*. Contudo, as ações nº 4.357/DF e 4.425/DF tiveram o mérito analisado.

Alguns pontos já foram expostos linhas acima, como a inconstitucionalidade parcial dos §§ 2.º e 12 do art. 100, e a inconstitucionalidade total dos §§ 9.º e 10 do mesmo artigo.

Após analisar os dispositivos supra, restou ao STF a análise do tão questionado regime especial.

Em resumo, esse regime especial estabelecia forma mais flexível para pagamento de precatórios.

O § 15 do art. 100, assim como o art. 97 do ADCT foram declarados inconstitucionais, sob fundamento de violação ao Estado de Direito, moralidade administrativa[32], devido processo legal, livre e eficaz acesso ao judiciário e a duração razoável do processo. O relator lembrou ainda que esses artigos ampliariam, por mais 15 anos, o cumprimento de sentenças judiciais com trânsito em julgado e desfavoráveis ao Poder Público, cujo prazo já teria sido, outrora, prorrogado por 10 anos pela Emenda Constitucional 30/2000.[33]

17.8 JUIZADOS ESPECIAIS E JUSTIÇA DE PAZ

O art. 98 determina que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criem juizados especiais e justiça de paz.

No que diz respeito aos juizados especiais, a diretriz é que estes serão providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Nos Estados, a Lei 9.099/1995 regulamenta esta exigência e, em âmbito federal, a Lei 10.259/2001 obedece ao mandamento constitucional.

Quanto à justiça de paz, a ideia é que ela seja remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.

Ocorre que até a presente data não houve regulamentação do art. 98, II, da CR. Por isso, é comum vermos juízes de paz nomeados e permanecendo nos cargos por tempo indeterminado.

17.9 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

17.9.1 Composição

O art. 101 prevê que o Supremo Tribunal Federal compõe-se de **onze**

Ministros, escolhidos dentre cidadãos com **mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos** de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

A idade é aferida no momento da posse, isto é, é possível que o Ministro permaneça no STF até os 70 (setenta) anos (idade para aposentadoria compulsória – art. 40, § 1.º, II), desde que tenha ingressado antes de atingida a idade de 65 anos.

Todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

17.9.2 Competência

A competência do STF se divide em originária e recursal. Na competência originária, as ações serão propostas diretamente no Tribunal Supremo, e as competências recursais chegam ao STF após a questão já ter sido analisada por outro Tribunal.

O art. 102, I, dispõe que compete **originariamente** ao STF 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;

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;

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; h) 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;

i) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;

j) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

k) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;

l) 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;

m) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;

n) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

o) 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;

p) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público.

Esta última competência está prevista no art. 102, I, *r*, e não pode ser confundida com as ações movidas contra **membros** desses órgãos que cometam **crime de responsabilidade**, quando a competência é do Senado Federal (art. 52,

II, parágrafo único).

Já a competência recursal se divide em recursos ordinários e extraordinários.

Segundo o art. 102, II, compete ao STF 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.

E, de acordo com o art. 102, III, compete ao STF julgar em **recurso extraordinário** as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo da Constituição;
b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição.
d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Esta última hipótese, criada pela EC 45/2004, não pode ser confundida com a competência para julgar causas quando a decisão recorrida, proferida em última ou única instância, julgar válido ato (e não lei) local contestado em face de lei federal, quando a competência é do STJ (art. 105, III, *b*).

17.9.3 Repercussão geral

Nos recursos extraordinários, o recorrente deve demonstrar a **repercussão geral** da questão constitucional discutida no caso.

Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (art. 543-A, § 1.º, do CPC).

Esta repercussão geral deve ser demonstrada em **preliminar** do recurso. E só será negada se houver manifestação de 2/3 dos membros no sentido de inexistência de repercussão geral.

Se o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal, também haverá repercussão geral.

Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Procedimento para análise de repercussão geral está disposto no art. 543-B do CPC.

O recurso extraordinário será distribuído para a segunda instância do Tribunal recorrido, que analisará os pressupostos extrínsecos e intrínsecos do recurso extraordinário e remeterá ao Supremo Tribunal Federal para julgamento do recurso.

Contudo, se houver muitos recursos com o fundamento idêntico, o Tribunal de origem selecionará um ou mais recursos **representativos da controvérsia** (recurso paradigma) e os encaminhará ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

O art. 323 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal foi alterado no dia 01.12.2010, para permitir que o Presidente da Corte atue como relator dos recursos extraordinários durante o processo de reconhecimento de repercussão geral.

Caso a repercussão geral do tema tratado no recurso seja reconhecida, o processo será distribuído, por sorteio, a um relator.

Para que o recurso paradigma forneça o maior número possível de subsídios relativos ao tema objeto do recurso, a nova redação do art. 325 do RISTF passou a permitir que o relator do recurso paradigma faça uma reunião de processos e analise de maneira ampla a questão tratada.

17.9.4 Súmula vinculante

Somente à guisa de esclarecimento, o STF possui uma súmula vinculante em que deposita seus entendimentos. Estes levam o nome de "verbete" ou "enunciado". Assim, não é tecnicamente certo afirmar "Súmula 1, Súmula 2", e sim "Verbete 1 da súmula vinculante ou enunciado 2 da súmula vinculante". Porém, essa visão técnica foi superada pela prática, que está acostumada a utilizar a expressão "súmula" para se referir aos enunciados. Até Ministros do STF usam o termo. Por isso, no decorrer deste livro e nas próximas linhas, seguiremos o termo popular, até mesmo em razão da proposta de didática desta obra.

17.9.4.1 Histórico

O verbete com força vinculante foi umas das principais inovações trazidas pela EC 45/2004.

Alguns atribuem a origem da súmula vinculante brasileira à influência da *common law*,[34] outros lembram da lei do *Bundesverfassungsgeritch*, da Alemanha,[35] e assim por diante.

É certo que as Ordenações Filipinas[36] (Liv. I, Tít. 5, § 5.º) criaram os **assentos da Casa de Suplicação** que **possuíam efeito vinculante**.

Posteriormente, em 18.08.1769, a "Lei da Boa Razão" excluiu a possibilidade de aplicação dos referidos assentos nos Tribunais do Rio de Janeiro e Bahia. Contudo, em 10.05.1808, o príncipe regente Dom João fez publicar Alvará Régio para reintroduzir a aplicação dos assentos em todo País.

Após a proclamação da independência, em 07.09.1822, foi publicada a Lei 5, de 20.10.1823, que manteve em vigor as ordenações filipinas; logo, mantendo vigente os assentos com força vinculante.

Algumas décadas depois, em 23.10.1875, foi editado o Decreto Legislativo 2.684, reconhecendo a validade dos assentos da Casa de Suplicação de Lisboa, assim como possibilitou ao Supremo Tribunal de Justiça (hoje Supremo Tribunal Federal) tomar outros, também com força de lei, até que fosse derrogado pelo Poder Legislativo.[37]

A primeira Constituição republicana de 1891 acabou com a aplicação dos assentos no Brasil.

No início da década de 1960, o então Ministro Victor Nunes Leal já havia tentado introduzir no sistema brasileiro a súmula vinculante.[38]

Já naquela época, afirmava que a **motivação** para criação de súmula era o congestionamento do STF, ocasionado por acúmulo de ações repetitivas, fato que o Ministro Victor Leal se referia como "fardo asfixiante", como se existisse "uma fábrica montada para fazer dos juízes estivadores".[39]

Dessa forma, as súmulas atuariam como uma nova metodologia que possibilitaria aos magistrados julgar com mais agilidade demandas repetitivas, reservando seu tempo para questões mais complexas e novas, além de conferir igualdade, posto que casos iguais receberiam idêntico tratamento.

Porém, essas súmulas, as primeiras 370 do Supremo Tribunal Federal, somente ingressaram por meio de emenda no Regimento Interno em dezembro de 1963 e **não** possuíam força vinculante, não passando de orientação fixada pela Corte Suprema, sendo denominadas de **súmulas persuasivas**.

Em 26.03.1992, o então Deputado Federal Helio Bicudo apresentou Proposta de Emenda Constitucional (PEC), que resultou na EC 45/2004, promulgada 08.12.2004 e publicada em 31.12.2004.

Dentre outros importantes institutos, a EC 45/2004 instituiu o art. 103-A na Constituição, criando, definitivamente, a súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro.

17.9.4.2 Diversas espécies de súmulas existentes no direito brasileiro

Súmulas são os repositórios dos entendimentos dos Tribunais sobre questões em que haja controvérsia. Não há necessidade de publicar súmula sobre matéria pacífica; por isso, mister divergência na interpretação da norma para gerar edição de súmula.

Como foi dito, não se pode confundir súmula (instituto em que será postada a inteligência dos Tribunais) com enunciado ou verbete (o entendimento que recebe um número e é incluído na súmula).

Da mesma forma, não se confunde súmula com precedente, muito utilizado em países que adotam o sistema *common law*.

Súmulas recebem **números** e são estabelecidas após algum julgado mediante **decisão administrativa** para serem aplicadas a **casos futuros**.

Os **precedentes** são conhecidos pelos **nomes** (como *Marbury x Madison*), são fixados no próprio julgado em **atividade judicante** e foram utilizados em **caso passado**, que podem ser aplicados a casos futuros.

Esclarecidos estes institutos, passamos a analisar as diversas espécies de súmulas existentes no ordenamento jurídico pátrio:

a) **Súmula persuasiva** – São as súmulas editadas por qualquer Tribunal em que são publicados os entendimentos daquele órgão, sem qualquer vinculação, podendo os outros magistrados e demais órgãos seguirem ou não. Seu descumprimento gerará, no máximo, reforma da decisão por *error in judicando*.

O relator de um recurso pode se valer de uma súmula persuasiva para julgar monocraticamente um recurso (art. 557, *caput*, e § 1.º-A do CPC).

As súmulas persuasivas do STF e do STJ carregam a característica de impedir recurso de apelação, sendo chamadas de **súmula impeditiva de recurso**. Nesse sentido, o art. 518, § 1.º, do CPC, dispõe: "O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal". Explica-se: a apelação é apresentada primeiramente ao juízo recorrido, isto é, ao juiz que proferiu a sentença de mérito. Normalmente, este magistrado deve se manifestar sobre os efeitos do recurso e abrir em contrarrazões. Contudo, o art. 518, § 1.º, do CPC possibilita que o recurso seja inadmitido pelo próprio juízo recorrido se sua decisão tiver se pautado em súmula do STF ou STJ.

b) **Súmula de repercussão geral** – O art. 543-A, § 7.º, do CPC, possibilita que o STF (somente este órgão) estabeleça súmula de suas decisões sobre repercussão geral em recursos extraordinários (art. 102, § 3.º, da CR).

c) **Súmula vinculante –** Esta também é de utilização exclusiva do STF e possibilita que seus entendimentos nela postados produzam força obrigatória para diversos órgãos em todas as esferas (federal, estadual, distrital e municipal).

O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão (art. 2.º, § 1.º, da Lei 11.417/2006).

17.9.4.3 Natureza jurídica

Quanto à natureza jurídica da súmula vinculante, há divergência muito bem apresentada por Guilherme Peña de Moraes,[40] quando leciona as diferentes posições.

De um lado, Lênio Streck e Castanheira Neves, segundo os quais a súmula vinculante teria **natureza legislativa**, pois possibilitaria a produção de normas abstratas e gerais. Por seu turno, Jorge Miranda e Luis Carlos Alcoforado concedem interpretação segundo a qual as súmulas vinculantes seriam revestidas de **natureza jurisdicional**, na medida em que necessitariam de provocação e julgamento de diversos casos anteriores. Já Mauro Cappelletti e Marco Antônio Muscari concedem à súmula vinculante **natureza de *tertium genus***, intermediário entre o abstrato dos atos legislativos e o concreto dos atos jurisdicionais.

17.9.4.4 Efeitos da súmula vinculante

A súmula vinculante obriga que diversos órgãos obedeçam à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de sua vontade ou entendimento pessoal.

Estão vinculados:

a) **os demais órgãos do Poder Judiciário;**

Todos os órgãos do Poder Judiciário localizados em patamar inferior ao STF estão vinculados as suas determinações emanadas nas referidas súmulas.

Quanto à discussão, se a súmula vincula ou não o próprio STF, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gonet Branco[41] esclarecem: “A afirmação de que inexistiria uma autovinculação do Supremo Tribunal ao estabelecido nas súmulas há de ser entendida *cum grano salis*. Talvez seja mais preciso afirmar que o Tribunal estará vinculado ao entendimento fixado na súmula enquanto considerá-lo expressão adequada da Constituição e das leis interpretadas. A desvinculação há de ser formal, explicitando-se que determinada orientação vinculante não mais deve subsistir. Aqui, como em toda mudança de orientação, o órgão julgador ficará duplamente onerado pelo dever de argumentar”.

As palavras do Ministro Gilmar Mendes podem ser complementadas pelo Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Luís Roberto Barroso[42]: “Tem-se sustentado que a vinculação do próprio STF deve ser entendida de forma limitada, estando a Corte impedida de afastar casuisticamente o enunciado sumular existente, mas admitindo-se a possibilidade de que seja superado por decisão expressa da maioria absoluta de seus membros”.

A vinculação do STF à súmula vinculante não retira desse órgão o dever e a possibilidade de reanalisar a súmula administrativamente e discutir a possibilidade de revisão ou cancelamento dela.

b) **órgãos da administração pública direta e indireta**;

c) **Poder Legislativo no exercício de função atípica de administrar**.

Um bom exemplo ocorreu com a publicação da Súmula Vinculante 13, de 09.08.2008. Nela está disposto que "a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal".

Dessa forma, diversos membros do Poder Legislativo, incluindo Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores, tiveram que exonerar seus parentes e afins que ocupavam cargos no respectivo Poder Legislativo. Isso se deu por necessidade de observância à súmula vinculante citada.

17.9.4.5 Requisitos para edição de súmula vinculante

O art. 103-A traz os requisitos para edição de súmula vinculante:

a) **Ser editada pelo Supremo Tribunal Federal**

Como já afirmado, somente o STF poderá editar súmula, que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante. Os demais Tribunais terão súmulas persuasivas, tendo o STJ, no máximo, súmula persuasiva impeditiva de recurso, como explicado anteriormente (art. 518, § 1.º, do CPC).

b) **De ofício ou por provocação**

As súmulas persuasivas não podem ser provocadas, sendo esta uma característica exclusiva das súmulas vinculantes.

O art. 103-A, § 2.º, da CR afirma, exemplificadamente, que os legitimados para promover a ação direta de inconstitucionalidade poderão propor processo de

edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante.

O dispositivo constitucional foi regulado pelo art. 3.º da Lei 11.417/2006, segundo o qual são legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – o Procurador-Geral da República; V – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI – o Defensor Público Geral da União; VII – partido político com representação no Congresso Nacional; VIII – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; XI – os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

O Município poderá propor, **incidentalmente** ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo.

Na verdade, o rol de legitimados manteve-se muito similar aos autorizados a propor as ações de controle de constitucionalidade abstrato, somente se estendendo para o Defensor Público-Geral da União, os Tribunais Superiores e os Tribunais de segunda instância; não podendo esquecer a possibilidade de os Municípios proporem incidentalmente a referida ação.

c) ***Quorum* de 2/3 (dois terços) de seus membros**

Em vez do *quorum* de maioria absoluta exigido para edição de súmula persuasiva, a Constituição exige *quorum* qualificado, qual seja, dois terços dos membros do Supremo Tribunal, totalizando oito ministros.

d) **Matéria constitucional**

Enquanto a súmula persuasiva pode ser editada sobre os mais diferentes assuntos de qualquer seara do Direito, a súmula vinculante somente poderá ser editada se dispuser sobre matéria constitucional.

e) **Reiteradas decisões**

A ideia é de que a súmula seja resultado de um amadurecimento dos julgados

da corte. Por isso, antes de ser vinculante, o entendimento deve se mostrar predominante,[43] sendo necessários alguns julgados para fixar a orientação.

f) **Controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e a administração pública**

Diferentemente da súmula persuasiva, que somente poderá ser editada se houver controvérsia judicial, a súmula vinculante permite sua edição se houver controvérsia judicial entre o Poder Judiciário e a Administração Pública, tal qual aconteceu na edição da Súmula Vinculante 11.

g) **A controvérsia tem que ser capaz de gerar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questões idênticas**

Não faz sentido editar súmula sobre matéria pacífica. Se não há controvérsia, para que editar um enunciado traduzindo a ideia comum de todos? Por isso, é necessária controvérsia judicial de grande repercussão. Por isso, exige-se que a súmula seja resultado de reiteradas decisões sobre assunto que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questões idênticas.

Não é necessário que essa multiplicação de processos (motivadora de súmula vinculante) se dê no âmbito do STF, bastando ocorrer em qualquer nível do Judiciário.[44]

17.9.4.6 Procedimento para edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante

O procedimento de edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante foi disposto no regimento interno do STF e na Lei 11.417, de 19.12.2006.

Os legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante irão fazê-lo ante o STF.

O ***amicus curiae*** é admissível. Para tanto, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

O Procurador-Geral da República, nas propostas que não houver formulado, manifestar-se-á previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

A proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula

vinculante não autoriza a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão.

A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária.

No prazo de dez dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do *Diário da Justiça* e do *Diário Oficial da União*, o enunciado respectivo.

A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, admitindo, porém, a **modulação dos efeitos**. Nestes termos, o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

Revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso.

Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.

Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

As atuais súmulas persuasivas podem vir a ser vinculantes. Segundo o art. 8.º da EC 45/2004, “as atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial”.

A Lei 11.417/2006 alterou a Lei 9.784/1999, para dispor sobre a responsabilidade do administrador público, *in litteris*: “art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões

administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal".

17.9.4.7 Métodos de confrontação e superação de súmula vinculante – Do distinguish, overruling *e* overriding

I – Técnica de confrontação do precedente

Com maestria os processualistas Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira[45] discorrem sobre técnicas de superação e confrontação de precedentes, que entendemos serem perfeitamente aplicáveis ao nosso estudo.

Segundo os autores,[46] "nos casos em que o magistrado está vinculado a precedentes judiciais, a sua primeira atitude é verificar se o caso em julgamento guarda alguma semelhança com o(s) precedente(s). Para tanto, deve valer-se de um método da comparação: à luz de um caso concreto, o magistrado deve analisar os elementos objetivos da demanda, confrontando-os com os elementos caracterizadores de demandas anteriores. Se houver aproximação, deve então dar um segundo passo, analisando a *ratio decidendi* (tese jurídica) firmada nas decisões proferidas nessas demandas anteriores".

Porém, quando houver distinção (***distinguish***) entre o caso concreto em julgamento e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos, seja porque há alguma peculiaridade, o magistrado pode seguir dois caminhos:

a) dar à *ratio decidenci* interpretação restrita e não aplicar o precedente (***restrictive distinguishing***);

b) conceder interpretação extensiva e estender ao caso a mesma solução conferida a casos anteriores (***ampliative distinguishing***).[47]

Acreditamos que o *ampliative distinguishing* não poderá ser aplicado no Brasil, por ofender o princípio da segurança jurídica e igualdade. A própria Constituição prevê ação de reclamação se o órgão julgador aplicar a súmula vinculante quando não for o caso (art. 103-A, § 3.º).

O *restrictive distinguishing* é chamado também de **atividade criadora**, e o *ampliative distinguishing* é denominado **atividade legislativa**.[48]

Pelo que foi exposto, percebe-se que o **termo *distinguishing* (ou *distinguish*) pode ser utilizado "tanto para designar o método de comparação entre o**

caso concreto e o precedente, como para designar o resultado desse confronto, nos casos em que se conclui haver alguma diferença”.[49]

II – Técnica de superação do precedente

O precedente pode ser superado por meio de duas técnicas distintas.

A primeira técnica é o ***overruling***, pela qual um precedente perde sua força vinculante ou é substituído por outro precedente. É bom esclarecer que no Brasil somente é possível a substituição de enunciados vinculantes, não havendo possibilidade de o precedente simplesmente perder a força vinculante.

Quando o Tribunal resolve expressamente adotar outra orientação ou revoga o verbete anterior, opera-se o ***express overruling***. Porém, quando outra orientação é adotada sem menção expressa à posição anterior, ocorre o ***implied overruling***.[50] Como, por exemplo, se o STF adotar outra súmula vinculante colidente com a anterior sem mencionar expressamente esta.

Essa substituição pode ocorrer com eficácia retroativa ou *ex tunc* (***retrospective overruling***), ou com eficácia não retroativa ou *ex nunc* (***prospective overruling***), que é a regra.[51]

Diga-se que o ***antecipatory overruling*** não é admitido no Direito brasileiro, pois esta é uma espécie de revogação preventiva, por órgãos inferiores, do precedente firmado pela Corte superior, quando esta, de forma tácita, altera seu entendimento quanto ao posicionamento inicialmente firmado.[52]

Não se pode confundir o instituto do ***overruling*** estudado com o ***overriding***, que é aplicado quando “o tribunal somente limita o âmbito de incidência do precedente, em razão da superveniência de uma regra ou princípio legal”,[53] isto é, ao contrário do *overrule* (*ing*), em que há supressão total, no *overriding* somente há superação parcial.

Por fim, o instituto conhecido como ***reversal*** nada tem a ver com o estudado neste tópico. Este instituto permite que o Tribunal superior reforme a decisão de órgão inferior que descumpriu o precedente,[54] ou seja, não é técnica de superação ou confrontação, e, sim, é instituto que permite **controle** do respeito ao precedente.

17.9.4.8 Do descumprimento da súmula vinculante

A Constituição estabelece que 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 (art. 103-A, § 3.º).

Em resumo, o descumprimento de súmula vinculante enseja ação de reclamação. A decisão que ignora súmula vinculante é conhecida como **decisão *per incuriam***. Porém, para que fique caracterizada a referida decisão e, por consequência, seja ensejada ação de reclamação, deve-se demonstrar que, caso tivesse conhecimento do verbete vinculante, o órgão administrativo, juiz ou tribunal chegaria a um **resultado diferente daquele alcançado**.[55]

A justificativa é simples. Não há nulidade sem prejuízo (princípio da *pas de nullité sans grief*), ainda que se trate de nulidade absoluta.[56] Caso contrário, a reclamação estaria esvaziada de interesse de agir.

Ora, se o resultado alcançado na reclamação for a nulidade para cassar a decisão judicial substituindo-a por outra que tenha o mesmo efeito prático, qual a necessidade da referida ação ao STF?

17.9.5 Reclamação constitucional

17.9.5.1 Conceito

No início do século XX, a Suprema Corte norte-americana,[57] respaldada na teoria dos poderes implícitos (*implied powers*), passou a admitir o instituto para garantia de suas decisões.

No Brasil, o Regimento Interno do STF foi o primeiro diploma a admitir esse instituto, em 1957, sendo incorporado à Constituição somente em 1988.

Atualmente, esse instituto está previsto nos arts. 102, I, *l*, 103-A, § 3.º, e 105, I, *f*, da CR; arts. 13 ao 18 da Lei 8.038/1990; art. 6.º, I, *f*, da Lei 8.457/1992; Lei 11.417/2006; arts. 156 ao 162 do Regimento Interno do STF (RISTF) e arts. 187 ao 192 do Regimento Interno do STJ (RISTJ).

Podemos conceituar a reclamação constitucional como instrumento de jurisdição contenciosa e natureza jurisdicional que busca preservar a competência do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Superior Tribunal Militar, garantir eficácia de suas decisões e o respeito a súmula com força vinculante.

Para sua propositura, não é necessário o esgotamento das vias ordinárias,

assim, mesmo que caiba recurso, será cabível também reclamação diretamente para o Tribunal Superior ou Supremo.

Essa possibilidade de instigar diretamente os Tribunais de superposição, sem a necessidade de esgotar as instâncias ordinárias, justifica-se pela natureza jurídica da reclamação.

17.9.5.2 Natureza jurídica

Ao enfrentar o tema, o Supremo Tribunal Federal afirmou que a natureza jurídica de reclamação é mero exercício do direito de petição (art. 5.º, XXXIV, *a*, da CR).[58] Nestes moldes, por ser direito de petição, pode ser manejado diretamente nas instâncias especiais e extraordinárias.

Nos autos da ADI 2.212/CE,[59] o STF afirmou que o instituto analisado não é ação, nem recurso, muito menos incidente processual, tratando-se, pois, de direito de petição, podendo ser disposto pelos Estados-membros, não estando na competência privativa da União (art. 22, I, da CR).

Há forte posição doutrinária que critica a postura do Pretório Excelso e sustenta a natureza de ação[60] por diversos fatores, como a presença de elementos fundamentais da ação, a existência de uma petição inicial veiculando uma pretensão, citação, contraditório, decisão de mérito coberta por coisa julgada material e assim por diante.

Ademais, alerta Daniel Amorim Assumpção Neves[61] que a posição do STF gera um paradoxo. Ora, o STF não admite reclamação constitucional perante os Tribunais Regionais Federais, porém afirma que cabe às Constituições estaduais preverem em seu texto reclamação constitucional para que seja admitida perante o Tribunal de Justiça.[62] Contudo, se for direito de petição, não é necessário previsão constitucional expressa, sendo somente exigida previsão no Regimento Interno do Tribunal. Por isso, não se consegue entender a decisão do Pretório Excelso,[63] que declarou inconstitucional norma no Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho que previa reclamação constitucional para aquele Tribunal. Seria um direito de petição com reserva de Constituição?

17.9.5.3 Cabimento

Os arts. 102, I, *l*, e 105, I, *f*, da Carta Magna possuem a mesma redação, afirmando que compete aos STF e ao STJ, respectivamente, processar e julgar, originariamente, a reclamação para a preservação de sua competência e garantia

da autoridade de suas decisões. No mesmo caminho, o art. 6.º, I, *f*, da Lei 8.457/1992 afirma que compete ao Superior Tribunal Militar processar e julgar originariamente a reclamação para preservar a integridade da competência ou assegurar a autoridade de seu julgado. Como complemento de cabimento, o art. 103-A, § 3.º, afirma que do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula vinculante aplicável ou que indevidamente a aplicar caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal.

No Julgamento da Rcl 15.887/MG,[64] o Min. Luiz Fux, com poder de síntese ímpar, lembrou que a jurisprudência do STF estabeleceu três condicionantes para utilização de reclamação:

A) a impossibilidade de utilizar *per saltum* à Reclamação, suprimindo graus de jurisdição;

B) a impossibilidade de se proceder a um elastério hermenêutico da competência do Supremo Tribunal Federal, por estarem definidas em um rol *numerus clausus* (em caso de reclamação movida por descumprimento de competência do Supremo);

C) a observância da estrita aderência da controvérsia contida no ato reclamado e o conteúdo dos acórdãos da Suprema Corte apontados como paradigma (em caso de reclamação movida por descumprimento de decisão judicial).

Nesse passo, o objeto da reclamação é bastante simples, cabendo somente em três hipóteses:

a) **Garantir a competência do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Superior Tribunal Militar**

A competência do Supremo Tribunal Federal está prevista no rol taxativo do art. 102 da CR e as atribuições jurisdicionais do Superior Tribunal de Justiça está no elenco do art. 105 da CR. Já a competência da Justiça Militar está prevista em lei (art. 124, parágrafo único, complementado pela Lei 8.457/1992).

Caso haja usurpação dessas competências, originária e recursal, será legítimo o uso da reclamação, podendo haver, inclusive, a avocação dos autos por esses Tribunais.

Podemos pensar: se as competências desses Tribunais estão na Constituição e são desrespeitadas, há ofensa constitucional, sendo cabível recurso extraordinário ao STF. Sim, mas quem trabalha em ações contenciosas sabe quanto tempo demora para ser apreciado um recurso como esse, até mesmo em

razão da necessidade de esgotamento das vias ordinárias, sendo necessário, inclusive, o cumprimento de uma série de pressupostos extrínsecos e intrínsecos dos recursos, o que inviabiliza, para muitos, o manejo desse meio recursal. Nesse cenário, a reclamação se mostra um importante instrumento processual, por meio do qual, de forma simples e célere, o prejudicado ou o Ministério Público podem alertar os referidos Tribunais da violação de suas competências.

Obviamente, existem hipóteses em que é cabível recurso extraordinário e não reclamação. Por isso, o STF está decidindo processo (que até o fechamento desta edição estava com vista ao Ministro Gilmar Mendes) em que se discute a possibilidade de aplicar a fungibilidade para receber reclamação como recurso extraordinário.[65]

Ademais, como a competência do STJ está na Constituição da República (art. 105), não caberá recurso especial, uma vez que esta hipótese não se enquadra no cabimento contido no art. 105, III, da CR, restando a reclamação como a única via adequada para provocar o STJ para que veja o desrespeito à sua competência.

Assim, por exemplo, caso o desembargador de determinado Tribunal de Justiça seja processado por crime de responsabilidade no respectivo Tribunal de Justiça, caberá reclamação ao STJ em razão de o caso ser de sua competência (art. 105, I, *a*, da CR).

Caberá, da mesma forma, reclamação se o agravo de decisão denegatória de RExt ou REsp for julgado pela segunda instância. Explica-se: uma vez interposto Recurso Extraordinário (RExt) ou Recurso Especial (REsp), será realizado um juízo de admissibilidade pelo Tribunal de segunda instância. Caso desta análise seja negado seguimento ao recurso, caberá o recurso de agravo no prazo de dez dias, conforme previsto no art. 544 do CPC. Esse agravo será proposto no Juízo de segunda instância, que deverá anexá-lo aos autos e remetê-lo ao Tribunal Superior (no caso de REsp indeferido) ou ao Supremo Tribunal (se o RExt for indeferido). No entanto, quando, em vez de remeter o agravo, o Tribunal de segunda instância nega-lhe seguimento, será cabível reclamação, pois somente os tribunais de superposição podem analisar o referido recurso (Súmula 727 do STF).

Outro exemplo: imagine que uma ação coletiva tenha sido proposta na primeira instância com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade de norma. Como já explanado, cabe ao STF analisar, em decisão de mérito, a inconstitucionalidade de normas. Claro que o tribunal *a quo* não teria competência para essa análise, só podendo conhecer da inconstitucionalidade

incidentalmente. Dessa forma, caso a inconstitucionalidade conste do pedido da ação coletiva, é possível o manejo da reclamação constitucional.[66]

Para conceder uma visão mais ampla ao leitor, cabe trazer um julgado em que o STF, em sede de reclamação, cassou decisão do TRE que havia determinado a quebra de sigilo bancário de Deputados Federais para apuração de crime eleitoral, uma vez que o STF é o responsável por julgar esses parlamentares por crimes comuns.[67]

Por fim, o Supremo sedimentou entendimento de que não cabe recurso ou reclamação ao STF para rever decisão do tribunal de origem que aplica a sistemática da repercussão geral, a menos que haja negativa motivada do juiz em se retratar para adotar a decisão da Suprema Corte.[68]

b) **Para garantir a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Superior Tribunal Militar**

Para garantir que suas decisões sejam respeitadas, o STF e o STJ podem receber reclamação.

Existe uma diferença tênue que é bom compartilhar. Desrespeito à jurisprudência consolidada não autoriza o uso de reclamação.[69] Para ser utilizada esta ação, o desrespeito deve ser específico, com relação a uma decisão determinada que o juiz deve respeitar e não o faz.

Há uma exceção.[70] Para explicá-la é preciso ter em mente que não cabe recurso especial de decisão proferida em recurso inominado de Juizado Especial, uma vez que o art. 105, III, que prevê o cabimento de recurso especial, só o admite em decisões proferidas por Tribunais Regionais Federais ou Tribunais de Justiça.

Dessa forma, diante da aparente ausência de controle sobre a aplicação e o respeito às leis federais em Juizados Especiais, o STJ[71] e o STF[72] passaram a admitir reclamação para o Tribunal Superior.

Assim, em resumo, por não existir outra medida processual para provocar o Superior Tribunal de Justiça em ações em trâmite nos Juizados Especiais, é admissível reclamação contra decisões de Turma recursal que desrespeite jurisprudência daquele Tribunal.

Essa regra somente se aplica no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais, pois nos Juizados Especiais Federais (art. 14, § 4.º, da Lei 10.259/2009) e nos Juizados Especiais da Fazenda Pública Municipal e Estadual (arts. 18 e 19 da Lei 12.153/2009) existe previsão do instituto da uniformização de jurisprudência, o

qual permite a provocação do STJ quando, em questões de direito material, a Turma recursal contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça.

De regra, somente as decisões de mérito proferidas por esses tribunais rendem ensejo à reclamação caso sejam descumpridas,[73] porém, caso haja descumprimento de decisão liminar em controle de constitucionalidade, nada impede o uso da reclamação, pois essas decisões, apesar de precárias, produzem efeitos vinculante e *erga omnes*.[74]

E mais, na sentença, a coisa julgada só atinge a parte dispositiva da decisão, por isso somente essa parte da sentença rende ensejo à reclamação.

No entanto, também há uma exceção: em controle de constitucionalidade abstrato o Supremo Tribunal Federal permite que os motivos determinantes da fundamentação do julgado produzam efeito *erga omnes* (transcendência da *ratio decidendi* ou dos motivos determinantes). Desta sorte, caberá reclamação caso outro magistrado descumpra as razões determinantes do julgado proferido pelo STF nos processos de controle de constitucionalidade abstrato.

Outro ponto que merece relevo é o de que, caso a autoridade administrativa descumpra decisão do STF ou STJ, não caberá reclamação, pois basta a autoridade judiciária imputar a estas autoridades crime de desobediência ou crime de responsabilidade.[75]

É lógico que esta posição dos Tribunais de superposição está levando em conta processos que envolvam a autoridade administrativa como parte, pois se descumprir decisão que gerou efeito *erga omnes* em processo de controle de constitucionalidade abstrato, por exemplo, do qual não foi parte, será cabível a reclamação constitucional.

É bom ficar atento, uma vez que, no caso de descumprimento de reclamação, não caberá nova reclamação, pois a relutância ao cumprimento deve ser resolvida no campo da execução.[76]

c) Contrariedade de súmula vinculante

A EC 45/2004, conhecida como a reforma do Judiciário, criou a súmula vinculante no art. 103-A da CR e, no mesmo passo, previu, no § 3.º, medida para o caso de descumprimento – a reclamação, *in verbis*: “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"; no mesmo sentido, art. 7.º da Lei 11.417/2006.

Pautado neste dispositivo, Gisele Santos Fernanda Góes[77] pontua que "o objetivo da reclamação diante do ato administrativo contrário à súmula vinculante é a anulação no STF (§ 2.º do art. 7.º da Lei 11.417/2006), ficando a critério da Administração editar outro ato ou não, vez que o Poder Judiciário não pode interferir na Administração. De modo inverso, o propósito da reclamação perante provimento jurisdicional é a cassação do ato, delineando-se que o STF não profere outro ato, mas sim o reenvia ao juízo para que seja prolatada nova decisão com ou sem a aplicação da súmula, em obediência ao princípio do Juiz natural (*in fine* do § 2.º do art. 7.º da Lei 11.417/2006)".

Pelo parágrafo constitucional reproduzido, percebe-se que cabe reclamação tanto quando for caso de aplicação da súmula vinculante e o Juiz não o fizer como quando o magistrado ou administrador aplicar a súmula quando não poderia fazê-lo, por não ser questão idêntica a que ensejou a edição do verbete com força vinculante.

André Ramos Tavares[78] esclarece que podem ser consideradas "descumprimento" de súmula vinculante tanto as ações como as omissões e as decisões, que, de alguma forma, contrariam, ignoram ou negam vigência, aplicando ou interpretando indevidamente a súmula cuja incidência seja invocada. Em outros termos, a "violação" deve ser entendida em sentido amplo.

Devemos estar atentos ao fato de que o descumprimento desta espécie sumular só é cabível quando houver alguma espécie de prejuízo ao impetrante, uma vez que não há nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*).

Para deixar claro o posicionamento apresentado, imagine que o magistrado não aplique a súmula vinculante suscitada pelo réu, o que geraria a improcedência da demanda, porém julgue o pleito, da mesma forma, improcedente por outros fundamentos. Por via transversa, o magistrado chegou ao mesmo resultado prático; logo, não faz sentido a propositura da "petição" de reclamação.

A parte final do art. 7.º da Lei da Súmula Vinculante (Lei 11.417/2006) admite a propositura da reclamação "sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação".

Às vezes, a propositura do recurso se mostra necessária para evitar o trânsito

em julgado e possibilitar o uso, com calma, da reclamação,[79] já que a Súmula 734 do STF não admite reclamação sobre decisão desrespeitosa transitada em julgado.

Cuidado para não confundir. A ideia é que a reclamação não pode substituir ação rescisória,[80] mas se a decisão do STF ou STJ, já transitada em julgado, estiver sendo desrespeitada, por óbvio, caberá reclamação, eis que não alterará a coisa julgada, ao contrário, reforçará o respeito a sua determinação.

O dispositivo de maior estranheza é o art. 7.º, § 1.º, da Lei 11.417/2006, que exige o esgotamento das vias administrativas para possibilitar o uso da reclamação. Óbvio que esta questão gera posições antagônicas.

Por um lado, defensores desse parágrafo entendem ser abusiva a utilização de reclamação constitucional sem o esgotamento das vias administrativas. Esse dispositivo ajudaria a diminuir a crise numérica do, já assoberbado, Poder Judiciário. Segundo esta posição, esse requisito é essencial para a sobrevivência da reclamação como instituto útil. O acesso irrestrito ao Poder Judiciário compromete a capacidade operativa da Corte Constitucional.[81]

Por outro viés, há entendimento de que esse dispositivo seria manifestamente inconstitucional, padecendo da pecha da inconstitucionalidade chapada, por ofensa ao art. 5.º, XXXV, da CR.

17.9.5.4 Legitimidade ativa

A legitimidade da reclamação é bem extensa, podendo ser impetrada por qualquer interessado ou pelo Ministério Público.

Esse entendimento do STF foi referendado pelo art. 13 da Lei 8.038/1990, *in expressis*: “Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público.”

Não é possível limitar a reclamação às partes no processo originário, pois não podemos excluir a possibilidade de ofensa a terceiros interessados. Ademais, é cabível reclamação até mesmo sem existência de processo.

Ao propor a reclamação, é importante que o proponente demonstre o interesse no caso posto em juízo.

Já o Ministério Público não precisará demonstrar o interesse, já que sua legitimidade decorre de sua macrofinalidade de defender a ordem jurídica (art.

127, *caput*, da CR).

17.9.5.5 Prazo

Não há prazo processual para propositura da reclamação, somente tendo que observar a orientação de que não cabe reclamação contra decisão transitada em julgado (Súmula 734 do STF). Neste caso, somente será possível ação rescisória (art. 485, II, do CPC).

Se o trânsito em julgado da decisão combatida vier a ocorrer após o ajuizamento da reclamação, ela continuará,[82] pois a coisa julgada impede a propositura da demanda e não a continuidade dela.

17.9.5.6 Procedimento

O procedimento da reclamação é similar ao do mandado de segurança (procedimento sumário especial documental) e está previsto nos arts. 13 e seguintes da Lei 8.038/1990, da seguinte forma: a petição inicial deve obedecer aos requisitos do art. 282 do CPC, inclusive com recolhimento de custas, e será proposta pela parte interessada ou pelo Ministério Público em face do Juízo ou da pessoa jurídica de direito público que desrespeitou sua decisão, súmula vinculante ou sua competência.

A inicial, instruída com prova documental, será dirigida ao Presidente do Tribunal competente, sendo autuada e distribuída ao relator da causa principal, sempre que possível; trata-se de prevenção temática.

Uma questão importante é quanto à produção de prova. Todas as provas devem instruir a petição inicial, até por isso não há requerimento de produção de provas na petição inicial. Contudo, não há preclusão caso haja juntada posterior de provas, mesmo que não requeridas, desde que demonstre o motivo da juntada extemporânea.[83]

A inicial poderá ser emendada ou indeferida nos moldes dos arts. 284 e 295 do CPC.[84]

Ao despachar a reclamação, o relator poderá adotar duas medidas previstas no art. 14 da Lei 8.038/1990:

a) requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de dez dias (salvo na Justiça Militar, em que o prazo é de 48 horas, nos moldes do art. 586, § 1.º, do CPP Militar);

Note que, além da autoridade judiciária ou administrativa a quem for imputada a prática do ato, o art. 15 da Lei 8.038/1990 possibilita que qualquer interessado impugne o pleito do reclamante.

b) ordenará, se necessário, para evitar dano irreparável, a suspensão do processo ou do ato impugnado. Esta concessão poderá ocorrer, inclusive, de ofício, seja de natureza cautelar, seja em razão de tutela antecipada.

Decorrido o prazo para informações, dar-se-á vista ao Procurador-Geral, por cinco dias, quando a reclamação não tenha sido proposta por ele (art. 16 da Lei 8.038/1990 e art. 160 do RISTF).

Caso seja reclamação interposta ante o Superior Tribunal Militar, o Ministério Público Militar terá o prazo mais curto, de três dias, como ensina o art. 105, § 2.º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça Militar (RISTM) e art. 586, § 4.º, do Código de Processo Penal Militar.

Segundo respeitável posição doutrinária,[85] é possível o indeferimento monocrático da reclamação quando a matéria em questão for objeto de jurisprudência consolidada na Corte, aplicando o art. 161, parágrafo único, do RISTF, e, por analogia, o art. 557 do CPC.

Caso não seja jurisprudência consolidada, o julgamento será realizado pelo Plenário quando a reclamação for de sua competência originária, ou para garantir a autoridade de suas decisões (art. 6.º, I, *g*, do RISTF), e pelas Turmas nos demais casos (art. 9.º, I, *c*, do RISTF).

O art. 161 do RISTF estabelece que, julgando procedente a reclamação, o Plenário ou a Turma poderão:

a) avocar o conhecimento do processo em que se verifique usurpação de sua competência. Avocar significa chamar para si. Assim, pode o Tribunal de superposição determinar a remessa dos autos ao seu conhecimento;

b) ordenar que lhe sejam remetidos, com urgência, os autos do recurso para ele interposto;

c) cassar decisão exorbitante de seu julgado ou determinar medida adequada à observância de sua jurisdição.

Tratando-se de descumprimento de súmula vinculante, o Tribunal determinará a anulação do ato administrativo ou cassará a decisão judicial.

Por ter natureza de direito de petição, não cabe condenação em ônus de sucumbência (honorários advocatícios e custas processuais).[86]

O Presidente do Tribunal ou da Turma determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente (art. 18 da Lei 8.038/1990). Isso significa que não é obrigatória a lavratura e publicação do acórdão para eficácia da decisão.[87]

No que toca aos recursos, caberá a oposição de embargos de declaração e, sendo a decisão monocrática, agravo regimental.

Caberá recurso especial ao STJ quando a reclamação for julgada originariamente pelo TJ, e recurso extraordinário para o STF quando julgada originariamente por outro tribunal.

Não cabe, ainda, interposição de embargos infringentes (Súmula 368 do STF), eis que as hipóteses de cabimento estão exauridas no art. 330 do RISTF, que não faz menção ao julgamento da reclamação.

Por fim, segundo o STJ, da decisão do relator que indefere o processamento da reclamação não cabe recurso. Em razão disso, admite a propositura de mandado de segurança para o órgão especial do próprio tribunal contra aquela decisão (art. 105, I, *b*, da CR).[88]

17.9.5.7 Reclamação nos Estados-membros

Apesar de o tema já ter sido versado, é bom realizar uma abordagem mais detida.

A Constituição da República concede autonomia aos Estados para organizar seus Poderes, dentre os quais seu Poder Judiciário. Entretanto, obviamente, princípios constitucionais devem ser observados. Por isso, resta a dúvida: poderia a Constituição Estadual dispor sobre reclamação constitucional no âmbito estadual?

Bem, os arts. 248 ao 253 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia, os arts. 192 ao 196 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, dentre outros, preveem o instituto no âmbito estadual.

Ao analisar questão similar na ADI 2.212/CE,[89] o STF declarou-a constitucional, pois, em razão de sua natureza jurídica (direito de petição), a sua adoção pelo Estado-membro, pela via legislativa local, não implica invasão da competência privativa da União para legislar sobre Direito Processual (art. 22, I, da CF).

Ademais, a “reclamação constitui instrumento que, aplicado no âmbito dos

Estados-membros, tem como objetivo evitar, no caso de ofensa à autoridade de um julgado, o caminho tortuoso e demorado dos recursos previstos na legislação processual, inegavelmente inconvenientes quando já tem a parte uma decisão definitiva. Visa, também, à preservação da competência dos Tribunais de Justiça estaduais, diante de eventual usurpação por parte de Juízo ou outro Tribunal local".[90]

Por fim, esclareceu que a adoção desse instrumento pelos Estadosmembros, além de estar em sintonia com o princípio da simetria, está em consonância com o princípio da efetividade das decisões judiciais.

17.10 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)

O Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B) foi criado pela EC 45/2004 para ser um órgão administrativo de controle **interno** do Poder Judiciário, **sem poder jurisdicional**. A EC 61/2009 já alterou a redação original do artigo e a estrutura atribuída ao órgão, conforme será exposto.

17.10.1 Estrutura

O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 membros com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

I – o Presidente do Supremo Tribunal Federal;

II – um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal;

III – um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal;

IV – um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

V – um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

VI – um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VII – um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VIII – um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal

Superior do Trabalho;

IX – um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

X – um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República;

XI – um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual;

XII – dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

XIII – dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

Não efetuadas, no prazo legal, as indicações previstas, caberá a escolha ao Supremo Tribunal Federal.

Os demais membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Segundo jurisprudência do STF, "nenhum cidadão ou membro do Conselho Nacional de Justiça pode, durante o exercício do mandato, exercer atividades incompatíveis com essa condição, tais como, exercer outro cargo ou função, salvo uma de magistério, dedicar-se a atividade político-partidária e exercer a advocacia no território nacional"[91]. Em resumo, são aplicáveis aos membros do CNJ as vedações impostas aos membros da magistratura (art. 95, parágrafo único, da CR), entretanto, eles não gozam de todas as garantias, como, por exemplo, a vitaliciedade, já que possuem mandato por prazo certo (dois anos prorrogáveis por igual período).

Cumpre notar que, caso os membros do CNJ cometam crime de responsabilidade, serão julgados no Senado Federal em processo semelhante ao aplicado para o julgamento do Presidente da República (art. 52, II, parágrafo único, da CR). Contudo, o órgão **CNJ terá seus atos processados e julgados pelo STF** (art. 102, I, *r*, da CR).

O Conselho será presidido pelo **Presidente** do Supremo Tribunal Federal e, nas suas ausências e impedimentos, pelo Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal.

A previsão em que o Presidente do Supremo Tribunal será substituído pelo Vice-Presidente do mesmo Tribunal foi instituída pela EC 61, de 12.11.2009, por isso as sessões realizadas **antes** desta data e presididas por outras autoridades, como Corregedor-Geral de Justiça, não podem ser declaradas nulas, devendo ser mantidas.[92]

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de **Ministro Corregedor** e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes:

I – receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários;

II – exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral;

III – requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

Junto ao Conselho oficiarão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça.

17.10.2 Competência

O art. 103-B, § 4.º, estabelece que compete ao Conselho Nacional de Justiça o controle da **atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes**, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I – zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares[93-94], 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 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;

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 correcional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV – representar o Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V – rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI – elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

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.

O Conselho Nacional de Justiça possui atribuição para **impor sanção de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado** (art. 93, VIII, da CR), porém, em razão da garantia da vitaliciedade concedida ao magistrado, **não possui força para determinar a perda do cargo, seja por exoneração, seja por demissão** (art. 95, I, da CR).

Ao apreciar pleito liminar deduzido na ADI 4.638/DF, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, o Relator do feito, Ministro

Marco Aurélio Mello, suspendeu, monocraticamente, alguns artigos da Resolução 135/2011 do CNJ, que dispõe sobre a uniformização de normas relativas ao procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados.

A decisão limitou os poderes do CNJ para investigar e punir juízes suspeitos de irregularidades, pois, para o Ministro Relator, a atividade do CNJ seria **subsidiária** às corregedorias.[95] Sendo assim, o CNJ atuaria somente após as decisões das corregedorias (art. 103-B, § 4.º, V, da CR) ou quando nesses processos estiverem ocorrendo omissões, como delongas injustificáveis. Neste último caso, compete ao CNJ avocar os processos em curso (art. 103-B, § 4.º, III, da CR).

É cediço que mesmo as decisões liminares em ação direta de inconstitucionalidade devem ser adotadas pelo Plenário; só em casos excepcionais essa regra pode ser afastada (art. 10 da Lei 9.868/1999).

Ao retomar o julgamento do caso, em referendo à decisão monocrática, o STF reformou o entendimento exposto e entendeu que a atuação do CNJ é **originária e concorrente** para instaurar procedimentos administrativos disciplinares aplicáveis a magistrados. Isso significa dizer que as ações podem ser propostas diretamente naquele órgão, sem depender das corregedorias.[96]

Neste mesmo julgado, o Supremo analisou diversos outros pontos da Resolução 135/2011 do CNJ, que podem constituir interessantes questões de prova. Por isso, faremos um quadro sistematizado dos principais pontos desse julgado, além de importantes pontos extraídos do MS 28.003/DF,[97] que também dispôs sobre poderes do CNJ:

CNJ possui competência originária e concorrente para instaurar procedimentos administrativos disciplinares aplicáveis a magistrados (ADI 4.638 – referendo em MC/DF)
CNJ pode aposentar magistrado, remover ou colocá-lo em disponibilidade (art. 93, VIII, CR)
Julgamento disciplinar contra magistrado deve ser realizado em sessão pública (art. 93, IX e X, CR e ADI 4.638 – referendo em MC/DF)
CNJ pode avocar processo disciplinar em curso (art. 103-B, § 4º, III, CR e MS 28.003/DF)

CNJ pode obstar o processamento de sindicância em tramitação no Tribunal de origem (teoria dos poderes implícitos – MS 28.003/DF)

CNJ pode averiguar fatos que digam respeito a magistrados, colhidos em interceptação telefônica judicialmente autorizada em inquérito instaurado com fim de investigar outras pessoas e fatos diversos (MS 28.003/DF)

O Presidente do CNJ pode delegar suas atribuições de presidir sessões plenárias a Conselheiro (art. 3, 4, III, IV, XXVI, 5, 6, IV, e 23, I, do RICNJ)

O termo "Conselho" evidencia a natureza administrativa do CNJ – não possui jurisdição (ADI 4.638 – referendo em MC/DF)

Não pode exonerar ou demitir magistrado (em razão da vitaliciedade)

CNJ não pode, por resolução, estabelecer novas punições (punição tem reserva de lei) (ADI 4.638 – referendo em MC/DF)

17.11 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

17.11.1 Estrutura

Segundo o art. 104, o Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, **no mínimo, trinta e três Ministros**.

Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:

I – um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal;

II – um terço, em partes iguais e alternadamente dentre membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. Recebidas as indicações, o Superior Tribunal de Justiça formará lista tríplice, enviando-a ao Presidente da República, que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.

Funcionarão junto ao Superior Tribunal de Justiça:

a) a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira;
b) o Conselho da Justiça Federal, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema e com poderes correicionais, cujas decisões terão caráter vinculante.

17.11.2 Competência

Assim como o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça possui competência originária e recursal.

No que diz respeito à competência originária (art. 105, I, CR), compete ao STJ processar e julgar, **originariamente**:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;
b) 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 Tribunal;

c) os *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea *a*, 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;

d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, *o*, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;

e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;

f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

g) 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;

h) 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;

i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias.

E em **recurso ordinário**, compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar (art. 105, II, CR):

a) os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, **quando a decisão for denegatória**;

b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, **quando denegatória a decisão**;

A terceira turma do STJ adotou interessante entendimento quando decidiu que **não é cabível** a interposição de **recurso ordinário em face de decisão monocrática** do relator no tribunal de origem que julgou extinto o mandado de segurança. O fundamento é simples: "Decisão de 'tribunal' não é a monocrática exarada por um dos desembargadores, mas acórdão de um de seus órgãos fracionários. Embora se admita a utilização do recurso ordinário se o mandado de segurança for extinto sem exame do mérito, em se tratando de decisão monocrática, faz-se necessária a prévia interposição de agravo regimental sob pena de ofensa ao princípio da colegialidade".[98]

c) 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.

Essa hipótese de recurso ordinário ao STJ ocorre de decisão da Justiça Federal de primeira instância (art. 109, II) . Assim, o art. 36, I, da Lei 8.038/1990, que prevê apelação nessa hipótese não é aplicável.

Melhor explicando, nas causas em que forem partes, de um lado, estado estrangeiro ou organismo internacional, e, de outro, município ou pessoa domiciliada ou residente no País, caberá:

a) das decisões interlocutórias, agravo retido (que ficará anexado aos autos) ou agravo de instrumento diretamente ao STJ;[99]

b) recurso ordinário constitucional diretamente ao STJ (art. 105, II, *c*, da CR/1988).

Por fim, em **recurso especial**, compete ao STJ julgar 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:

a) contrariar tratado ou lei federal ou negar-lhes vigência;
b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal.

17.12 JUSTIÇA FEDERAL

17.12.1 Estrutura

Segundo o art. 106, são órgãos da Justiça Federal os Tribunais Regionais Federais (TRF) e os Juízes Federais.

Os **Tribunais Regionais Federais** compõem-se de, no mínimo, sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo:

> I – um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público Federal com mais de dez anos de carreira;
>
> II – os demais, mediante promoção de juízes federais com mais de cinco anos de exercício, por antiguidade e merecimento, alternadamente.

O Presidente da República deve observar os critérios de promoção previstos na Constituição. Por isso, aquele que foi preterido três vezes seguidas ou cinco alternadas na lista de merecimento deve ser o nomeado pelo Presidente quando lhe for enviada a lista tríplice (art. 93, II, *a*, c/c art. 107, *caput*, II, CR).[100]

A reforma do Judiciário (EC 45/2004) incluiu no art. 107 dois importantes parágrafos. O § 2.º prevê a justiça itinerante para os Tribunais Regionais Federais, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

Já o § 3.º do art. 107 previu a descentralização dos Tribunais Regionais Federais, estabelecendo que eles poderão funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à Justiça em todas as fases do processo.

É bom esclarecer que cada Estado, bem como o Distrito Federal, constituirá uma seção judiciária que terá por sede a respectiva Capital, e varas localizadas segundo o estabelecido em lei.

Nos Territórios Federais, a jurisdição e as atribuições cometidas aos juízes

federais caberão aos juízes da justiça local, na forma da lei.

17.12.2 Competência

Segundo o art. 108, compete aos **Tribunais Regionais Federais**:

I – processar e julgar, originariamente:

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 de recurso, os TRFs julgarão as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.

Já aos **juízes federais** compete 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;[101]

II – as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;

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;

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;

VI – as causas relativas a direitos humanos que gerem grande violação a tratados ou convenções internacionais;

VII – os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

VIII – 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;

IX – os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;

X – os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;

XI – 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;

XII – a disputa sobre direitos indígenas.

Após elencar as competências, os parágrafos do art. 109 estabelecem uma série de regras.

As causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte (art. 109, § 1.º).

As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal (art. 109, § 2.º).

Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários as causas em que forem partes a instituição de previdência social e o segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do

juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual (art. 109, § 3.º). Nessas hipóteses, o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau.

O art. 109, § 5.º, estabelece o que ficou conhecido como **federalização dos crimes contra os direitos humanos**, pois, 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.

Explica-se: recebido este incidente, o Juiz estadual sobrestará o feito e remeterá ao Superior Tribunal de Justiça para analisar o incidente em autêntica **cisão funcional de competência no plano vertical** (divisão de competência funcional dentro de um mesmo processo). Caso constate que houve grave violação, o processo seguirá para a justiça federal; caso verifique que não ocorreu grave violação a tratados ou convenções internacionais do qual o Brasil seja signatário, o processo retornará para a justiça estadual para continuidade. Em todas as hipóteses os atos até então realizados serão aproveitados.

17.13 JUSTIÇA DO TRABALHO

17.13.1 Estrutura

O art. 111 estabelece como órgãos da Justiça do Trabalho o Tribunal Superior do Trabalho (TST), os Tribunais Regionais do Trabalho (TRT) e os Juízes do Trabalho.

O **Tribunal Superior do Trabalho** compor-se-á de **vinte e sete Ministros**, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:

I – um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos

de representação das respectivas classes. Recebidas as indicações, o Tribunal Superior do Trabalho formará lista tríplice, enviando-a ao Presidente da República, que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação;

II – os demais dentre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, oriundos da magistratura da carreira, indicados pelo próprio Tribunal Superior.

Funcionarão junto ao Tribunal Superior do Trabalho:

a) a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira;
b) o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa, orçamentária, financeira e patrimonial da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema, cujas decisões terão efeito vinculante.

A lei criará varas da Justiça do Trabalho, podendo, nas comarcas não abrangidas por sua jurisdição, atribuí-la aos juízes de direito, com recurso para o respectivo Tribunal Regional do Trabalho.

Os **Tribunais Regionais do Trabalho** compõem-se de, no mínimo, sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região, e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo:

I – um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, notório saber jurídico e reputação ilibada e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. Recebidas as indicações, o Tribunal Regional do Trabalho formará lista tríplice, enviando-a ao Presidente da República, que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação;

II – os demais, mediante promoção de juízes do trabalho por antiguidade e merecimento, alternadamente.

Os Tribunais Regionais do Trabalho instalarão a **justiça itinerante**, com a realização de audiências e demais funções de atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

O art. 115, § 2.º, possibilita que Tribunais Regionais do Trabalho funcionem descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à Justiça em todas as fases do processo.

17.13.2 Competência

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. O STF[102] assentou a ideia de que as relações celetistas entre servidor e administração são julgadas na Justiça do Trabalho. Entretanto, as relações estatutárias devem ser dirimidas na Justiça Estadual ou Federal, dependendo do nível da administração;

II – as ações que envolvam exercício do direito de greve;

III – as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores e entre sindicatos e empregadores;

IV – os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V – os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, *o*;

VI – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII – as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

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;

IX – outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da

lei.

Quanto à negociação e dissídio coletivo, os parágrafos do art. 114 entendem que, frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. Já se houver recusa de qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado a elas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.

17.14 JUSTIÇA ELEITORAL

17.14.1 Estrutura

O art. 118 elenca como órgãos da Justiça Eleitoral o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), os Tribunais Regionais Eleitorais (TER), os Juízes Eleitorais e as Juntas Eleitorais.

O **Tribunal Superior Eleitoral** compor-se-á, no mínimo, de **sete membros**, 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.

O Tribunal Superior Eleitoral elegerá seu Presidente e o Vice-Presidente dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, e o Corregedor Eleitoral dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto aos **Tribunais Regionais Eleitorais**, o art. 120 exige um na capital de

cada Estado e no Distrito Federal, e serão compostos:

I – mediante eleição, pelo voto secreto:

a) de dois juízes dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça;

b) de dois juízes, dentre juízes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça.

II – de um juiz do Tribunal Regional Federal com sede na Capital do Estado ou no Distrito Federal, ou, não havendo, de juiz federal, escolhido, em qualquer caso, pelo Tribunal Regional Federal respectivo;

III – por nomeação, pelo Presidente da República, de dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça.

O Tribunal Regional Eleitoral elegerá 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 de suas funções, e no que lhes for aplicável, gozarão de plenas garantias e serão inamovíveis.

Os juízes dos tribunais eleitorais, salvo motivo justificado, servirão por dois anos, no mínimo, e nunca por mais de dois biênios consecutivos, sendo os substitutos escolhidos na mesma ocasião e pelo mesmo processo, em número igual para cada categoria.

17.14.2 Competência

A organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais será disposta em lei complementar.

São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem esta Constituição e as denegatórias de *habeas corpus* ou mandado de segurança.

Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:

I – forem proferidas contra disposição expressa da Constituição ou de lei;

II – ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais;

III – versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais;

IV – anularem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais;

V – denegarem *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* ou mandado de injunção.

17.15 JUSTIÇA MILITAR

17.15.1 Estrutura

São órgãos da Justiça Militar o Superior Tribunal Militar (STM) e os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei.

O Superior Tribunal Militar compor-se-á de **quinze Ministros** vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo **três** dentre oficiais-generais da Marinha, **quatro** dentre oficiais-generais do Exército, **três** dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e **cinco** dentre civis.

Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo:

I – três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional;

II – dois, por escolha paritária, dentre juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar.

17.15.2 Competência

A Constituição somente prevê que à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei (art. 124).

Ademais, lei ordinária disporá sobre a organização, o funcionamento e a

competência da Justiça Militar.

17.16 JUSTIÇA ESTADUAL

O art. 125 autoriza os Estados a organizarem sua Justiça, observados os princípios estabelecidos na Constituição da República.

Dessa forma, a estrutura e a competência da Justiça Estadual dependerão das normas estabelecidas nas Constituições estaduais. Estas poderão ser esmiuçadas pelas leis de organização judiciária de cada ente, cuja iniciativa é atribuída aos Tribunais de Justiça.

De certo, a Justiça estadual é formada por Juízes estaduais e pelo Tribunal de Justiça.

Não é mais possível a criação de Tribunais de Alçada, uma vez que a EC 45/2004 trouxe o art. 4.º, que dispõe: "Ficam extintos os tribunais de Alçada, onde houver, passando os seus membros a integrar os Tribunais de Justiça dos respectivos Estados, respeitadas a antiguidade e classe de origem". E o parágrafo único do mesmo artigo complementa: "No prazo de cento e oitenta dias, contado da promulgação desta Emenda, os Tribunais de Justiça, por ato administrativo, promoverão a integração dos membros dos tribunais extintos em seus quadros, fixando-lhes a competência e remetendo, em igual prazo, ao Poder Legislativo, proposta de alteração da organização e da divisão judiciária correspondentes, assegurados os direitos dos inativos e pensionistas e o aproveitamento dos servidores no Poder Judiciário estadual".

O STF não admite que os Estados criem órgãos de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da respectiva justiça.[103] Nesse sentido, a Súmula 649 dispõe: "É inconstitucional a criação, por Constituição Estadual, de órgão de controle administrativo do Poder Judiciário do qual participem representantes de outros poderes ou entidades".

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.

Logicamente, o rol de legitimados deve estar submetido às determinações estaduais, não podendo a Constituição estadual conceder legitimação ao Presidente da República, por exemplo. Geralmente, as Constituições seguem a

ordem simétrica, porém o STF[104] já admitiu que a Constituição do Estado preveja um rol mais extenso que o previsto para mover a ação direta de inconstitucionalidade.

Apesar de já ser adotado por alguns Estados, a EC 45/2004 instituiu o § 7.º no art. 125, o qual possibilita aos Tribunais de Justiça instalar a **justiça itinerante**, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

Novidade é a previsão contida no art. 125, § 6.º, que permite aos Tribunais de Justiça funcionar descentralizadamente, constituindo **Câmaras regionais**, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à Justiça em todas as fases do processo.

É possível ainda que lei estadual crie, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o **efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes**.

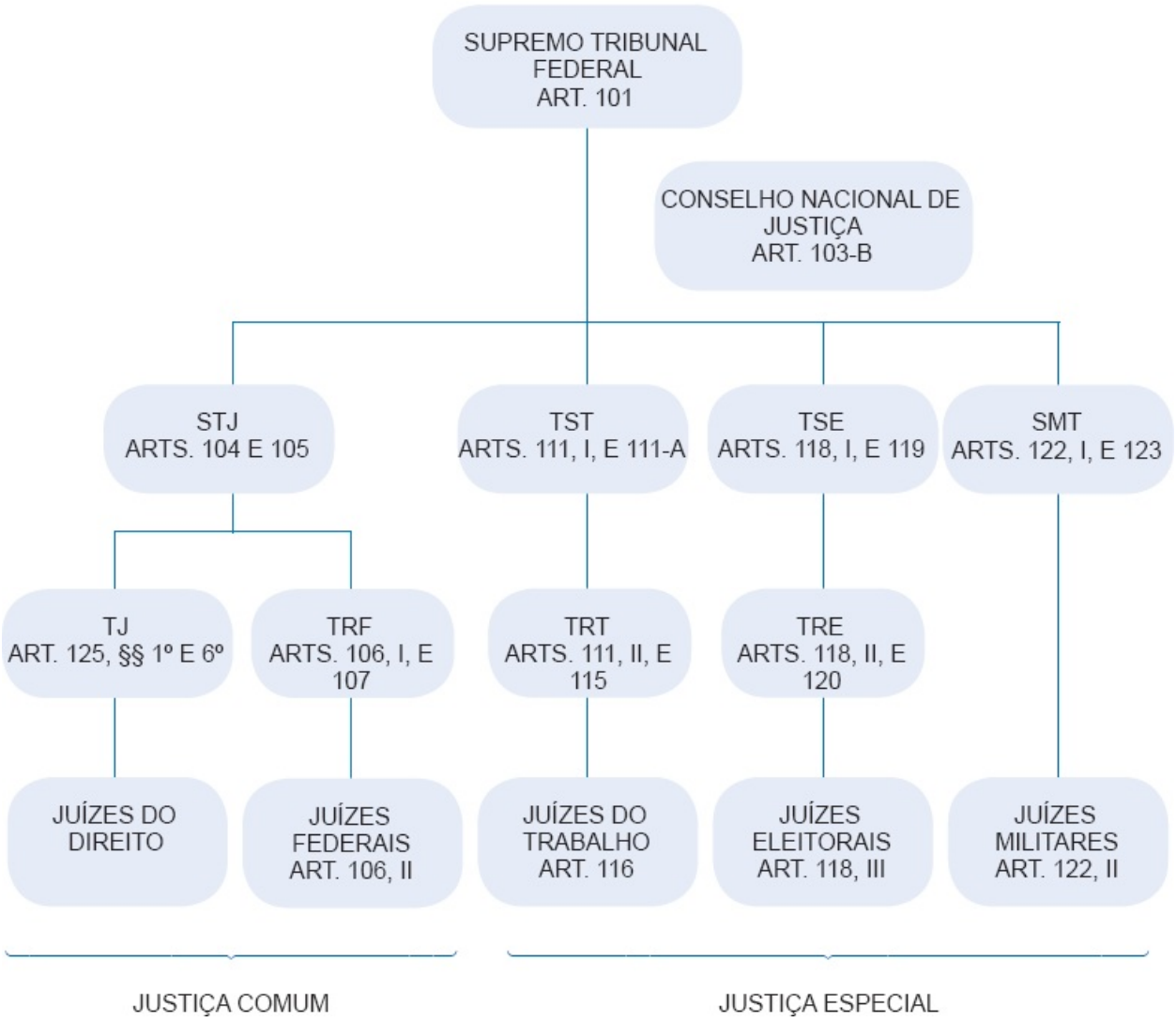
Nesse caso, compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

Já aos juízes de direito do juízo militar compete processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.

Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça proporá ainda a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias.

17.17 FLUXOGRAMA – ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO

ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO



17.18 QUADRO ESQUEMATIZADO SOBRE O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

AUTORIDADES DO PODER EXECUTIVO	CRIME COMUM	CRIME DE RESPONSABILIDADE
		Senado Federal – art. 52, I, parágrafo

Presidente da República	**STF** – art. 102, I, *b*, da CR	único, da CR, c/c o art. 51, I, da CR
Vice-Presidente da República	**STF** – art. 102, I, *b*, da CR	**Senado Federal** – art. 52, I, parágrafo único, da CR, c/c o art. 51, I, da CR
Ministro de Estado	**STF** – art. 102, I, *c*, da CR	Regra: **STF** – art. 102, I, *c* Exceção: **Senado Federal** (se conexo ao Presidente da República) – art. 52, I, da CR/1988
Advogado-Geral da União	**STF** (por possuir *status* de Ministro de Estado)	**Senado Federal** – art. 52, II, parágrafo único, da CR
Governador (Estado e DF)	**STJ** – art. 105, I, *a*, da CR	Constituições estaduais. Caso não estabeleça, haverá um Tribunal Estadual composto de cinco membros do Legislativo, cinco desembargadores, sob o comando do Presidente do TJ (art. 78 da Lei 1.079/1950)
Prefeito	**2.ª Instância** – art. 29, X, da CR[105]	**Câmara dos Vereadores** – art. 4.º do Dec.-Lei 201/1967[106]

AUTORIDADES DO PODER LEGISLATIVO	CRIME COMUM	CRIME DE RESPONSABILIDADE
Senadores	**STF** – art. 102, I, *b*, da CR	**Senado Federal**
Deputados Federais	**STF** – art. 102, I, *b*, da CR	**Câmara dos Deputados**
Deputados Estaduais	**Tribunal de Justiça** – art. 27, § 1.º, da CR	**Assembleia Legislativa** – art. 27, § 1.º, da CR
Deputados Distritais	**Tribunal de Justiça** – art. 32, § 3.º, c/c o art. 27, § 1.º, da CR	**Câmara Legislativa** – art. 32, § 3.º, c/c o art. 27, § 1.º, da CR
Vereadores	1.ª Instância, salvo quando as Constituições estaduais estabelecerem competência do TJ[107]	**Câmara dos Vereadores**

AUTORIDADES DO PODER JUDICIÁRIO	CRIME COMUM	CRIME DE RESPONSABILIDADE
Supremo Tribunal Federal	**STF** – art. 102, I, *b*, da CR	**Senado** – art. 52, II, parágrafo único, da CR
Membros do CNJ	Divergência: 1.ª pos. STF; 2.ª pos. Depende do cargo de origem	**Senado** – art. 52, II, parágrafo único, da CR
Tribunais Superiores (STJ, TST, TSE e STM)	**STF** – art. 102, I, *c*, da CR	**STF** – art. 102, I, *c*, da CR
2.ª instância (TJ, TRF, TRE, TRF)	**STJ** – art. 105, I, *a*, da CR	**STJ** – art. 105, I, *a*, da CR
Juízes estaduais, DF e Territórios	**TJ** – art. 96, III, da CR	**TJ** – art. 96, III, da CR
Juízes federais, do trabalho e militares	**TRF** – art. 108, I, *a*, da CR	**TRF** – art. 108, I, *a*, da CR

AUTORIDADES DO MINISTÉRIO PÚBLICO	CRIME COMUM	CRIME DE RESPONSABILIDADE
Procurador-Geral da República	**STF** – art. 102, I, *b*, da CR	**Senado** – art. 52, II, parágrafo único, da CR
Procurador-Geral de Justiça	Depende das Constituições Estaduais[108]	Depende das Constituições Estaduais
Membros do MPU que oficiem em Tribunais	**STJ** – art. 105, I, *a*, da CR	**STJ** – art. 105, I, *a*, da CR
Membros do MPU que não oficiem em Tribunais	**TRF** – art. 108, I, *a*, da CR	**TRF** – art. 108, I, *a*, da CR
MP dos Estados, DF e Territórios	**TJ –** art. 96, III, da CR	**TJ** – art. 96, III, da CR

CNMP (apesar de não fazer parte do MP, por questões didáticas elencamos neste ponto)	Divergência: 1.ª pos. STF; 2.ª pos. Depende do cargo de origem	**Senado Federal** – art. 52, II, parágrafo único, da CR
AUTORIDADES DO TRIBUNAL DE CONTAS	**CRIME COMUM**	**CRIME DE RESPONSABILIDADE**
Membro do TCU	**STF –** art. 102, I, *c*, da CR	**STF** – art. 102, I, *c*, da CR
Membro do TCE, TCDFT e TCM	**STJ –** art. 105, I, *a*, da CR	**STJ** – art. 105, I, *a*, da CR
DEMAIS AUTORIDADES	**CRIME COMUM**	**CRIME DE RESPONSABILIDADE**
Comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica	**STF** – art. 102, I, *c*, da CR	Regra: **STF** – art. 102, I, *c*, da CR Exceção: **Senado Federal** (se conexo ao Presidente da República) – art. 52, I, parágrafo único, da CR
Chefes de missão diplomática de caráter permanente	**STF** – art. 102, I, *c*, da CR	**STF** – art. 102, I, *c*, da CR

17.19 EXERCÍCIOS DE FIXAÇÃO

1. (Procurador do Estado/SP – FCC/2012) O ato de remoção compulsória de magistrado, por interesse público, só pode ser efetivado pelo voto

A) Da maioria absoluta dos membros do respectivo Tribunal ou de seu Órgão Especial.

B) De três quintos dos membros do respectivo Tribunal ou de seu Órgão Especial ou do Conselho Nacional de Justiça.

C) De dois terços dos membros do respectivo Tribunal ou de seu Órgão Especial ou do Conselho Nacional de Justiça.

D) De dois terços dos membros do respectivo Tribunal ou de seu Órgão Especial.

E) Da maioria absoluta dos membros do respectivo Tribunal ou de seu Órgão Especial ou do Conselho Nacional de Justiça.

2. **(Ministério Público/SP – 2012) A EC n.º 45/04 estabeleceu o Conselho Nacional de Justiça, sobre a Presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital Federal, como órgão**

A) De cúpula administrativa do Poder Judiciário, com funções administrativas e jurisdicionais, composto por 15 membros, cuja maioria é formada por membros do Poder Judiciário.

B) Externo de fiscalização administrativa do Poder Judiciário, com funções administrativas, composto por 15 membros, cuja maioria é formada por membros indicados pelos poderes executivo e legislativo.

C) De cúpula administrativa do Poder Judiciário, com funções administrativas, composto por 15 membros, cuja maioria é formada por membros do Poder Judiciário.

D) Externo de fiscalização administrativa do Poder Judiciário, com funções administrativas, composto por 15 membros, cuja maioria é formada por membros do Poder Judiciário.

E) Externo de fiscalização administrativa do Poder Judiciário, com funções administrativas e jurisdicionais, composto por 15 membros, cuja maioria é formada por membros do Poder Judiciário.

3. **(183.º Magistratura SP – Vunesp – 2011) Sobre as súmulas vinculantes, indique a resposta correta.**

A) São aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional.

B) Serão revisadas ou canceladas por provocação de todos quantos legitimados à propositura de ação popular.

C) São editadas pelo Supremo Tribunal Federal, quando se cuidar

de tema constitucional, ou pelo Superior Tribunal de Justiça, quando se cuidar de questão infraconstitucional, e terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

D) Apenas quanto ao ato administrativo que contrariar a súmula vinculante é que caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal.

E) Enquanto permanecer inalterada a composição do Supremo Tribunal Federal existente quando da edição da súmula vinculante não será permitida a sua revisão.

4. (183.º Magistratura SP – Vunesp) Sobre o Conselho Nacional de Justiça, é correto afirmar que

A) se compõe de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução.

B) será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, sendo os demais membros do Conselho nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pela maioria absoluta do Senado Federal.

C) receberá e conhecerá das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do Poder Público ou oficializados, todavia não lhe competindo, entre as sanções possíveis, a aplicação da pena de disponibilidade.

D) terá seus membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta da Câmara dos Deputados.

E) o Ministro do Superior Tribunal de Justiça que compuser o órgão exercerá a função de Ministro Corregedor, sem prejuízo de suas normais atribuições no tribunal de origem.

5. (Magistratura/SP – VUNESP/2013) Nos Tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído Órgão

Especial

A) com identidade de atribuições administrativas e jurisdicionais idênticas às do Plenário do Tribunal.

B) com provimento de um terço das vagas por antiguidade entre os juízes de carreira, um terço das vagas por antiguidade entre os juízes provenientes do quinto da Advocacia e do Ministério Público, alternadamente, e um terço por eleição do Tribunal Pleno.

C) o Plenário do Tribunal, nos termos da Constituição, tem absoluta discricionariedade em decidir ou não pela criação de seu Órgão Especial, em seu regimento interno.

D) aplicando-se a ele o quórum a que o Regimento Interno dispuser, no exercício das competências jurisdicionais e administrativas, inclusive disciplinares.

6. (Delegado de Polícia/PA – UEPA/2013) Com relação ao Poder Judiciário, é correto afirmar que:

A) o juiz titular somente residirá na respectiva comarca se assim determinar o tribunal.

B) todas as decisões de seus órgãos serão fundamentadas, sob pena de nulidade, e todos os julgamentos serão acompanhados somente pelas partes e seus advogados, para preservar o direito à intimidade do interessado.

C) a atividade jurisdicional será ininterrupta, exceto nos períodos de férias coletivas nos juízos e tribunais.

D) as decisões administrativas serão motivadas em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria simples dos presentes.

E) um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

[1]THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela jurisdicional de urgência* – medidas cautelares e antecipatórias. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001. p. 2.

[2]"Chama-se procedimentalismo toda elaboração teórica que adota um paradigma de justiça procedimental, no sentido de um critério de aferição de justiça extrínseco aos resultados alcançados na implementação prática do modelo que se adote, sem ignorar a significativa variedade de concepções alcançadas por este rótulo, passando pelo funcionalismo sistêmico de Niklas Luhmann ou o neoconstitucionalismo de John Rawls, algumas delas monológicas, centradas na descrição do procedimento que se espera adotado pelo indivíduo isolado ou grupo de indivíduos, outras dialógicas, centradas na comunicação, por vezes limitadas às regras que permitem fundamentar decisões racionais e aos pressupostos, noutras distinguindo os discursos normativos de fundamentação e prático de aplicação. Procedimentalismo ético se reserva ao viés democrático deliberativo, dentro do qual a ordem social é percebida como relacional e comunicativa" (NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Contribuindo para uma doutrina constitucional adequada: dialogando com a teoria da constituição dirigente. *Jus Poiesis*, Rio de Janeiro, ano 8, n. 8, p. 423, jul. 2005).

[3]OLIVEIRA, Fábio Corrêa de Souza de. A teoria do direito e da Constituição. Entre o procedimentalismo e substancialismo. *Quaestio Juris*, Rio de Janeiro: UERJ, n. 5, 2007, p. 10.

[4]HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2, p. 173.

[5]OLIVEIRA, Fábio Corrêa de Souza de . *Morte e vida da Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 86.

[6]ELY, John Hart. *Democracy and distrust* – a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1995. p. 5.

[7]STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 399.

[8]Nesse sentido cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1988.

[9]CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 161.

[10]Dentre os adeptos desta teoria estão Antonio Maia (*Considerações acerca do papel civilizatório do direito* – prefácio; a distinção entre fatos, valores e as pretensões neofrankfurtianas. Perspectivas atuais da filosofia do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2005); Marcelo Cattoni (*Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001); Menelick de Carvalho Neto (Controle de constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, Antonio [Org.]. *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001); John Hart Ely (*Democracy and Distrust*: a theory of judicial review. Cambridge: Mass, 1980); Antonie Garapon (*Le guardien de promesses*. Paris: Odile Jacob, 1996); Cláudio Pereira Souza Neto (Teoria da Constituição, democracia e igualdade. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003), entre outros.

[11]Dentre os adeptos desta teoria estão Paulo Bonavides (*A Constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993); Ingo Sarlet (*A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004); Luiz Alberto David de Araújo (*A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Dialética, 2005); Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (*Canotilho e a Constituição dirigente* (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002); José Adercio Leite Sampaio (*A Constituição reinventada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002); Clèmerson Merlin Clève (*A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1995); Luís Roberto Barroso (*O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996); Walber de Moura Agra (*A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005); Fábio Corrêa Souza de Oliveira (*Morte e vida da Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010); Lênio Luiz Streck (*Verdade e consenso* cit.), entre outros.

[12]Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o Mandado de Injunção é "… ação que visa a obter do poder judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do poder, órgão, entidade ou

autoridade de que ela dependa, *com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão* (art. 103, § 2.º, da Carta Magna) (*omissis*)" (MI 107/QO, rel. Min. Moreira Alves, *DJU* 21.09.1990) (grifo do autor) e "no julgamento do MI 107/DF, rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 21.09.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: I) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, *não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF*; II) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional *constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida*; III) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; IV) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia *erga omnes*, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; V) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado (*omissis*)" (MI 708/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJU* 31.10.2008) (grifo do autor).

[13]"(*Omissis*) Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções 'normativas' para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5.º, XXXV). Precedentes: MI 283, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 14.11.1991; MI 232/RJ, rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 27.03.1992; MI 284, rel. Min. Marco Aurélio. Redator p/Ac Min. Celso de Mello, *DJ* 26.06.1992; MI 543/DF, rel.

Min. Octavio Gallotti, *DJ* 24.05.2002; MI 679/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 17.12.2002; MI 562/DF, rel. Min. Ellen Gracie. *DJ* 20.06.2003 (*omissis*). Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo. (*omissis*) Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2.º) (*omissis*)" (MI 708/DF, rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, *DJU* 31.10.2008).

[14]BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidade Jurídica – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, Distrito Federal: OAB Editora, n. 4, p. 5, 2009.

[15]Nesse sentido, ADPF 130/DF, rel. Min. Carlos Ayres Britto, *DJU* 06.11.2009; ADC 12/DF, rel. Min. Carlos Ayres Britto, *DJU* 18.12.2009; MS 26.441/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJU* 18.12.2009.

[16]STRECK, Lênio Luis. *Jurisdição constitucional e hermenêutica* cit., p. 179.

[17]Suspensões de Tutela (STA) 175/CE, 211/RJ e 278/AL; Suspensões de Segurança 3.724/CE, 2.944/PB, 2.361/PE, 3.345/RN e 3.355/RN; e da Suspensão de Liminar (SL) 47/PE, todos sob relatoria do Min. Gilmar Ferreira Mendes, *DJU* 25.03.2010.

[18]MS 31.923 MC/RN, rel: Min. Celso de Mello, j. 17.04.2013.

[19]MS 23.972/DF, rel. Min. Carlos Veloso, *DJ* 29.08.2003.

[20]MS 30.585/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 12.09.2012.

[21]"…O Plenário reafirmou jurisprudência no sentido da desnecessidade de lei complementar para dar efeitos ao art. 93, X, da CF, em face de sua autoaplicabilidade..." (MS 25.747/SC, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.05.2012).

[22]CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da*

Constituição. Coimbra: Almedina, 1998. p. 583.

[23]FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 2, p. 205.

[24]ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário*. Crise, acertos e desacertos. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995. p. 88.

[25]FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 4, p. 10.

[26]MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. *A Constituição Federal de 1967*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. t. II, p. 293.

[27]"Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra a Resolução n. 336, de 2003, do Presidente do Conselho da Justiça Federal, que dispõe sobre o acúmulo do exercício da magistratura com o exercício do magistério, no âmbito da Justiça Federal de primeiro e segundo graus. Alegação no sentido de que a matéria em análise já encontra tratamento na CF (art. 95, parágrafo único, I), e caso comportasse regulamentação, esta deveria vir sob a forma de lei complementar, no próprio Estatuto da Magistratura (*omissis*). Necessidade de se avaliar, no caso concreto, se a atividade de magistério inviabiliza o ofício judicante. Referendada a liminar, nos termos em que foi concedida pelo Ministro em exercício da presidência do Supremo Tribunal Federal, tão somente para suspender a vigência da expressão 'único (a)', constante da redação do art. 1.º da Resolução n. 336/2003, do Conselho de Justiça Federal" (Plenário, ADI 3.126-MC, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.02.2005, *DJ* 06.05.2005.) e "Ação direta de inconstitucionalidade. Provimento n. 4, de 25.02.2005, da Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, que dispõe sobre o horário em que o magistrado pode exercer o magistério. Procedência, em parte (*omissis*). Inconstitucionalidade formal, contudo, do seu art. 2.º, que, ao vedar ao magistrado estadual o exercício de docência em horário coincidente com o do expediente do foro, dispõe sobre matéria de competência reservada à lei complementar, nos termos do art. 93 da Constituição Federal, e já prevista no art. 26, § 1.º, da Loman" (Plenário, ADI 3.508, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 27.06.2007, *DJ* 31.08.2007).

[28]No julgamento das ADI 4.357 e 4.425, o STF declarou inconstitucional a expressão: "na data de expedição do precatório" contida no art.

100, § 2.º, da CR, na redação dada pela EC 62 de 9.12.2009. Entendeu a Suprema Corte que essa restrição era ofensiva aos princípios constitucionais da igualdade, proteção aos idosos e dignidade da pessoa humana, pois ficavam excluídos da preferência e, portanto, sem proteção, aqueles que completassem 60 anos posteriormente à expedição do título (ADI 4.357/DF, rel. Min. Ayres Britto, j. 6, 7, 13 e 14.3.2013 e ADI 4.425/DF, rel. Min. Ayres Britto, j. 6, 7, 13 e 14.3.2013).

[29]ADI 4.357/DF, rel. Min. Ayres Britto, j. 6, 7, 13 e 14.3.2013 e ADI 4.425/DF, rel. Min. Ayres Britto, j. 6, 7, 13 e 14.3.2013.

[30]ADI 4.357/DF, rel. Min. Ayres Britto, j. 6, 7, 13 e 14.3.2013 e ADI 4.425/DF, rel. Min. Ayres Britto, j. 6, 7, 13 e 14.3.2013.

[31]Termo inclusive utilizado pelo relator do processo, Ministro Ayres Britto, quando proferiu seu voto em 6.10.2011 (v. Informativo 643 do STF).

[32]"O relator entendeu adequada a referência à EC 62/2009 como a "emenda do calote". Mencionou que esse calote feriria o princípio da moralidade administrativa, haja vista o não-adimplemento, por parte do Estado, de suas próprias dívidas. Além disso, sublinhou que o Estado: a) reconheceria o não-cumprimento, durante anos, de ordens judiciais de pagamento em desfavor do erário; b) propor-se-ia a adimpli-las, mas limitado a percentual pequeno de sua receita; c) forçaria, com esse comportamento, que os titulares de crédito assim inscritos os levassem a leilão.(…)" ADI 4.357/DF, rel. Min. Ayres Britto, 6.10.2011. ADI 4.372/DF, rel. Min. Ayres Britto, 6.10.2011. ADI 4.400/DF, rel. Min. Ayres Britto, 6.10.2011. ADI 4.425/DF, rel. Min. Ayres Britto, 6.10.2011 (Informativo 643 do STF).

[33]ADI 4.357/DF, rel. Min. Ayres Britto, 6.10.2011. ADI 4.372/DF, rel. Min. Ayres Britto, 6.10.2011. ADI 4.400/DF, rel. Min. Ayres Britto, 6.10.2011. ADI 4.425/DF, rel. Min. Ayres Britto, 6.10.2011.

[34]MORAES, Guilherme Peña. *Curso de direito constitucional* cit., 2010, p. 465.

[35]MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição constitucional*: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 277-278.

[36]Os assentos da Casa de Suplicação das Ordenações Filipinas foram uma evolução dos "assentos" das Ordenações Manuelinas de 1521

(Liv. V, Tít. 58, § 1).

[37]LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado* cit., 2010. p. 645.

[38]Suas ideias foram apresentadas na conferência “Atualidade do Supremo Tribunal Federal” (*Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 61, v. 208, p. 15-18, out.-dez. 1964.) proferida em Belo Horizonte.

[39]LEITE, Glauco Salomão. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord. científica); BILAC PINTO FILHO, Francisco; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz (Coord. editorial). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1.372.

[40]MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional* cit., p. 467-468.

[41]MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional* cit., 2010, p. 1.109.

[42]BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro* cit., p. 109.

[43]MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Súmula vinculante e a EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Reforma do judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: RT, 2005. p. 709.

[44]TAVARES, André Ramos. TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante*: estudos e comentários à Lei 11.417 de 19.12.2006. 3. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 42.

[45]DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Bahia: JusPodivm, 2008. v. 2, p. 352-357.

[46]Idem, p. 352.

[47]Idem, p. 353.

[48]CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004. p. 174.

[49]DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil* cit., v. 2, p. 353.

[50]Idem, p. 354. Ressalvando que os autores ensinam os termos acima fazendo referências aos precedentes norte-americanos. Porém, como muitos atribuem a inspiração das súmulas vinculantes ao *stare decisis*, é perfeitamente aplicável os referidos institutos às súmulas

vinculantes.

[51]Idem, p. 355.

[52]Idem, ibidem.

[53]Idem.

[54]DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil* cit., v. 2, p. 356.

[55]Idem, p. 354.

[56]"O Supremo Tribunal Federal acolhe o entendimento de que o princípio geral norteador das nulidades em Processo Penal – *pas de nullité sans grief* – é igualmente aplicável em casos de nulidade absoluta" (HC 85.155/SP, rel. Min. Ellen Gracie, *DJU* 15.04.2005; AI-AgR 559.632/MG, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* 03.02.2006).

[57]Caso Mac Culloch *vs*. Maryland.

[58]STF, ADI 2.212/CE, rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 14.11.2003; ADI 2.480/PB, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJE* 15.06.2007.

[59]"Ação Direta de Inconstitucionalidade. art. 108, inciso VII, alínea *i*, da Constituição do Estado do Ceará e art. 21, inciso VI, letra *J*, do Regimento do Tribunal de Justiça local. Previsão, no âmbito estadual, do Instituto da Reclamação. Instituto de natureza processual constitucional, Situado no âmbito do direito de petição previsto no art. 5.º, inciso XXXIV, alínea *a*, da Constituição Federal. Inexistência de ofensa ao art. 22, inciso I da Carta. 1. A natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no art. 5.º, inciso XXXIV da Constituição Federal. Em consequência, a sua adoção pelo Estado-membro, pela via legislativa local, não implica em invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I da CF). 2. A reclamação constitui instrumento que, aplicado no âmbito dos Estados-membros, tem como objetivo evitar, no caso de ofensa à autoridade de um julgado, o caminho tortuoso e demorado dos recursos previstos na legislação processual, inegavelmente inconvenientes quando já tem a parte uma decisão definitiva. Visa, também, à preservação da competência dos Tribunais de Justiça Estaduais, diante de eventual usurpação por parte de Juízo ou outro Tribunal local. 3. A adoção desse instrumento pelos Estados-

membros, além de estar em sintonia com o princípio da simetria, está em consonância com o princípio da efetividade das decisões judiciais. 4. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente" (STF, ADI 2.212/CE, rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 14.11.2003).

[60]NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações constitucionais*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 308.

[61]Ibidem.

[62]STF, ADI 2.212/CE, rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 14.11.2003.

[63]RE 405.031/AL, rel. Min. Marco Aurélio, 17.04.2009.

[64]Rcl 15.887/MG, rel. Min. Luiz Fux, j. 19.06.2013.

[65]"A Ministra reputou, ademais, que seria inviável o pronunciamento do STF em cada caso e que não se poderia simplesmente substituir a via do recurso extraordinário pela da reclamação, novamente sobrecarregando esta Corte. Entretanto, asseverou que a reclamação poderia, excepcionalmente, ser admitida quando o tribunal de origem classificar erroneamente a repercussão geral, se esse equívoco não for corrigido pelos mecanismos já assentados pela jurisprudência do Supremo. Destacou que, em se tratando de matéria constitucional nova, poderia o STF – a critério do relator –, vislumbrando *icto oculi* a presença de transcendência e relevância, transformar em recurso extraordinário a própria reclamação (…)" (Rcl 11.427-AgR/MG, Rcl 11.408 AgR/RS ambos de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, j. 04.08.2011).

[66]STF, Rcl 2.224/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 10.02.2006.

[67]"RECLAMAÇÃO – QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO DE MEMBROS DO CONGRESSO NACIONAL – MEDIDA DECRETADA POR TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL (TRE) NO ÂMBITO DO INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO CONTRA DEPUTADOS FEDERAIS PARA APURAÇÃO DE CRIME ELEITORAL – IMPOSSIBILIDADE – USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA PENAL ORIGINÁRIA DO STF – RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. – O Supremo Tribunal Federal, sendo o juiz natural dos membros do Congresso Nacional nos processos penais condenatórios, é o único órgão judiciário competente para ordenar, no que se refere à apuração de supostos crimes eleitorais atribuídos a parlamentares federais, toda e qualquer providência necessária à obtenção de

dados probatórios essenciais à demonstração da alegada prática delituosa, inclusive a decretação da quebra do sigilo bancário dos congressistas. – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de definir a locução constitucional 'crimes comuns' como expressão abrangente de todas as modalidades de infrações penais, estendendo-se aos delitos eleitorais e alcançando, até mesmo, as próprias contravenções penais. Precedentes" (*RTJ* 166/785-786, rel. Min. Celso de Mello, Pleno – *DJ* 29.02.2012).

[68]Rcl 15.165 AgR/MT, rel. Min. Teori Zavascki, 20.3.2013.

[69]STF, Rcl 6.135 AgR/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJE* 20.02.2009.

[70]NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., p. 313.

[71]STJ, Rcl 3.752/GO, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.11.2009 (*Informativo* 416 STJ).

[72]STF, RE 571.572 QO-ED/BA, rel. Min. Ellen Gracie, j. 26.08.2009 (*Informativo* 557 STF).

[73]Rcl 219, rel. Min. Moreira Alves, j. 29.04.1987.

[74]Rcl 1.652, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 28.04.2003; Rcl 1.880, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 13.11.2002.

[75]STJ, REsp 863.055/GO, rel. Min. Herman Benjamin, *DJE* 18.09.2009.

[76]STF, Rcl 2.398, rel. Min. Marco Aurélio, j. 06.10.2005; Rcl. 5.703 AgR/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, *DJE* 16.10.2009.

[77]GÓES, Gisele Santos Fernandes. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 644.

[78]TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante* cit., p. 76.

[79]WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 282.

[80]STF, Rcl 4.706/SC, rel. Min. Cezar Peluso, j. 30.08.2007.

[81]TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante* cit., p. 82-3.

[82]NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., p. 324.

[83]Idem, p. 323.

[84]Idem, p. 325.

[85]Idem, p. 326.

[86]STJ, Rcl 2.017/RS, rel. Min. Jane Silva, *DJE* 15.10.2008.

[87]GÓES, Gisele Santos Fernandes. Op. cit., p. 638.

[88]"A Corte Especial, por maioria, concedeu a ordem em mandado de segurança, impetrado contra decisão de Ministro do STJ que indeferiu o processamento de reclamação – ajuizada com base na Res. n. 12/2009 – STJ – por considerá-la intempestiva. (…) Tendo em vista que o procedimento da reclamação é *sui generis*, com origem na jurisprudência do STJ e normatizado por resolução deste Superior Tribunal, que proclama expressamente a irrecorribilidade das decisões do relator que indeferir o seu processamento, autorizar-se-ia a impetração do *writ* como único remédio hábil a preservar direito líquido e certo do impetrante e lhe garantir o acesso à prestação jurisdicional" (MS 16.180/DF, rel. Min. Castro Meira, j. 05.10.2011).

[89]STF, ADI 2.212/CE, rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 14.11.2003.

[90]STF, ADI 2.212/CE, rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 14.11.2003.

[91]ADI 3.367/DF, rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* 22.09.2006.

[92]Dentre outros: MS 28.102/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, 14.06.2012; MS 28.003/DF, rel. p/Ac Min. Luiz Fux, *DJ* 31.05.2012.

[93]"Ementa: Mandado de segurança. Entidades de classe da Magistratura Nacional. Impugnação à Resolução 170/2013 do Conselho Nacional de Justiça. Alegação de múltiplas ofensas ao Texto da Constituição. Ato do Conselho Nacional de Justiça que objetivou regulamentar a participação de magistrados em congressos, seminários, simpósios, encontros jurídicos e culturais e eventos similares. **Competência do Conselho Nacional de Justiça que traduz direta emanação do Texto da Constituição da República e que lhe outorga poder para, legitimamente, praticar atos e expedir regulações normativas destinadas a viabilizar o cumprimento, por parte dos magistrados, de seus deveres funcionais**, notadamente os de probidade e de respeito aos princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade no desempenho do ofício jurisdicional. (…) **Legitimidade constitucional dos poderes normativos reconhecidos ao Conselho Nacional de Justiça (ADI 3.367/DF e ADC 12/DF**). (…) Medida cautelar indeferida" (MS 32.040 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJe* 05.08.2013 – grifo do autor).

[94]"1. A legitimidade *ad causam* de Partido Político para a impetração do mandado de segurança coletivo, *ex vi* do art. 5.º, LXX, alínea 'a', é satisfeita com representação em qualquer das Casas Legislativas,

sob pena de frustrar a teleologia subjacente à norma Constitucional. 2. A **Resolução 175 do CNJ, enquanto dotada de generalidade, abstração e impessoalidade**, não se expõe ao controle jurisdicional pela via do mandado de segurança, nos termos da Súmula 266 do STF.

3. O Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADC 12, Rel. Min. Ayres Britto, **reconheceu o poder normativo do Conselho Nacional de Justiça, para inovar na ordem jurídica** a partir de parâmetros erigidos constitucionalmente.

4. O Conselho Nacional de Justiça pode emitir juízos, *ex ante* e *in abstracto*, acerca da validade ou invalidade de determinada situação fática concreta. 5. Mandado de segurança extinto sem resolução de mérito" (MS 32.077/DF, Rel. Luiz Fux, *DJ* 03.06.2013).

[95]"(...) suspendo a eficácia do § 1.º do art. 3.º; do art. 8.º; do § 2.º do art. 9.º; do art. 10; do parágrafo único do art. 12; da cabeça do art. 14 e dos respectivos § 3.º, § 7.º, § 8.º e 9.º; do art. 17, cabeça, incisos IV e V; do § 3.º do art. 20; do § 1.º do art. 15; e do parágrafo único do art. 21. No que se refere ao § 3.º do art. 9.º, apenas suspendo a eficácia da norma quanto à divisão de atribuições, de modo a viabilizar aos tribunais a definição, por meio do regimento interno, dos responsáveis pelo cumprimento das obrigações ali versadas. Quanto à cabeça do art. 12, defiro a liminar para conferir-lhe interpretação conforme, de modo a assentar a competência subsidiária do Conselho Nacional de Justiça em âmbito disciplinar. Indefiro o pedido de liminar quanto ao art. 2.º, ao inciso V do art. 3.º e os arts. 4.º, 9.º e 20 da Resolução n. 135, de 2011, do Conselho Nacional de Justiça. (...)" (ADI 4.638-MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio Mello, j. 19.12.2011).

[96]ADI 4.638 Referendo-MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 01 e 02.02.2012.

[97]MS 28.003/DF, rel. originário Min. Ellen Gracie, p/Ac Min. Luiz Fux, j. 08.02.2012.

[98]AgRg na MC 19.774/SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 02.10.2012.

[99]"As hipóteses de cabimento de agravo de instrumento para este Tribunal são apenas duas. A primeira, e mais comum, é aquela prevista no art. 544 do Código de Processo Civil, que diz respeito aos agravos interpostos contra decisões que não admitem recurso

especial. A segunda, por sua vez, encontra-se disposta nos arts. 539, II, *b*, parágrafo único, e 540 do Código de Processo Civil, que tratam das decisões interlocutórias proferidas em causas processadas na Justiça Federal de primeiro grau, quando são partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, do outro, Município ou pessoa residente e domiciliada no País. Nesse último caso, é de registrar-se que o Superior Tribunal de Justiça atua como instância revisora das decisões proferidas por juiz federal de primeiro grau" (STJ, AgRg no Ag 1.060.574/MG, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, j. 07.10.2008, *DJe* 03.11.2008, posição mantida no AgRg na MC 17.590/TO, Min. Luis Felipe Salomão, DJ 18.12.2012).

100 "Em conclusão de julgamento, *o Plenário concedeu mandado de segurança a fim de anular decreto de Presidente da República que, ao nomear magistrado para o cargo de juiz federal do TRF da 2.ª Região, preterira indicado pela terceira vez consecutiva em lista tríplice para promoção por merecimento*. Na espécie, discutia-se se, na promoção de magistrado federal, por merecimento, que figurasse por 3 vezes consecutivas ou 5 alternadamente, a Presidência da República disporia de discricionariedade ou estaria vinculada ao nome que constasse, de forma reiterada, na mencionada listagem – v. *Informativo* 672. *Asseverou-se, em suma, que o Chefe do Poder Executivo teria que, obrigatoriamente, sufragar o nome do magistrado que figurasse no mencionado rol*. Reputou-se que a inserção, nos moldes referidos, na lista de merecimento, aferível pelo próprio Tribunal, segundo os critérios constitucionais, seria direito subjetivo público encartado por garantia impostergável da magistratura, que diria respeito à própria independência do Poder Judiciário. Destarte, determinou-se fosse respeitada a regra contida no art. 93, II, a, da CF. *O Min. Ayres Britto, Presidente, ressalvou seu entendimento quanto à desnecessidade, nessa hipótese, de envio da lista tríplice à Presidência da República*. Declarado o prejuízo de agravo regimental interposto, pela Advocacia-Geral da União, de decisão monocrática, na qual concedida medida cautelar para suspender a nomeação do mencionado magistrado escolhido" (grifo do autor). MS 30.585/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 12.09.2012.

101 "Compete à *Justiça Estadual* processar e julgar demanda proposta contra o *Banco do Brasil*, sociedade de economia mista, e à *Justiça*

Federal processar, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal, julgar ação proposta contra a *Caixa Econômica Federal*, empresa pública federal. Ante a *incompetência absoluta em razão da pessoa*, mesmo que se cogite de eventual conexão entre os pedidos formulados na exordial, ainda assim eles *não podem ser julgados pelo mesmo juízo*." STJ, CC 119.090-MG, 2.ª T., rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 12.09.2012.

[102] ADI 3.395 MC/DF, rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* 10.11.2006.

[103] "Poder judiciário. Caráter nacional. Regime orgânico unitário. Controle administrativo, financeiro e disciplinar. Órgão interno e externo. Conselho de Justiça. Criação por Estadomembro. Inadmissibilidade. Falta de competência constitucional. Os Estadosmembros carecem de competência constitucional para instituir, como órgão interno ou externo do Judiciário, conselho destinado ao controle da atividade administrativa, financeira ou disciplinar da respectiva justiça" (STF, ADI 3.367/DF, rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* 22.09.2006).

[104] "Representação por inconstitucionalidade de normas locais em face da constituição do estado (art. 159): arguição de invalidade, em face do modelo federal do art. 103 da CF, da outorga de legitimação ativa a deputados estaduais e comissões da assembleia legislativa, assim como aos procuradores-gerais do estado e da defensoria pública: suspensão cautelar indeferida, a vista do art. 125, § 4.º, da Constituição Federal". (ADI n. 558 MC/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 26.03.1993).

[105] Em análise de conflito positivo de competência a fim de definir qual o juízo competente para o julgamento de crime comum cometido por prefeito: se o tribunal em cuja jurisdição se encontra o município administrado por ele ou o tribunal que tenha jurisdição sobre a localidade em que ocorreu o delito. O STJ entendeu ser competente o tribunal de justiça do estado em que localizado o município administrado pelo prefeito (CC 120.848-PE, rel. Min. Laurita Vaz, j. 14.03.2012).

[106] STF: "O Tribunal, com base no princípio da simetria (CF, art. 86, § 1.º), entendeu constitucional o dispositivo que conferia à Câmara Municipal competência para julgar o prefeito nas práticas de infrações político-administrativas definidas no DL 201/1967

(afastados os crimes comuns previstos no art. 1.º do referido Decreto-lei, cuja competência é do Tribunal de Justiça) e a norma que prevê o afastamento, por até 90 dias, do prefeito quando recebida denúncia por crime político-administrativo pela Câmara Municipal. O Tribunal decidiu ser inconstitucional a norma que previa o afastamento do prefeito quando recebida a denúncia por crime comum pelo Tribunal de Justiça por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre direito processual" (RE 192.527/PR, rel. Min. Marco Aurélio, 25.04.2001).

[107] STF – "Competência Criminal. Originária. Ação penal. Crime comum. Réu então vereador. Feito da competência do Tribunal de Justiça. Art. 161, IV, 'd', n. 3, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Foro especial por prerrogativa de função. Constitucionalidade reconhecida. Precedentes do Supremo. Processo anulado. Recurso extraordinário improvido. Réu que perdeu o cargo de vereador. Retorno dos autos ao juízo de primeiro grau. Prejuízo do recurso neste ponto. Inteligência dos arts. 22, I, e 125, § 1.º, do art. 22, I, da CF. Não afronta a Constituição da República, a norma de Constituição estadual que, disciplinando competência originária do Tribunal de Justiça, lhe atribui para processar e julgar vereador" (RE 464.935/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* 27.06.2008).

[108] "Tribunal de Justiça: competência ordinária para processar e julgar o Procurador-Geral de Justiça. (...) Cabe à Constituição do Estado-membro estabelecer a competência dos seus tribunais, observados os princípios da CF (CF, art. 125, § 1.º). Constitucionalidade do inciso XII, do art. 136, da Constituição da Paraíba, que fixa a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns ou de responsabilidade, o Procurador-Geral de Justiça" (ADI 541, rel. Min. Carlos Velloso, j. 10.05.2007, Plenário, *DJ* 06.09.2007).

18

FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

Sumário: 18.1 Introdução – 18.2 Ministério Público: 18.2.1 Introdução; 18.2.2 Estrutura do Ministério Público; 18.2.3 Garantias constitucionais do Ministério Público e de seus membros; 18.2.4 Funções constitucionais do Ministério Público – 18.3 Conselho Nacional do Ministério Público: 18.3.1 Estrutura; 18.3.2 Competência – 18.4 Advocacia pública – 18.5 Advocacia e Defensoria Pública – 18.6 Exercícios de fixação.

18.1 INTRODUÇÃO

O brocado que diz "não existe juiz sem autor" (*nemo iudex sine actore*) revela que a Justiça, como instituição judiciária, não funciona se não for provocada, isto é, se o agente não exigir que atue.[1]

Assim, constata-se que o órgão judicante é somente uma peça na complexa engrenagem jurisdicional brasileira. Por isso, o constituinte elaborou este capítulo, que é composto por todas aquelas atividades profissionais, públicas ou privadas, sem as quais o Poder Judiciário não pode funcionar ou funcionará muito mal.[2]

18.2 MINISTÉRIO PÚBLICO

18.2.1 Introdução

A origem do Ministério Público, tal qual conhecemos hoje, está na *ordonnance* de 1302, de Felipe, o Belo, rei da França. Foi naquele diploma que

surgiu pela primeira vez a figura dos procuradores da Coroa (*procureurs de roi*).[3]

O Ministério Público brasileiro surgiu aos poucos no direito positivo pátrio. Em 1609 foi editado o Alvará que criou o Tribunal de Relação da Bahia, em que constava a figura do procurador dos feitos da Coroa e do Promotor de Justiça.[4] No entanto, na Constituição de 1824 não houve previsão quanto a este essencial órgão estatal.

Ainda no império, em 1832, foi editado o Código de Processo Penal, que trouxe pequena referência no tocante ao "promotor na ação penal", regulamentado pelo Decreto 120, de 21.01.1843, estabelecendo os critérios de nomeação dos promotores.

Na primeira Constituição republicana, em 1891, o Procurador-Geral da República foi citado no art. 58, § 2.º. Contudo, somente a partir da Constituição de 1934 houve previsão mais elaborada sobre o Ministério Público.

Com a redemocratização, foi editada a Constituição de 1988 e, com ela, um Ministério Público mais forte, de difícil paralelo no direito comparado.

Atualmente, o Ministério Público está constitucionalmente previsto entre os arts. 127 ao 130-A e regulamentado pela:

a) **Lei 8.625/1993** (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) – **Lei nacional** que estabelece normas gerais para organização do Ministério Público nos Estados, cuja **iniciativa compete exclusivamente ao Presidente da República** (art. 61, § 1.º, II, *d*, da CR);[5]

b) **Lei Complementar 75/1993** (Lei Orgânica do Ministério Público da União) – **Lei federal** que dispõe sobre a organização, atribuições e estatuto do Ministério Público da União, abarcando: Ministério Público Federal (arts. 37 ao 82); Ministério Público do Trabalho (arts. 83 ao 115); Ministério Público Militar (arts. 116 ao 148); Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (arts. 149 ao 181). Neste caso, a **iniciativa do projeto de lei é concorrente entre o Presidente da República e o ProcuradorGeral da República** (art. 61, § 1.º, II, *d*, c/c o art. 128, § 5.º, da CR);

c) **Leis complementares estaduais** – São as leis elaboradas pelos Estados-membros. Nesse caso, em razão do princípio da simetria, o **projeto é de iniciativa concorrente entre o Governador do Estado e o Procurador-Geral de Justiça** (art. 61, § 1.º, II, *d*, c/c o art. 128, §

5.º, da CR).

Há conhecida divergência quanto à **natureza jurídica** do Ministério Público. Para o Promotor de Justiça e doutrinador carioca Guilherme Peña de Moraes, "o *Parquet* é revestido da natureza jurídica de **órgão independente**, que se posta ao lado dos Poderes do Estado, com elevado *status* constitucional, a exemplo do Tribunal de Contas".[6]

José Afonso da Silva[7] segue orientação do Supremo Tribunal Federal,[8] que entende que o Ministério Público possui **natureza executiva, tendo função vinculada ao Poder Executivo**, funcionalmente independente.

Emerson Garcia[9] rechaça esse entendimento, alegando que "o fato de o Ministério Público praticar atos essencialmente administrativos não tem o condão de estabelecer qualquer vínculo com o Poder Executivo"; com isso, desvincula-se o órgão em estudo do Poder Executivo, possuindo natureza de **órgão *sui generis* de instituição Constitucional**.

Walber de Moura Agra,[10] devoto da teoria de que este órgão enquadra-se como órgão do Poder Executivo, apresenta razões para não considerar o Ministério Público como um quarto Poder. Em resumo, os motivos são: a) este órgão não consta no art. 2.º da CR quando elenca os Poderes da União; b) está adstrito ao Poder Executivo, pois sua organização é de iniciativa concorrente do Presidente da República e do Procurador-Geral da República (art. 61, § 1.º, II, *d*, c/c o art. 128, § 5.º), enquanto a iniciativa do Poder Legislativo e do Poder Judiciário compete exclusivamente a cada um desses poderes; c) O Ministério Público não está regulamentado como um Poder, e sim juntamente com outros órgãos dentro da estrutura das funções essenciais à Justiça.

Piero Calamandrei[11] acredita que, "entre todos os cargos judiciários, o mais difícil, segundo me parece, é o do Ministério Público. Este, como sustentáculo da acusação, devia ser tão parcial como um advogado; como guarda inflexível da lei, devia ser tão imparcial como um Juiz."

18.2.2 Estrutura do Ministério Público

Segundo o art. 128, o Ministério Público abrange dois órgãos: os **Ministérios Públicos dos Estados** e o **Ministério Público da União**. Este, por sua vez, 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.

O **Ministério Público do Tribunal de Contas** não é órgão do Ministério Público, e sim órgão vinculado ao próprio tribunal que lhe empresta o nome.

Nesse sentido, o art. 80 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei 8.443/1992) dispõe: "O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, ao qual se aplicam os princípios institucionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional, compõe-se de um procurador-geral, três subprocuradores-gerais e quatro procuradores, nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros, bacharéis em direito". Seu ingresso está previsto no § 3.º do mesmo artigo, *in litteris*: "O ingresso na carreira far-se-á no cargo de procurador, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização e observada, nas nomeações, a ordem de classificação, enquanto a promoção ao cargo de subprocuradorgeral far-se-á, alternadamente, por antiguidade e merecimento".

Já o art. 84 da Lei 8.443/1992 determina que: "aos membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União aplicam-se, subsidiariamente, no que couber, as disposições da Lei orgânica do Ministério Público da União, pertinentes a direitos, garantias, prerrogativas, vedações, regime disciplinar e forma de investidura no cargo inicial da carreira".

Por seu turno, o **Ministério Público eleitoral** é órgão do Ministério Público, apesar da omissão constitucional. Entretanto, não há concurso para ocupar cargo, pois é composto por membros do Ministério Público Federal e dos Estados da seguinte forma:

a) Procurador-Geral Eleitoral e Vice-Procurador-Geral Eleitoral – função exercida por integrantes do Ministério Público Federal atuam perante o Tribunal Superior Eleitoral nas eleições presidenciais;
b) Procuradores Regionais Eleitorais – da mesma forma, é exercido por integrantes do Ministério Público Federal, funcionando perante os Tribunais Regionais Eleitorais e Juízes auxiliares nas eleições federais,

estaduais e distritais;

c) Promotores Eleitorais – função exercida por membros dos Ministérios Públicos Estaduais atuando perante as Juntas e Juízes Eleitorais nas eleições municipais.

Segundo o art. 129, § 3.º, o **ingresso na carreira** do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, **três anos de atividade jurídica** e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação.

A Resolução 40/2009 do Conselho Nacional do Ministério Público regulamentou o conceito de atividade jurídica para concursos públicos de ingresso nas carreiras do Ministério Público.

Este diploma estabelece que será considerada atividade jurídica aquela desempenhada **exclusivamente após a conclusão do curso de bacharelado em Direito** (art. 1.º) e a **comprovação** do período de três anos de atividade jurídica deverá ser feita **no ato da inscrição definitiva** do concurso (art. 3.º), quando deverá ser provado:

I – o efetivo exercício de advocacia, inclusive voluntária, com a participação anual mínima em 5 (cinco) atos privativos de advogado (Lei 8.906, de 04 de julho de 1994), em causas ou questões distintas;

II – o exercício de cargo, emprego ou função, inclusive de magistério superior, que exija a utilização preponderante de conhecimentos jurídicos;

III – o exercício de função de conciliador em tribunais judiciais, juizados especiais, varas especiais, anexos de juizados especiais ou de varas judiciais, assim como o exercício de mediação ou de arbitragem na composição de litígios, pelo período mínimo de 16 (dezesseis) horas mensais e durante 1 (um) ano.

A comprovação do tempo de atividade jurídica relativa a cargos, empregos ou funções não privativas de bacharel em Direito será realizada por meio da apresentação de certidão circunstanciada, expedida pelo órgão competente, indicando as respectivas atribuições e a prática reiterada de atos que exijam a utilização preponderante de conhecimentos jurídicos, cabendo à comissão de

concurso analisar a pertinência do documento e reconhecer sua validade em decisão fundamentada (art. 1.º, § 2.º, Res. 40/2009, CNMP).

Ao contrário da magistratura, o Conselho Nacional do Ministério Público também considera como atividade jurídica, além do já exposto, os **cursos de pós-graduação** em Direito ministrados pelas Escolas do Ministério Público, da Magistratura e da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como os cursos de pós-graduação (*strictu* ou *lato sensu*) reconhecidos, autorizados ou supervisionados pelo Ministério da Educação ou pelo órgão competente.

É exigido que os referidos cursos de pós-graduação tenham **toda a carga horária cumprida após a conclusão do curso de bacharelado em Direito**, não se admitindo, no cômputo da atividade jurídica, a concomitância de cursos nem de atividade jurídica de outra natureza.

E mais, os cursos *lato sensu* compreendidos no *caput* desse artigo deverão ter, no mínimo, um ano de duração e carga horária total de 360 horas-aula, distribuídas semanalmente.

O art. 2.º, § 3.º, estabelece que, independentemente do tempo de duração superior, serão computados como prática jurídica:

a) um ano para pós-graduação *lato sensu*;
b) dois anos para Mestrado;
c) três anos para Doutorado.

O art. 128, § 1.º, discorre sobre a **chefia do Ministério Público** da União. Este tem por chefe o Procurador-Geral da República, **nomeado pelo Presidente da República** dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela **maioria absoluta dos membros do Senado Federal**, para **mandato de dois anos, permitida a recondução**.

O termo “mandato” utilizado no parágrafo anterior é fiel ao texto constitucional (art. 128, § 1.º), porém José Afonso da Silva[12] informa que o regime desta investidura não é mandato, pois não se trata de representação. Tecnicamente, trata-se de investidura a tempo certo.

Já a destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal.

Dessa forma, a nomeação e a destituição seguem a **teoria do paralelismo das**

formas, obedecendo à mesma ordem: provocação do Presidente da República e aprovação do Senado Federal por maioria absoluta.

O Procurador-Geral da República tem atribuição, dentre outras, de funcionar perante o Supremo Tribunal federal (art. 103, § 1.º, da CR), em que pese o STF admitir a atuação originária do Ministério Público estadual perante o pretório excelso, desde que no desempenho de suas prerrogativas institucionais relativamente a processos em que seja parte.[13]

Diferente é a escolha do chefe dos Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios.[14] O art. 128, § 3.º, informa que esses órgãos devem formar **lista tríplice** (por meio de eleição interna) dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva. A lista contendo os três nomes mais votados segue para escolha pelo **Chefe do Poder Executivo**, para **mandato de dois anos, permitida uma recondução**.

Nos Estados, o Governador escolherá o que reputar mais qualificado dentre os integrantes da lista tríplice. Já no Distrito Federal, a escolha compete ao Presidente da República. Apesar de parecer estranho, haja vista que o Distrito Federal também possui Governador, o art. 21, XIII, determina que a organização e a manutenção do Ministério Público do Distrito Federal competem à União.

É bom saber que está tramitando no Poder Legislativo Federal a PEC 31/2009, que tem, dentre outras finalidades, a de alterar a redação do art. 128, § 3.º, para retirar dos Governadores a escolha dos Procuradores-Gerais dos Estados, sendo nomeado o mais votado.

Ao analisar a ADI 3.727/RN, o STF entendeu que não pode a Constituição Estadual e a legislação infraconstitucional exigirem participação do Poder Legislativo Estadual no processo de escolha do Chefe do Ministério Público estadual, porque não há previsão na Constituição da República.[15]

Já a destituição está prevista no art. 128, § 4.º. Se, para nomeação, não há participação do Poder Legislativo, para destituição ocorre exatamente o contrário: só é necessária a manifestação do Poder Legislativo, não havendo participação do Poder Executivo.

O art. 128, § 4.º, assim dispõe: “Os Procuradores-Gerais nos Estados e no Distrito Federal e Territórios poderão ser destituídos por deliberação da **maioria absoluta do Poder Legislativo**, na forma da lei complementar respectiva”.

Pelo mesmo motivo explicado anteriormente (art. 21, XIII), o Poder Legislativo competente para destituir o Procurador-Geral do Distrito Federal é o

Senado Federal.

18.2.3 Garantias constitucionais do Ministério Público e de seus membros

18.2.3.1 Garantias orgânicas

O Ministério Público é órgão detentor de autonomia e como tal devem lhe ser concedidas algumas garantias para que sua autonomia e autodeterminação sejam preservadas.

18.2.3.1.1 Autonomia funcional e administrativa

O art. 127, § 2.º, concede ao Ministério Público autonomia funcional e administrativa, podendo 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.

Por óbvio, a criação de cargos e serviços auxiliares, por gerar aumento de despesas, deve respeitar os valores contidos na lei de diretrizes orçamentárias, lei orçamentária anual e Plano Plurianual do respectivo ente da federação.

Somente ressaltamos que o Ministério Público do Distrito Federal, por ser mantido pela União (art. 21, XIII), deve observar as leis orçamentárias deste ente.

18.2.3.1.2 Autonomia financeira

Para gozar de autonomia financeira, o Ministério Público deve ter recursos próprios. Para tanto, elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias (art. 127, § 3.º).

Contudo, se o Ministério Público não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o **Poder Executivo** considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na lei de diretrizes orçamentárias.

Se a proposta orçamentária do Ministério Público for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da

proposta orçamentária anual.

O art. 127, § 6.º, instrui que, "durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais".

18.2.3.1.3 Princípios institucionais

O art. 127, § 1.º, elenca como princípios institucionais do Ministério Público:

a) **unidade** – importa dizer que os membros do Ministério Público integram um só órgão, sob direção única de um Procurador-Geral. É bom esclarecer que a unidade é aferida dentro de cada Ministério Público, não havendo unidade entre os Ministérios Públicos Federal e estadual, por exemplo;

b) **indivisibilidade** – concedendo ao Ministério Público a unicidade, não estando vinculado aos processos nos quais atua, podendo ser substituídos. E mais, os órgãos do Ministério Público não podem se dividir em novos órgãos;

c) **independência funcional** – significa que os membros do Ministério Público não estão sujeitos às ordens de quem quer que seja, devendo prestar contas somente à Constituição, leis e sua consciência.

Os órgãos superiores emitem recomendações aos inferiores, não podendo ordenar que o membro situado em órgão inferior atue de determinada maneira. Na realidade, **há hierarquia administrativa, e não funcional**[16] (a prova está no art. 28 do CPP, em que o Procurador-Geral não pode obrigar a atuação do *parquet*, tendo que indicar outro membro para atuar).

18.2.3.2 Garantias dos membros do Ministério Público

Como meio de ser respeitada sua independência e imparcialidade, os membros do Ministério Público gozarão das seguintes garantias (art. 128, § 5.º):

a) **vitaliciedade**, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado.

O art. 38, § 1.º, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/1993), dispõe que "o membro vitalício do Ministério Público somente perderá o cargo por sentença judicial transitada em julgado, proferida em ação civil própria, nos seguintes casos:

I – prática de crime incompatível com o exercício do cargo, após decisão judicial transitada em julgado;

II – exercício da advocacia;

III – abandono do cargo por prazo superior a trinta dias corridos".

E o § 2.º do mesmo artigo complementa: "A ação civil para a decretação da perda do cargo será proposta pelo Procurador-Geral de Justiça perante o Tribunal de Justiça local, após autorização do Colégio de Procuradores, na forma da Lei Orgânica".

Pelo exposto, é vedada a perda do cargo vitalício por processo administrativo. Apesar de a Constituição se referir a perda do cargo por "decisão judicial", também não poderá ser determinada a perda de cargo por efeitos secundários de ação penal condenatória, pois o art. 38, § 1.º, exposto exige **ação civil própria** para a exoneração ou demissão;

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;

c) **irredutibilidade de subsídio**, fixado na forma do art. 39, § 4.º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI; 150, II; 153, III; e 153, § 2.º, I.

Assim como já explicado no capítulo referente à magistratura, a irredutibilidade aqui conferida é jurídica e não real, não estão englobadas nesta as eventuais perdas inflacionárias da moeda. Se o *parquet* quiser discutir seu Direito Constitucional a reajustes periódicos, deve fazê-lo por meio do art. 37, X, da Constituição;

d) **imparcialidade** – Como meio de resguardar a **imparcialidade**[17] do membro do Ministério Público, ser-lhe-ão impostas as seguintes vedações:

I – **receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais**;

II – **exercer a advocacia**.

É bom notar que o art. 29, § 3.º, do ADCT possibilita que os membros do Ministério Público que ingressaram no órgão antes da promulgação da Constituição (05.10.1988) optem pelo regime anterior. Fazendo essa opção, os membros do Ministério Público da União podem advogar, pois a Constituição anterior não fazia essa restrição.

Referimo-nos somente aos membros do MP da União porque os Estados já possuíam norma vedando o exercício da advocacia desde 1981 (art. 24, § 2.º, LC 40/1981);[18]

III – **participar de sociedade comercial, na forma da lei**.

Assim, o *parquet* não pode ser comerciante individual, participar de sociedade como diretor, gerente, administrador. Contudo, nada impede sua participação como cotista ou acionista;

IV – **exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério**;

V – **exercer atividade político-partidária**.

A vedação de forma radical foi imposta pela EC 45/2004. Logo após, a Resolução 22.095/2005 do TSE previu imediata aplicação da EC 45/2004. No ano seguinte, foi editada a Resolução 22.156/2006 do TSE, estabelecendo que os magistrados e membros do Tribunal de Contas e do Ministério Público têm que se **afastar definitivamente** de seus cargos e filiar-se a partidos políticos até seis meses antes do pleito eleitoral.[19]

Porém, o próprio TSE, em alguns julgados, já afirmou que não se aplica a EC 45/2004 àqueles que ingressaram na carreira antes da Constituição de 05.10.1988 (art. 29, § 3.º, do ADCT), podendo, sim, licenciar-se do órgão de atuação para se filiar a partido político.[20] Dessa forma, quando o membro do Ministério Público, ingresso na carreira antes de 05.10.88 (data da promulgação da Constituição), se licencia para se filiar a partido político e concorrer às eleições, subentende-se que optou pelo regime proposto antes da CR/1988;

VI – receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições

de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.

Além da **quarentena de saída** prevista no art. 95, parágrafo único, V, da Constituição para os magistrados, é imposta também ao *parquet* aqui referido.

18.2.4 Funções constitucionais do Ministério Público

O art. 127, *caput*, apresenta as **macrofinalidades** do Ministério Público. Esse termo significa que todas as atribuições do órgão se resumem em quatro funções:

a) defesa da ordem jurídica;
b) defesa do regime democrático;
c) defesa dos interesses sociais;
d) defesa dos interesses individuais indisponíveis.

É bom que se perceba que o Ministério Público não tem legitimidade para defender direito subjetivo, disponível e individual de seus membros.[21]

As diversas formas de exercício das quatro macrofinalidades são exemplificadas no art. 129. Dizemos "exemplificadas" porque o próprio art. 129, IX, autoriza o Ministério Público a 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".

Assim, constitui rol exemplificativo das **funções institucionais** do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia.

Antes da promulgação da atual Constituição, a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (Comissão Afonso Arinos), dentre outras metas, pugnava por um órgão de defesa da população. Para exercer essa função foi criada a Comissão de Defesa dos Direitos do Cidadão (CODICI), que não obteve

sucesso em razão das constantes interferências do Poder Executivo e excesso de burocracia.

Ainda diante da necessidade de tutela dos direitos constitucionais, o constituinte criou o Ministério Público com total independência e autonomia, tipificando inclusive como crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que ofenderem o livre exercício desse órgão (art. 85, II).

Por isso, é certo dizer que o Ministério Público foi nomeado o ***ombudsman* do Direito Constitucional**, pois a Constituição lhe confiou a função de receber críticas, sugestões, reclamações da sociedade perante o Estado e lhe impôs o dever de agir em defesa imparcial dos cidadãos.

Nesse sentido, o *parquet* deve: a) receber petições e reclamações; b) instaurar sindicâncias para apurar as denúncias; c) investigar os fatos comunicados pela Comissão Parlamentar de Inquérito; d) notificar pessoas para comparecer e realizar audiências públicas; e) propor ações judiciais necessárias.

> 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;
>
> IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos na Constituição;
>
> V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
>
> VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
>
> VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no art. 128 da CR;
>
> VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.

Por óbvio, a legitimação do Ministério Público para as ações civis não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto na Constituição e na lei, como foi previsto no art. 5.º da Lei 7.347/1985, que estende a legitimidade

para promover ação civil pública à Defensoria Pública, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e à associação que cumpra os requisitos estabelecidos na lei de ação civil pública.

O Supremo Tribunal já afirmou, mais de uma vez, que o **Ministério Público tem legitimidade para promover atos de investigação**,[22] graças, dentre outros fundamentos, à **teoria dos poderes implícitos**, ou seja, quando a Constituição concede os fins a determinado órgão, concede a ele implicitamente os meios para cumprir os objetivos constitucionalmente propostos.

Traduzindo: se a Constituição concede ao Ministério Público poderes para promover ação penal, deve, implicitamente, conceder a ele os meios para formação de sua *opinio delicti*.

Em interessante julgado,[23] a 2.ª Turma do STF reconhecera, de forma subsidiária, o poder de investigação do Ministério Público, desde que atendidos os requisitos estabelecidos no inquérito criminal, inclusive quanto à observância da Súmula Vinculante 14.

Contudo, deve-se observar:

a) ritos claros quanto à pertinência do sujeito investigado;
b) formalização do ato investigativo;
c) comunicação imediata ao Procurador-Chefe ou ao Procurador-Geral;
d) autuação, numeração, controle, distribuição e publicidade dos atos;
e) pleno conhecimento da atividade de investigação à parte;
f) princípios e regras que orientariam o inquérito e os procedimentos administrativos sancionatórios;
g) ampla defesa, contraditório, prazo para a conclusão e controle judicial.

Já a legitimidade do Ministério Público estadual para promover reclamação dividiu o Supremo Tribunal Federal, vencendo o posicionamento favorável à legitimidade ativa, restando vencida a Ministra Ellen Gracie, que entende ser legitimidade exclusiva do Procurador-Geral da República a propositura de ação de reclamação perante o STF.[24]

Quando o art. 129, § 2.º, determina que “as funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira”, institui o **princípio do**

Promotor natural, pois está proibindo que a pessoa seja processada senão pelo órgão de atuação do Ministério Público competente,[25] sendo vedado o **promotor *ad hoc***.

18.3 CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

18.3.1 Estrutura

O Conselho Nacional do Ministério Público, criação da reforma do Judiciário (EC 45/2004), está estabelecido no art. 130-A e é composto de 14 (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.

Os membros do Conselho, oriundos do Ministério Público, serão indicados pelos respectivos Ministérios Públicos, de acordo com o estabelecido em lei ordinária.

Esse Conselho escolherá, em votação secreta, um corregedor nacional, dentre os membros do Ministério Público que o integram, vedada a recondução.

O Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil oficiará junto ao Conselho.

Leis da União e dos Estados criarão ouvidorias do Ministério Público, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Ministério Público, inclusive contra seus serviços

auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional do Ministério Público.

18.3.2 Competência

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 (art. 130-A, § 2.º), 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 da Constituição 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 correcional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

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.

Há interessante julgado em que o STF entendeu que a competência revisora conferida ao Conselho Nacional do Ministério Público limita-se aos processos disciplinares instaurados contra os **membros** do Ministério Público da União ou dos Estados (inc. IV do § 2.º do art. 130-A da Constituição da República), não sendo possível a revisão de processo disciplinar contra **servidores**.[26]

Só há possibilidade de se tornar **instância revisora dos processos administrativos disciplinares** instaurados nos órgãos correcionais competentes

contra **servidores** auxiliares do Ministério Público, nas **situações** em **que não digam respeito à atividade-fim** da própria instituição;[27]

> 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.

Já ao corregedor nacional compete, além das atribuições que lhe forem conferidas pela lei, as seguintes:

> I – receber reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos membros do Ministério Público e dos seus serviços auxiliares;
>
> II – exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e correição geral;
>
> III – requisitar e designar membros do Ministério Público, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de órgãos do Ministério Público.

18.4 ADVOCACIA PÚBLICA

A advocacia pública é exercida por instituições constituídas para defender os interesses do próprio Estado (União, Estado, Distrito Federal e Municípios, além de outros entes da administração pública indireta), judicial ou extrajudicialmente.

Esta carreira é composta de:

a) **Advocacia-Geral da União** – 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 sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo (art. 131 da CR).

A Advocacia-Geral da União foi criada pela Constituição de 1988 e regulamentada pela Lei Complementar 73/1993.

Esse órgão tem por chefe o Advogado-Geral da União (AGU), de **livre nomeação** pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e

cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Assim como o Presidente do Banco Central, o Advogado-Geral da União **goza de *status* de Ministro de Estado**.

Em relação aos membros, o ingresso nas classes iniciais da carreira far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

b) **Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional** – instituição que possui a função de representar a União na execução da dívida ativa de natureza tributária (art. 131, § 3.º).

c) **Procuradoria Federal** – a Procuradoria Federal exerce a representação judicial e extrajudicial e atividades de consultoria e assessoramento jurídicos de autarquias como Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) e Instituto Nacional de Seguro Social (INSS).

A carreira de Procuradoria de Autarquia Federal foi criada pela Lei 2.123/1953 e inicialmente era voltada à defesa dos interesses da União. Com a criação da Advocacia-Geral da União pela Constituição de 1988, as Procuradorias passaram a ser órgãos vinculados à AGU.

A MP 2.048-26/2000 estabeleceu a carreira de Procurador Federal e unificou as denominações: Procurador, Procurador Autárquico, Advogado e Assistente Jurídico. Como último ato, a Lei 10.480/2002 criou a Procuradoria-Geral Federal (PGF), órgão autônomo, vinculado à Advocacia-Geral da União e integrado por todos os Procuradores Federais das autarquias e fundações federais.

d) **Procuradoria dos Estados e do Distrito Federal** – exercem a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

e) **Procuradoria do Município –** assim como a União, Estados e Distrito Federal, os Municípios também possuem um órgão de representação judicial e consultoria jurídica.

São organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases.

Aos procuradores aqui referidos será assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

18.5 ADVOCACIA E DEFENSORIA PÚBLICA

O Constituinte dispôs na mesma seção sobre **advocacia privada** e Defensoria Pública, concedendo um artigo para cada. O art. 133 dispõe: "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei".

A carreira da advocacia é regida pela Lei 8.906/1994.

A **Defensoria Pública**, por seu turno, está prevista no art. 134, sendo considerada como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos interesses individuais e metaindividuais, dos necessitados econômicos e jurídicos.[28]

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 (art. 134, § 1.º).

A lei complementar exigida pelo art. 134 da CR é a LC 80/1994.

No que diz respeito à estrutura, a Defensoria Pública se divide em:

a) **Defensoria Pública da União** – atua na defesa dos hipossuficientes econômicos junto ao Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Justiça Federal comum, Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral, Justiça Militar Federal e órgãos administrativos da União.

b) **Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios** – órgão que atua em prol dos necessitados econômicos perante a Justiça e instâncias administrativas do Distrito Federal.

c) **Defensoria Pública dos Estados** – tutela o interesse de portadores de necessidades econômicas perante os órgãos administrativos e judiciais dos Estados e órgãos administrativos municipais.

Às **Defensorias Públicas Estaduais** são asseguradas **autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária** dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2.º (art. 134, § 2.º, da CR).

E foi em razão dessa autonomia, estabelecida pelo art. 134, § 2.º, da CR, que o STF declarou inconstitucional diversos dispositivos das Leis Delegadas 112/2007 e 117/2007, de Minas Gerais, que subordinavam expressamente a Defensoria Pública daquele Estado ao Governador.[29]

Também reputada inconstitucional lei do Estado do Maranhão que equiparava Defensor Público Geral do Estado aos Secretários estaduais. E a razão é simples: secretários estaduais são nomeados e exonerados *ad nutum* pelo Governador, e essa filosofia, caso fosse estendida ao Defensor Público Geral, ofenderia a autonomia do órgão por ele comandado (art. 134, § 2.º, da CR).[30]

O art. 234 e seus parágrafos da Lei Complementar paulista 988/2006 também foram questionados no Supremo e considerados inconstitucionais.

Segundo o STF, a previsão de obrigatoriedade de celebração de convênio exclusivo e obrigatório entre a Defensoria Pública do Estado de São Paulo e a seccional local da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-SP) ofenderia a autonomia funcional, administrativa e financeira daquela. Asseverou-se que o "convênio compulsório" transgrediria o art. 134, § 2.º, da CR.[31]

Em que pese o art. 134, § 2.º, da Constituição fazer referência somente às Defensorias Públicas Estaduais, o art. 2.º da EC 69/2012 estabelece que "sem prejuízo dos preceitos estabelecidos na Lei Orgânica do Distrito Federal, aplicam-se à Defensoria Pública do Distrito Federal os mesmos princípios e regras que, nos termos da Constituição Federal, regem as Defensorias Públicas dos Estados".

Sendo assim, é possível entender que as Defensorias Públicas do Distrito Federal passaram a ter **autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária**.

Note que a autonomia não fora estendida à Defensoria Pública da União. Todavia, com a EC 74/2013, essas garantias foram estendidas também às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal.

Guilherme Peña de Moraes,[32] valendo-se dos ensinamentos de José Fontenelle Teixeira da Silva, divide o exercício da Defensoria Pública em funções próprias e impróprias, *in expressis*: "O funcionamento da Defensoria

Pública é evidenciado por *funções próprias*, que pressupõem a hipossuficiência econômica, demandada por necessitados patrimoniais, como, por exemplo, o patrocínio de ação civil, e *funções impróprias*, que prescindem de hipossuficiência econômica, destinadas aos necessitados jurídicos, como, por exemplo, a curadoria especial e a defesa do réu revel".

Todos os entes que exercem as funções essenciais à Justiça serão remunerados por meio de subsídios (art. 39, § 4.º, c/c o art. 135).

18.6 EXERCÍCIOS DE FIXAÇÃO

1. **(Ministério Público/SP – 2012) É garantia institucional dos Ministérios Públicos estaduais, visando a sua independência de atuação, o modo de nomeação e destituição do Procurador-Geral de Justiça, que será nomeado**

   A) Pelo Chefe do Poder Executivo, a partir de escolha em lista tríplice composta por integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para mandato de dois anos, permitidas reconduções sucessivas, e que somente poderá ser destituído por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo, na forma da lei complementar respectiva.

   B) Livremente pelo Chefe do Poder Executivo, dentre integrantes da carreira, para mandato de dois anos, permitida uma recondução e que somente poderá ser destituído por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo, na forma da lei complementar respectiva.

   C) Pelo Chefe do Poder Executivo, a partir de escolha em lista tríplice composta por integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para mandato de dois anos, permitida uma recondução, e que somente poderá ser destituído por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo, na forma da lei complementar respectiva.

   D) Livremente pelo Chefe do Poder Executivo, dentre integrantes da carreira, para mandato de dois anos, permitidas reconduções sucessivas, e que somente poderá ser destituído por deliberação de 3/5 (três quintos) do Poder Legislativo, na forma da lei

complementar respectiva.

E) Pelo Chefe do Poder Executivo, a partir de escolha em lista tríplice composta por integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para mandato de dois anos, permitida uma recondução, e que somente poderá ser destituído por deliberação de 3/5 (três quintos) do Poder Legislativo, na forma da lei complementar respectiva.

2. (Defensor Público/AM – Instituto Cidades/2011) O Defensor Público do Estado do Amazonas em exercício no Município de Parintins recebe em seu gabinete pais de crianças entre zero e cinco anos de idade, que não possuem condições de pagar advogado sem prejuízo do sustento de suas famílias, reclamando da insuficiência de vagas em creches mantidas pelo Poder Público municipal. Nesse caso, o Defensor Público:

A) não deverá tomar qualquer providência, porque o aumento da oferta de vagas em creches é questão que envolve custos ao Erário e, portanto, está no âmbito da discricionariedade administrativa.

B) não deverá tomar qualquer providência, porque, embora não haja ofensa ao princípio da reserva do possível, a Defensoria Pública não tem competência para o ajuizamento de ação civil pública, devendo apenas encaminhar os pais ao Ministério Público local para solucionar a questão.

C) ajuizará ação judicial, visando a tornar efetivo o acesso e o atendimento em creches e unidades de pré-escola, em face do dever jurídico-social imposto ao Município pela Constituição Federal de 1988, mas não obterá êxito em última instância, por representar indevida ingerência do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas afetas ao Executivo.

D) ajuizará ação judicial, visando a tornar efetivo o acesso e o atendimento em creches e unidades de pré-escola, em face do dever jurídico-social imposto pela Constituição Federal de 1988 e pelo caráter de fundamentalidade de que se acha impregnado o direito à educação, de tal sorte a autorizar o Judiciário a proferir provimentos jurisdicionais que viabilizem a concreção dessa

prerrogativa constitucional.

E) irá sugerir a cada um dos pais presentes que impetrem mandado de segurança, individual ou em litisconsórcio ativo, com apoio no direito à educação infantil, pois esta é a única via judicial apropriada e a Defensoria Pública não está apta a utilizá-la.

3. (Promotor de Justiça/MPDFT - 2013) Com relação ao Ministério Público, assinale a opção INCORRETA:

A) Não tem, entre suas atribuições, legitimidade para aforar ação civil pública com o fim de impugnar a cobrança e pleitear a restituição de IPTU pago indevidamente.

B) O Ministério Público estadual não tem competência para ajuizar reclamação perante o Supremo Tribunal Federal. A instituição se faz representar, nessa circunstância, pelo Procurador-Geral da República.

C) Apesar de o Ministério Público ser uno, é possível a ocorrência de conflito positivo e negativo de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público estadual, solucionável pelo Supremo Tribunal Federal.

D) O Procurador-Geral da República é destituível por iniciativa do Presidente da República, desde que haja autorização concedida pela maioria absoluta do Senado Federal.

E) É interditado à lei ordinária regular a destituição dos Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal.

4. (Advogado/TJSP – VUNESP/2013) Assinale a alternativa correta sobre a advocacia pública.

A) A instituição que, diretamente ou por meio de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, é a Procuradoria-Geral da República.

B) As atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo cabem à Defensoria Pública da União.

C) Aos procuradores dos Estados é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante o Conselho Nacional do Ministério Público.

D) Competem aos Procuradores do Estado e do Distrito Federal a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

E) O Advogado-Geral da União será nomeado pelo Presidente da República dentre membros da carreira, maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

5. (Defensor Público/AM – FCC/2013) Considerando a disciplina da Defensoria Pública na Constituição Federal, analise as afirmações abaixo.

I. O Defensor Público, após dois anos de efetivo exercício, torna-se estável e apenas perderá o cargo por sentença judicial transitada em julgado.

II. Lei complementar estadual pode autorizar que o Defensor Público exerça advocacia fora de suas atribuições institucionais.

III. Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

IV. Lei Estadual pode determinar que a Defensoria integre determinada Secretaria de Estado, ficando o Defensor-Geral sujeito ao poder hierárquico do Secretário de Estado.

Está correto o que se afirma APENAS em

A) I, II e III.

B) II, III e IV.

C) III e IV

D) III.

E) II.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

[1]SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 578.

[2]Idem, ibidem.

[3]BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito constitucional ao alcance de todos* cit., 2010, p. 601.

[4]Idem, ibidem.

[5]GRINBERG, Rosana. Lei Orgânica Nacional do Ministério Público: Lei 8625, de 12.02.1993. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, n. 143, p. 15, 1995.

[6]MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional* cit., 2010, 478.

[7]SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 582.

[8]STF, ADI 132, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 30.05.2003.

[9]GARCIA, Emerson. *Ministério Público*: organização, atribuições e regime jurídico. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 47 e 54.

[10]AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional* cit., p. 623.

[11]CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, p. 245.

[12]SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 583.

[13]"O Ministério Público estadual tem legitimidade ativa autônoma para atuar originariamente neste Supremo Tribunal, no desempenho de suas prerrogativas institucionais relativamente a processos em que seja parte." MS 28.827/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 27.06.2012.

[14]O STF já se manifestou pela constitucionalidade da inobservância do princípio da simetria (STF, ADI 452, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 31.10.2002).

[15]"Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Impugnação do fraseado 'após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros da assembleia legislativa', contido no art. 83 da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte e repetido no art. 10

da LC 141/1996 (Lei Orgânica do Ministério Público Estadual). 1. A Constituição Federal de 1988 não prevê a participação do Poder Legislativo estadual no processo de escolha do Chefe do Ministério Público, de modo que não podem a Constituição Estadual e a legislação infraconstitucional exigir tal participação parlamentar. Salvo em tema de destituição do Procurador-Geral de Justiça, porque, agora sim, a Magna Carta condiciona tal desinvestidura forçada à aprovação do Poder Legislativo, pela maioria absoluta dos respectivos membros. Violação ao princípio da separação dos poderes. 2. Ação direta julgada procedente" (ADI 3.727/RN, rel. Min. Ayres Britto, *DJe* 11.06.2010).

[16]MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional* cit., 2010, p. 479.

[17]"Também se lhes preponderam *garantias de imparcialidade* na forma de vedações (art. 128, § 5.º, II)" (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 585).

[18]LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado* cit., 2010, p. 675.

[19]Idem, p. 676.

[20]RO 999 do TSE; RO 1.070 do TSE.

[21]"O Ministério Público não tem legitimidade para defender direito subjetivo, disponível e individual de seus membros. Com base nesse entendimento, a 2ª Turma desproveu agravo regimental interposto de decisão do Min. Ricardo Lewandowski que, em decisão monocrática da qual foi relator, extinguira o *mandamus* sem julgamento de mérito. No caso, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul impetrara mandado de segurança contra ato do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, que restringira a percepção de gratificação por membros que compusessem órgãos colegiados. Reputou-se que a legitimidade do *Parquet* para impetração de *writ* restringir-se-ia à defesa de sua atuação funcional e a de suas atribuições institucionais" (MS 30.717 AgR/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 27.09.2011).

[22]"Tendo em considerações as razões expostas, e considerando, *sobretudo*, precedentes emanados da colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (HC n. 85.419/RJ, rel. Min. Celso de Mello. RE n. 535.478/SC, rel. Min. Ellen Gracie. HC n. 91.661/PE, rel. Min.

Ellen Gracie. HC n. 87.610/SC, rel. Min. Celso de Mello. HC n. 93.930/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, *v.g*.), nego provimento ao recurso ordinário em '*habeas corpus*', por entender que o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal, desde que respeitados, pelo '*Parquet*', os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, *sempre*, pelos agentes do Ministério Público, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso país, os advogados (Lei 8.906/1994, art. 7.º, notadamente os incs. I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado Democrático de Direito – do permanente (e inafastável) controle jurisdicional dos atos praticados pelos seus representantes" (RHC 83.492/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j. 16.12.2010). Sobre a teoria dos poderes implícitos e poder investigatório do Ministério Público cf. STF, RE 535.478/SC, rel. Min. Ellen Gracie, 28.10.2008.

[23]RE 593.727/MG, rel. Min. Cezar Peluso, j. 21.06.2012.

[24]"1. Inicialmente, entendo que o Ministério Público do Estado de São Paulo não possui legitimidade para propor originariamente Reclamação perante esta Corte, já que 'incumbe ao Procurador-Geral da República exercer as funções do Ministério Público junto ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 46 da Lei Complementar 75/1993' (Rcl 4.453 MC-AgR-AgR/SE, de minha relatoria, *DJe* 059, 26.03.2009). 2. Entretanto, a ilegitimidade ativa foi corrigida pelo ProcuradorGeral da República, que ratificou a petição inicial e assumiu a iniciativa da demanda. 3. Entendimento original da relatora foi superado, por maioria de votos, para reconhecer a legitimidade ativa autônoma do Ministério Público Estadual para propor reclamação (...)" (Rcl 7.358/SP, rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 03.06.2011).

[25]STF, HC 90.277, rel. Min. Ellen Gracie, j. 17.06.2008, *DJe* 01.08.2008.

[26]MS 28.827/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 27.06.2012.

[27]"A Constituição da República resguardou o Conselho Nacional do Ministério Público da possibilidade de se tornar instância revisora dos processos administrativos disciplinares instaurados nos órgãos correicionais competentes contra servidores auxiliares do Ministério

Público em situações que não digam respeito à atividade-fim da própria instituição" (MS 28.827/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 27.06.2012).

[28]MORAES, Guilherme Peña de. *Defensoria Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 178.

[29]ADI 3.965/MG, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 07.03.2012.

[30]"O voto do Min. Ricardo Lewandowski, relator, que os reputou inconstitucionais, porquanto a autonomia funcional, administrativa e financeira da defensoria pública estaria consignada na própria Constituição (CF, art. 134, § 2.º). Acentuou que, tendo em conta a sistemática constitucional referente aos ministros de Estado, os secretários estaduais também seriam demissíveis *ad nutum*. Por conseguinte, o defensor público-geral perderia autonomia à medida que fosse equiparado a secretário de Estado-membro. Avaliou ter havido, na espécie, intenção de se subordinar a defensoria ao comando do governador" (ADI 4.056/MA, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 07.03.2012).

[31]ADI 4.163/SP, rel. Min. Cezar Peluso, j. 29.02.2012.

[32]MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional* cit., 2010, p. 477.

19

DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

Sumário: 19.1 Sistema constitucional das crises: 19.1.1 Estado de defesa; 19.1.2 Estado de sítio – 19.2 Forças Armadas – 19.3 Segurança pública: 19.3.1 Órgãos da segurança pública – 19.4 Tabela – 19.5 Exercícios de fixação.

O título proposto pelo Constituinte se divide em sistema constitucional das crises (Estado de Defesa e Estado de Sítio) e Defesa do Estado e da Sociedade (Forças Armadas e segurança pública).

19.1 SISTEMA CONSTITUCIONAL DAS CRISES

Em momentos de deturpação da ordem democrática, de ofensa aos mandamentos constitucionais, é necessária a adoção de medidas para reequilibrar a ordem e a normalidade constitucional.

Por isso, a Constituição dedicou um capítulo (Capítulo I do Título V) para discorrer sobre medidas que possam auxiliar os Poderes Públicos a conquistarem o estado constitucional democrático. Foi o que José Gomes Canotilho denominou **constitucionalização das circunstâncias excepcionais**.[1]

Relembramos que a adoção dessas medidas (estado de defesa e estado de sítio), assim como a adoção de intervenção federal, impede a alteração da Constituição pelo tempo que perdurarem (art. 60, § 1.º).

O referido sistema instaurará no País um **estado de legalidade extraordinária**, em que diversos direitos serão suspensos. Por isso, para que esse ato não se transforme em um golpe de estado ou ditadura, é obrigatória a

observância de três critérios:

a) **necessidade –** significa que somente situações extremas e excepcionais ensejam a adoção dessas medidas para manutenção da estabilidade da ordem constitucional e das instituições democráticas.[2] Sem necessidade, a decretação dessas medidas pode configurar golpe de estado;[3]
b) **temporariedade** – essas medidas devem ser adotadas por prazo determinado, pois, como gera supressão de direitos e concentração de poder, é possível que a adoção de uma delas sem prazo configure regime ditatorial;[4]
c) **proporcionalidade** – os estados de defesa e de sítio devem ser proporcionais aos fatos que justificaram a sua adoção.[5]

19.1.1 Estado de defesa

O estado de defesa está previsto nos arts. 136, 140 e 141 da Constituição.

Trata-se de uma medida excepcional, mais branda que o estado de sítio, e visa a preservar ou a restabelecer a ordem pública ou a paz social.

19.1.1.1 Pressupostos materiais

Objetivamente, o estado de defesa poderá ser decretado em duas hipóteses:

a) existência de grave e iminente instabilidade institucional que ameaça a ordem pública e a paz social;
b) ocorrência de calamidade de grandes proporções na natureza que atinjam, da mesma forma, a ordem pública e a paz social.

19.1.1.2 Procedimento

Quando o Presidente verificar a existência de algum dos pressupostos materiais, havendo necessidade de decretação do estado de defesa, deve solicitar pareceres consultivos (não vinculativos) ao Conselho da República (art. 89) e Conselho de Defesa Nacional (art. 91), para que opinem a respeito. Após a análise dos pareceres, o Chefe do Executivo Federal decidirá.

Após a decretação do estado de defesa ou sua prorrogação, o Presidente da República, dentro do prazo máximo de 24 horas, submeterá o ato, com a

respectiva justificativa, ao Congresso Nacional, que terá o prazo de dez dias para deliberação e somente aprovará a decretação por maioria absoluta em ambas as Casas Legislativas (art. 136, § 4.º), editando o respectivo Decreto Legislativo (art. 49, IV). Se o Congresso não aprovar, cessa imediatamente a medida, com efeitos *ex nunc*.

Se o Congresso Nacional estiver em recesso, será convocado, extraordinariamente, no prazo de cinco dias, devendo continuar funcionando enquanto vigorar o estado de defesa (art. 136, §§ 5.º e 6.º).

Além do **controle político imediato** (art. 136, §§ 4.º ao 7.º), há o **controle político concomitante**, em que 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 (art. 140) e o **controle político sucessivo** (ou *a posteriori*), por meio da previsão do art. 141, parágrafo único, que determina: "Logo que cesse o estado de defesa ou 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".

Ademais, o **Poder Judiciário** também exercerá o **controle concomitante**, mediante possíveis ações judiciais que os lesados movam (art. 136, § 3.º, I), e **posterior**, eis que qualquer lesão realizada durante o estado de defesa pode ser levada à análise do Poder Judiciário (art. 141, *caput*).

19.1.1.3 Decreto

Necessariamente, o estado de defesa será instaurado pela edição de um decreto presidencial que deverá constar:

a) **Tempo –** o estado de defesa terá validade de 30 dias, prorrogado uma vez por mais trinta dias. Passado o prazo máximo (com a devida prorrogação) sem sucesso no restabelecimento da normalidade constitucional, deverá ser publicado decreto instaurando o estado de sítio (art. 137, I, 2.ª parte);
b) **Áreas abrangidas** – o estado de defesa necessariamente será decretado em localidades restritas e determinadas, não podendo ser genérica.

c) **Medidas coercitivas** – na vigência de estado de defesa, é possível estabelecer restrições aos direitos de: a) reunião, ainda que exercida no seio das associações; b) sigilo de correspondência; c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; d) ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes (art. 136, § 1.º, I e II).

É possível ainda a **prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida**. Este deverá comunicá-la imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultando 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 autuação (art. 136, § 3.º).

A prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário.

Apesar de haver restrições a alguns direitos constitucionais, o art. 136, § 3.º, IV, impede a incomunicabilidade do preso.

19.1.2 Estado de sítio

O estado de sítio, instituto de origem francesa,[6] é medida excepcional, mais incisiva que o estado de defesa.

19.1.2.1 Pressupostos materiais

Quatro hipóteses geram a instauração do estado de sítio:

a) comoção grave de repercussão nacional;
b) ineficácia do estado de defesa;
c) declaração de guerra (formalmente declarada pelo Presidente da República, autorizado pelo Congresso Nacional);
d) agressão armada estrangeira.

Há doutrina[7] que diferencia o estado de sítio repressivo do defensivo. As duas primeiras hipóteses seriam o **estado de sítio repressivo**, e as duas últimas

soariam como **estado de sítio defensivo**.

19.1.2.2 Procedimento

O procedimento é um pouco diferente do aplicado ao estado de defesa. Aqui também há necessidade de se iniciar por meio da solicitação de pareceres meramente opinativos aos Conselhos da República (art. 89) e da Defesa Nacional (art. 91), porém, **antes** de instituir este estado de exceção, é necessário **solicitar** ao Congresso Nacional autorização para decretação do estado de sítio, expondo os motivos determinantes do pedido.

O Congresso Nacional só poderá autorizar o pedido por maioria absoluta da Câmara dos Deputados e Senado Federal. Com a autorização, o Presidente da República poderá decretar estado de sítio.

Solicitada autorização para decretar o estado de sítio 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 ato. Caso entenda cabível a decretação, o Congresso Nacional permanecerá em funcionamento até o término das medidas coercitivas (art. 138, §§ 2.º e 3.º).

Como se percebe, diferentemente do estado de defesa, no estado de sítio existe um **controle político prévio**, pois há solicitação para poder decretar, sem a qual a intenção não sairá do papel.

No mais, o estado de sítio se submete ao mesmo **controle político concomitante**, quando 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 (art. 140) e o **controle político sucessivo** (ou *a posteriori*), na forma do art. 141, parágrafo único, que determina: “Logo que cesse o estado de defesa ou 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”.

Quanto ao **controle judicial**, também haverá o **controle concomitante**, mediante possíveis ações judiciais que os lesados movam (art. 136, § 3.º, I), e **posterior**, pois qualquer lesão realizada durante o estado de sítio pode ser submetida ao crivo do Poder Judiciário (art. 141, *caput*).

19.1.2.3 Decreto

O decreto que institui o estado de sítio deve obedecer aos mesmos requisitos de tempo, área e medidas coercitivas impostas ao estado de defesa; porém, os limites impostos serão mais elásticos.

a) **Tempo** – se o estado de sítio for decretado em razão de comoção grave de repercussão nacional ou ineficácia do estado de defesa, o decreto deve fixar o prazo máximo de 30 dias, porém pode ser prorrogado quantas vezes forem necessárias por igual prazo (30 dias).

   No entanto, se essa medida excepcional for decretada por força de declaração de guerra ou agressão armada estrangeira, o estado de sítio perdurará pelo tempo necessário, isto é, enquanto durar o conflito (art. 138, § 1.º).

b) **Área abrangida** – diferentemente do estado de defesa, no estado de sítio a medida poderá abarcar até mesmo todo o território nacional.

c) **Medidas coercitivas** – no caso de decretação de estado de sítio com base em declaração de guerra ou agressão armada estrangeira, em tese, todo e qualquer direito e garantia constitucional pode sofrer restrição, desde que conste no decreto presidencial e tenha passado pelo crivo e autorização do Congresso Nacional.[8]

Já no estado de sítio com fundamento em comoção grave de repercussão nacional ou ineficácia do estado de defesa, é possível adotar as seguintes medidas (art. 139, I): a) obrigação de permanência em localidade determinada; b) detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; c) 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 (o art. 139, parágrafo único, exclui desta restrição a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa); d) suspensão da liberdade de reunião; e) busca e apreensão em domicílio; f) intervenção nas empresas de serviços públicos; g) requisição de bens.

19.2 FORÇAS ARMADAS

As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares e destinam-se à defesa da Pátria e à garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem.

São organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República (art. 84, XIII). Este, por sua vez, conta com o auxílio do Ministro da Defesa.

Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas, ficando consignado na Constituição que não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares.

Apesar da restrição na utilização do remédio heroico, é cabível *habeas corpus* se houver **ilegalidade** no procedimento que levou à prisão.

Os **membros das Forças Armadas são denominados militares**, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições: I – **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; II – **o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente será transferido para a reserva**, nos termos da lei; III – O militar da ativa que, de acordo com a lei, tomar posse em cargo, emprego ou função pública civil temporária, não eletiva, ainda que da administração indireta, 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; IV – **ao militar são proibidas a sindicalização e a greve**; V – o militar, enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos;[9] VI – 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; VII – o oficial condenado na justiça comum ou militar à pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior; VIII – aplica-se aos militares o disposto no art. 7.º, incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV, e no art. 37, incisos XI, XIII, XIV e XV; IX – 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.

O art. 143 determina que o serviço militar é obrigatório nos termos da lei. Porém, o próprio artigo, em seu § 2.º, concede isenção do serviço militar obrigatório em tempo de paz às mulheres e aos eclesiásticos.

Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.

19.3 SEGURANÇA PÚBLICA

O termo "segurança" significa garantia, proteção e estabilidade. Diversas formas de segurança nos são apresentadas pelo Direito, como a segurança jurídica, a segurança social (seguridade social) e a segurança pública.

Assim, segurança pública constitui um mecanismo de tutela institucional que busca preservar ou restabelecer a ordem pública e a paz social.

O capítulo constitucional destinado à segurança pública elenca as polícias pátrias.

Polícia, nesses termos, é a atividade administrativa tendente a assegurar a ordem pública e a paz social, como um dos meios geradores de bem-estar social.

A polícia pode ser:

a) **preventiva, administrativa ou ostensiva** – É aquela que busca manter e preservar a ordem pública e a paz social.
b) **repressiva, judiciária ou investigativa** – É a polícia criada para investigar ofensas e restaurar a ordem pública e paz social.

Em que pese a diferenciação constitucional em tipos de polícia, *v.g.*, colocando a polícia militar como ostensiva e a polícia civil como repressiva, ela está cada vez mais se apagando, pois é comum a polícia militar exercer atividade

repressiva, como a ocorrida em conjunto com as demais polícias no morro do alemão, no Rio de Janeiro, às 07h59 do dia 28.11.2010, quando as polícias civil, federal e militar, com as forças armadas, invadiram aquela comunidade dominada pelo tráfico, com a intenção de restabelecer a ordem e paz pública.

Por outro lado, nada impede que a polícia civil reprima alguma atividade, atuando preventivamente.

O que se constata atualmente é que as polícias atuam de forma **eminentemente** preventiva ou eminentemente repressiva.

A Constituição se utiliza somente de um artigo (144) para dispor sobre a segurança pública, afirmando que é direito e responsabilidade de todos e dever do Estado.

A Lei 11.473/2007, que dispõe sobre cooperação federativa no âmbito da segurança pública, permite à União firmar **convênio** com os Estados e o Distrito Federal para executar atividades e serviços imprescindíveis à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 1.º).

A referida cooperação federativa diz respeito às operações conjuntas, transferências de recursos e desenvolvimento de atividades de capacitação e qualificação de profissionais, no âmbito da **Força Nacional de Segurança Pública**. E essas atividades de cooperação federativa têm caráter consensual e serão desenvolvidas sob a coordenação conjunta da União e do Ente convenente.

Os ajustes celebrados deverão conter, essencialmente: I – identificação do objeto; II – identificação de metas; III – definição das etapas ou fases de execução; IV – plano de aplicação dos recursos financeiros; V – cronograma de desembolso; VI – previsão de início e fim da execução do objeto; e VII – especificação do aporte de recursos, quando for o caso.

A União, por intermédio do Ministério da Justiça, poderá colocar à disposição dos Estados e do Distrito Federal, em caráter emergencial e provisório, servidores públicos federais, ocupantes de cargos congêneres e de formação técnica compatível, para execução do convênio de cooperação federativa de que trata a Lei 11.473/2007, sem ônus.

As atividades de cooperação federativa, no âmbito **da Força Nacional de Segurança Pública**, serão desempenhadas por militares e servidores civis dos entes federados que celebrarem o convênio (art. 5.º da Lei 11.473/2007).

Segundo o art. 3.º da referida lei, “consideram-se atividades e serviços imprescindíveis à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e

do patrimônio, para os fins desta Lei: I – o policiamento ostensivo; II – o cumprimento de mandados de prisão; III – o cumprimento de alvarás de soltura; IV – a guarda, a vigilância e a custódia de presos; V – os serviços técnico-periciais, qualquer que seja sua modalidade; VI – o registro de ocorrências policiais".

"Os servidores civis e militares dos Estados e do Distrito Federal que participarem de atividades desenvolvidas em decorrência de convênio de cooperação de que trata esta Lei farão jus ao recebimento de **diária** a ser paga na forma prevista no art. 4.º da Lei n.º 8.162, de 8 de janeiro de 1991" (art. 6.º da Lei 11.473/2007).

A lei prevê indenização ao policial servidor de R$ 100.000,00 (cem mil reais) no caso de invalidez incapacitante para o trabalho, e aos seus dependentes, no mesmo valor, no caso de morte.

O Dec. 5.289/2004 disciplina a organização e o funcionamento da Administração Pública Federal para desenvolvimento do programa de cooperação federativa denominado Força Nacional de Segurança Pública.

19.3.1 Órgãos da segurança pública

Segundo os parágrafos do art. 144, a segurança pública é exercida pelos seguintes órgãos:

a) **Polícia federal** – instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: I – 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; II – 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; III – exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

A Lei 10.446/2002 dispõe sobre infrações penais de repercussão interestadual

ou internacional. Nesses termos, o art. 1.º prevê que "quando houver repercussão interestadual ou internacional que exija repressão uniforme, poderá o Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, sem prejuízo da responsabilidade dos órgãos de segurança pública arrolados no art. 144 da Constituição Federal, em especial das Polícias Militares e Civis dos Estados, proceder à investigação, dentre outras, das seguintes infrações penais: I – sequestro, cárcere privado e extorsão mediante sequestro (arts. 148 e 159 do Código Penal), se o agente foi impelido por motivação política ou quando praticado em razão da função pública exercida pela vítima; II – formação de cartel (incisos I, *a*, II, III e VII do art. 4.º da Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990); e III – relativas à violação a direitos humanos, que a República Federativa do Brasil se comprometeu a reprimir em decorrência de tratados internacionais de que seja parte; e IV – furto, roubo ou receptação de cargas, inclusive bens e valores, transportadas em operação interestadual ou internacional, quando houver indícios da atuação de quadrilha ou bando em mais de um Estado da Federação". Esse artigo é completado pelo parágrafo único: "Atendidos os pressupostos do *caput*, o Departamento de Polícia Federal procederá à apuração de outros casos, desde que tal providência seja autorizada ou determinada pelo Ministro de Estado da Justiça".

b) **Polícia rodoviária federal** – órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, nos termos da Lei 9.654/1998, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

c) **Polícia ferroviária federal** – órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

   A previsão constitucional de uma polícia ferroviária federal, por si só, não legitima a investidura nos cargos referentes a tal carreira; é necessário que ela seja primeiramente estruturada.[10]

d) **Polícias civis** – dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. Pelo exposto, fica claro que a atribuição da polícia civil é residual, sendo sua função todas as atividades de polícia judiciária que não forem destinadas pela Constituição à polícia federal. A Resolução 2/2002 do Conselho Nacional de Segurança Pública estabelece diretrizes para as

polícias civil e militar.

e) **Polícias militares** – cabem a elas o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública não atribuídas à polícia federal.

f) **Corpos de bombeiros militares** – além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército subordinam-se, junto com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

O § 8.º do art. 144 possibilita ainda aos Municípios constituírem **guardas municipais** destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

Segundo o STF,[11] as atividades das quais dependam a manutenção da ordem pública, segurança pública e a administração da justiça devem ser prestadas plenamente em sua totalidade, por isso **os órgãos de segurança pública não podem fazer greve**.

Por fim, o art. 144, § 9.º, estabelece que a remuneração dos servidores policiais integrantes dos órgãos relacionados nesse artigo será fixada na forma de subsídio.

19.4 TABELA

	ESTADO DE DEFESA	ESTADO DE SÍTIO
Órgão da decretação	Presidente da República (art. 136).	Presidente da República (art. 137).
Formalidade prévia	Audiência dos Conselhos da República e de Defesa Nacional (art. 136).	1. Audiência dos Conselhos da República e de Defesa Nacional. 2. Autorização prévia do Congresso Nacional (arts. 137 e 49, IV).
	Ato composto, pois produz efeitos desde a vigência	Ato complexo, necessitando, para produzir efeitos, de duas

Natureza jurídica da vontade necessária para sua decretação	determinada no decreto presidencial, embora possa, depois, ser rejeitado pelo Congresso Nacional (art. 136, § 7º).	vontades: 1. do Congresso Nacional, por maioria absoluta, por meio de decreto legislativo; e 2. do Presidente da República, por decreto (art. 137).
Causas a que se vincula a decretação	1. Instabilidade institucional; ou 2. Calamidade de grandes proporções na natureza (art. 136).	1. Comoção grave de repercussão nacional; 2. Ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; 3. Declaração de guerra; 4. Resposta à agressão armada estrangeira (art. 137, I e II).
Finalidade	Preservar ou restabelecer a ordem pública e a paz social (art. 136).	Defesa das ordens pública e social e defesa nacional (finalidades implícitas, art. 137).
Medidas restritivas a serem previstas no decreto	1. Restrições aos direitos de reunião e sigilo de correspondência e comunicação telefônica e telegráfica. 2. Em caso de calamidade, ocupação e uso de bens e serviços públicos (art. 136, § 2º).	1. No caso de comoção grave de repercussão nacional e de ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa, as mencionadas no art. 139, I a VII, tão somente. 2. Em caso de guerra ou agressão armada estrangeira, as garantias a serem arroladas no decreto (art. 138).
Papel do Congresso Nacional	Aprecia a medida após sua decretação, podendo rejeitá-la, cessando os seus efeitos (art. 136, § 6º) e também acompanha e fiscaliza a sua execução (art. 140).	Autoriza previamente por decreto legislativo e maioria absoluta, designando comissão de acompanhamento, podendo revogar a autorização (arts. 138 e 140).
Prazo	Trinta dias, no máximo, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período (art. 136, § 2º).	No caso do art. 137, I, por prazo máximo de trinta dias, prorrogado, de cada vez, por igual período; no caso do art. 137, II, durante o tempo que durar a guerra ou a agressão

		estrangeira (art. 138, § 1º).

SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 614-615.

19.5 EXERCÍCIOS DE FIXAÇÃO

1. **(JUIZ SUBSTITUTO/CE – CESPE/2012) Assinale a opção correta acerca dos preceitos relativos à defesa do Estado e das instituições democráticas.**

   A) No estado de defesa e no estado de sítio, as imunidades parlamentares não podem ser suspensas.

   B) O estado de sítio não pode ser decretado apenas para determinada área específica, considerando-se sua abrangência nacional.

   C) Embora a decretação do estado de defesa submeta-se à aprovação da maioria absoluta do Congresso Nacional, sua prorrogação dispensa tal providência, sendo suficiente ato do chefe do Poder Executivo demonstrando a necessidade de estender a medida por igual período.

   D) As especificações da amplitude do estado de sítio podem ser feitas após a sua decretação.

   E) Considerada a excepcionalidade da medida, o controle judicial do estado de defesa abrange o juízo de conveniência e oportunidade quanto à prática do ato.

2. **(87.º MP/SP – 2010) Assinale a alternativa correta:**

   A) A Constituição Federal poderá ser emendada na vigência do estado de defesa, desde que mediante proposta de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados.

   B) A Constituição Federal poderá ser emendada na vigência do estado de sítio, desde que mediante proposta de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado

Federal.

C) A Constituição Federal poderá ser emendada na vigência do estado de defesa, desde que mediante proposta do Presidente da República.

D) A Constituição Federal poderá ser emendada na vigência do estado de sítio, desde que mediante proposta do Presidente da República.

E) A Constituição Federal não poderá ser emendada na vigência do estado de sítio, ainda que mediante proposta de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados.

3. (MP/SE – CESPE/2010) Com relação à segurança pública, à polícia ostensiva e à polícia judiciária, assinale a opção correta:

A) A segurança pública é dever da União e tem como objetivo fundamental a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

B) Os municípios que tiverem mais de vinte mil habitantes podem constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações.

C) Às polícias civis competem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

D) Compete privativamente à União legislar sobre normas de organização, efetivos, material bélico e garantias, convocação e mobilização das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares, bem como sobre normas de organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.

E) As polícias militares e os corpos de bombeiros militares subordinam-se aos governadores dos estados, com exceção do DF, onde a subordinação se dá em relação ao chefe de governo da União.

4. (183.º Magistratura SP – VUNESP) Leia as afirmativas quanto à segurança pública.

I. É exercida pela polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia

ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares.

II. Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações.

III. Compete à União organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal.

IV. Compete à polícia federal exercer, em concorrência com as polícias civis estaduais, as funções de polícia judiciária da União.

É correto apenas o que se afirma em

A) II, III e IV.

B) I, III e IV.

C) I e II.

D) IV.

E) I, II e III.

5. (Juiz Federal – 3.ª Região – 2013) Do estado de defesa e do estado de sítio, não é correto que:

A) o Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza;

B) 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, podendo abranger restrições aos direitos de reunião, ainda que exercida no seio das associações, o sigilo de correspondência e o sigilo de comunicação telegráfica e telefônica, sendo que a ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, responderá a União pelos danos e custos decorrentes;

C) o Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da

República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar o 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 e a declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

D) o decreto do estado de sítio indicará sua duração, as normas necessárias a 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;

E) a Mesa do Congresso Nacional, ouvidos os líderes partidários, designará Comissão composta de cinco de seus membros para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas referentes ao estado de defesa e ao estado de sítio.

6. (Delegado de Polícia/ES – FUNCAB/2013) Marque a alternativa correta.

A) O Estado de Defesa se dá por decreto do Presidente da República, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, devendo o decreto que o instituir determinar a obrigação de permanência em localidade determinada, detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns, 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.

B) O Estado de Defesa se dá por decreto do Presidente da República, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, devendo o decreto que o instituir determinar a suspensão da liberdade de reunião, a busca e apreensão em domicílio, a intervenção nas empresas de serviços públicos e a requisição de bens.

C) O Estado de Sítio se dá por decreto do Presidente da República, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, desde que autorizado pelo Congresso Nacional, devendo o decreto que o instituir determinar o tempo de sua duração, especificar as áreas a serem abrangidas e indicar, nos

termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem.

D) O Estado de Sítio se dá por decreto do Presidente da República, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, desde que autorizado pelo Congresso Nacional, devendo o decreto que o instituir determinar as restrições aos direitos de reunião, ainda que exercida no seio das associações, o sigilo de correspondência, sigilo de comunicação telegráfica e telefônica.

E) 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 não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial, sendo vedada a incomunicabilidade do preso.

7. (182.º Magistratura/SP – VUNESP) Sobre as Forças Armadas, é correto afirmar que:

A) Ao militar é proibida a greve, mas não a sindicalização.

B) Enquanto no serviço ativo, o militar pode estar filiado a partido político desde que não ocupe cargo de direção.

C) O militar em atividade, que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente, será transferido para a reserva, nos termos da lei.

D) Em tempo de guerra, os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

[1]CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1.050.

[2]NOVELINO, Marcelo. Op. cit., p. 741.

[3]LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado* cit., 2010, p. 714.

[4]Idem, ibidem.

[5]BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito constitucional ao alcance de todos* cit., p. 636.

[6]FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional* cit., p. 335.

[7]ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 429.

[8]TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional* cit., 2010, p. 1.179.

[9]Constituição da República, art. 14, § 8.º O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições: I – se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade; II – se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

[10]BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito constitucional ao alcance de todos* cit., p. 647.

[11]Rcl 6.568, rel. Min. Eros Grau, *DJ* 25.09.2009.

20

DIREITOS SOCIAIS

Sumário: 20.1 Seguridade social: 20.1.1 Saúde; 20.1.2 Previdência social; 20.1.3 Assistência social – 20.2 Educação: 20.2.1 Princípios constitucionais orientadores do ensino; 20.2.2 Autonomia das universidades; 20.2.3 Deveres do Estado em relação à educação; 20.2.4 Participação da iniciativa privada; 20.2.5 Conteúdo do ensino; 20.2.6 Organização do sistema de ensino; 20.2.7 Financiamento da educação; 20.2.8 Plano nacional de educação – 20.3 Cultura – 20.4 Desporto – 20.5 Ciência e tecnologia – 20.6 Comunicação social: 20.6.1 Controle público sobre a comunicação social; 20.6.2 Lei de Imprensa x ADPF 130 – 20.7 Meio ambiente – 20.8 Família, criança, adolescente, jovem e idoso: 20.8.1 Família; 20.8.2 União homoafetiva; 20.8.3 Criança, adolescente e jovem; 20.8.4 Idoso – 20.9 Índios – 20.10 Exercícios de fixação.

Os direitos sociais receberam um *status* privilegiado nas Constituições. Após seu reconhecimento pela Constituição social mexicana de 1917 e, posteriormente, a Constituição alemã de Weimar, de 1919, foram erigidos ao *status* de direitos fundamentais de 2.ª geração (gestação ou dimensão).

Os direitos sociais exigem prestação positiva (obrigação de fazer) dos Poderes Públicos, sendo, por isso, chamados de **direitos prestacionais** ou **direitos de promoção**.

Por isso, é certo que, juntamente com o título dos direitos fundamentais, a ordem social forma o **núcleo substancial do regime democrático** instituído.[1]

No entanto, como muito bem observa José Afonso da Silva,[2] "o título da ordem social misturou assuntos que não se afinam com essa natureza", como ciência e tecnologia e meio ambiente.

Observações à parte, o art. 193 inaugura o tema, afirmando que a ordem social tem como **base o primado do trabalho** e como **objetivo o bem-estar e a justiça sociais**.

20.1 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**.

É comum a confusão entre seguridade e previdência social. Todavia, os dois institutos não possuem o mesmo significado. Seguridade social é o conjunto de ações que buscam garantir segurança à sociedade. Essas ações possuem três "linhas de frente", que são a previdência social, saúde e assistência social, ou seja, seguridade é gênero e previdência é espécie.

Aproveitando o ensejo, cabe-nos traçar diferenças objetivas entre as três espécies de seguridade, o que faremos por meio de um quadro:

Direitos	Saúde	Previdência	Assistência
Contribuição	Não há	Há contribuição	Não há
Beneficiários	Todos	Quem contribuir	Somente os necessitados

Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes **objetivos** (também chamados de princípios orientadores):

I – universalidade da cobertura e do atendimento;

II – uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III – seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV – irredutibilidade do valor dos benefícios;

V – equidade na forma de participação no custeio;

VI – diversidade da base de financiamento;

VII – caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Quanto ao seu **financiamento**, a seguridade social receberá recursos de **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**, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição;

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.

As contribuições para a seguridade que acabamos de elencar podem ser dispostas por lei ordinária ou medida provisória, desde que obedecido o determinado no art. 62.

A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social (art. 195, § 4.º). **Assim, a competência para instituir contribuição previdenciária residual é da União, por meio de lei complementar**.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino[3] lembram que, ao eleger as novas fontes para manutenção ou expansão da seguridade social, com fundamento na competência residual prevista no § 4.º do art. 195 da Constituição, o legislador **não** poderá fazer incidir tais contribuições sobre as **aposentadorias e pensões concedidas pelo regime geral de previdência social** de que trata o art. 201. Isso porque o inciso II do art. 195, em sua parte final, estabelece regra de imunidade tributária, vedando a incidência de quaisquer contribuições de seguridade social

sobre tais benefícios concedidos pelo regime geral de previdência social – RGPS.

As contribuições sociais **só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei** que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o princípio da anterioridade tributária (art. 150, III, *b*).

São imunes de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei complementar.

Segundo o art. 195, § 8.º, o produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei.

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, sendo que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

As receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União.

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.

20.1.1 Saúde

A saúde está constitucionalmente prevista nos arts. 196 a 200.

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.

Não se pode esquecer que cuidar da saúde é **competência administrativa**

comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, II).

Por ser dever prestacional do Estado, infindáveis são as ações em que o Poder Judiciário,[4] com postura ativista, determina que a União, Estado, Distrito Federal e Município, **solidariamente**, forneçam remédios, realizem internação, cirurgias, coloquem próteses e assim por diante.

São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por terceiros e também por pessoa física ou jurídica de direito privado.

As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes **diretrizes**:

I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III – participação da comunidade.

O sistema único de saúde será **financiado com recursos do orçamento da seguridade social**, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

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**, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação. Esta regra, insculpida no art. 198, § 4.º, é exceção à exigência de concurso público para contratação de pessoas pelo Poder Público prevista no art. 37, II.

Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os planos de carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial.

A **assistência à saúde é livre à iniciativa privada.** A Constituição possibilita

ainda que as instituições privadas participem 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.

É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

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 seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Ao **sistema único de saúde (SUS)** 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;

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.

20.1.2 Previdência social

Os arts. 201 e 202 da Constituição da República tratam de previdência social.

Existem dois tipos de previdência social: a previdência social aberta, em que todos que queiram podem contribuir e dela participar, e a previdência social fechada, voltada para determinados grupos ou categorias geralmente abertos por empresas.

Os regimes previdenciários podem ser próprio, geral ou complementar. O **regime próprio de previdência social** (RPPS) é o regime aplicado aos servidores públicos estatutários (art. 40). Já o **regime geral de previdência social** (RGPS) é voltado para os servidores celetistas, os trabalhadores da iniciativa privada e quem mais quiser contribuir, desde que não beneficiados pelo regime próprio de previdência social. O **regime de previdência complementar**, por sua vez, pode atuar em paralelo com os dois primeiros, tem a função de ser um complemento nos proventos recebidos, pois, no mais das vezes, os proventos de aposentadoria são inferiores ao salário recebido quando a pessoa estava na ativa.

Este tópico trata da previdência aberta regida pelo regime geral.

Nestes termos, o art. 201 dispõe que a previdência social será organizada sob a **forma de regime geral**, **de caráter contributivo** e de **filiação obrigatória**, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II – proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

É **vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria** aos beneficiários do regime geral de previdência social, **ressalvados** os casos de **atividades exercidas sob condições especiais** que prejudiquem a **saúde** ou a **integridade física** e quando se tratar de segurados **portadores de deficiência**, nos termos definidos em lei complementar.

Quanto à contribuição, até mesmo os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária. Por óbvio, este fato gerará repercussão nos benefícios recebidos.

No tocante à fixação do valor dos benefícios, é bom dizer que nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo.

De certo, todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente **atualizados**, na forma da lei, além de ser assegurado o **reajuste** dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.

Desde a edição da EC 41/2003, essa regra também vigia para todos os servidores públicos aposentados pelo regime do RPPS (Regime Próprio de Previdência Social). Contudo, em 29 de março de 2012 foi editada a EC 70/2012, que restabeleceu a regra segundo a qual os servidores públicos estatutários de qualquer ente federativo, incluídas autarquias e fundações públicas, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação da EC 70/2012 (29.03.2012) e tenha se aposentado ou venha a se aposentar por **invalidez permanente**, além de poder se aposentar com proventos integrais, terão os reajustes baseados nos mesmos índices e na mesma data dos servidores da ativa.[5]

A gratificação natalina dos aposentados e pensionistas terá por base o valor dos proventos do mês de dezembro de cada ano.

Como já afirmado, é vedada a filiação ao regime geral de previdência social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência. Porém, se a pessoa não estiver filiada a nenhum regime de previdência, é possível participar do regime geral de previdência na qualidade de segurado facultativo. É o que acontece com pessoas que trabalham como dona de casa ou estagiário.

Lei disporá sobre sistema especial de inclusão previdenciária para atender a trabalhadores de baixa renda 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, garantindolhes acesso a benefícios de valor igual a um salário mínimo. Este sistema especial de inclusão previdenciária terá alíquotas e carências inferiores às vigentes para os demais segurados do regime geral de previdência social.

No tocante à idade e tempo de contribuição necessários para concessão de aposentadoria, o art. 201, § 7.º, estabelece:

a) trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher. Estas idades deverão ser reduzidas **em cinco anos**, para o professor que comprove **exclusivamente** tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio;

b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, **reduzido em cinco anos** o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

Regra geral	Homem	Mulher
Tempo de contribuição	35 anos	30 anos
Idade	65 anos	60 anos

Para efeito de aposentadoria, é assegurada a **contagem recíproca** do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os **diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente**, segundo critérios estabelecidos em lei.

Lei disciplinará a cobertura do risco de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado.

20.1.2.1 Previdência complementar

A EC 20/1998 incluiu na Constituição a previsão de um regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social (RPGS).

Este regime, diferentemente do anterior, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar que assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de 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.

É vedado 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 normal poderá exceder a do segurado.

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 patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada.

A referida lei complementar aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada.

A mesma lei complementar estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação.

Em resumo, o art. 202 da Constituição estabelece um regime de previdência complementar que deverá ter as seguintes características:

a) caráter complementar;
b) facultativo;
c) organização autônoma em relação ao regime geral de previdência social;
d) independência financeira;
e) regulado por lei complementar;
f) publicidade de gestão.[6]

20.1.3 Assistência social

A última espécie do gênero seguridade está prevista nos arts. 203 e 204 da Constituição. Segundo esses dispositivos, a assistência social será prestada **a quem dela necessitar, independentemente de contribuição** à seguridade social, e tem por **objetivos**:

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.

As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social e 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.

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.

20.2 EDUCAÇÃO

O constituinte dedicou nove artigos (arts. 205 ao 214) à educação, deixando claro que educação, **direito de todos e dever do Estado e da família**, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

20.2.1 Princípios constitucionais orientadores do ensino

Os princípios constitucionais do ensino, que servem de base para a aplicação de todas as regras jurídicas voltadas à atividade de ensino, vieram dispostos no art. 206. São eles:

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 ideias** e de concepções pedagógicas, e

coexistência de instituições públicas e privadas de ensino. Desta sorte, está claro que educação não é monopólio estatal, afirmação reforçada pelo art. 209, que estabelece que o ensino é livre à iniciativa privada;

IV – **gratuidade do ensino público** em estabelecimentos oficiais.

Nesse sentido, o STF editou a Súmula Vinculante 12, na qual entende ser inconstitucional a cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas, *in litteris*: "12. A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal".

Sobre a gratuidade, o art. 242 da Constituição lembra que este princípio não se aplica às instituições educacionais oficiais criadas por lei estadual ou municipal e existentes na data da promulgação da Constituição (05.10.1988), que não sejam total ou preponderantemente mantidas com recursos públicos;

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.

Ademais, lei deve dispor sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

20.2.2 Autonomia das universidades

O art. 207 trouxe fundamental previsão ao conceder às universidades **a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial**, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

Essa autonomia possibilita que as instituições tenham liberdade de pesquisa, ensino e divulgação do pensamento sem qualquer interferência do Estado.

As faculdades poderão ainda admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei.

20.2.3 Deveres do Estado em relação à educação

O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

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 didáticoescolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

O não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente, pois o **acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo**.

Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

20.2.4 Participação da iniciativa privada

O ensino é livre à iniciativa privada, desde que cumpra as normas gerais da educação nacional e se submeta à **autorização** e **avaliação** de qualidade pelo Poder Público.

Os anos de 2009 e 2010 foram recheados de conflitos e escândalos no que se refere às avaliações realizadas pelo Ministério da Educação. O chamado Exame Nacional do Ensino Médio (Enem), criado em 1998 pelo Ministério da Educação, é utilizado como exame de acesso ao Ensino Superior em universidades brasileiras e como ferramenta para avaliar a qualidade geral do Ensino Médio no país. Porém, vazamento das questões de prova e erro na impressão do cartão de resposta colocaram em xeque esta forma de avaliação.

20.2.5 Conteúdo do ensino

Quanto ao **conteúdo ministrado**, devem ser fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

Apesar de o Brasil ser Estado laico (leigo ou não confessional), isto é, não ter religião oficial (art. 5.º, VI), desde 1891 o art. 210, § 1.º, possibilita o **ensino religioso**, porém de **matrícula facultativa**, constituindo disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

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. Nesse mesmo sentido, o art. 231 concede aos índios o direito de preservação de sua língua.

O art. 242, § 1.º, ainda reza que o ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro.

20.2.6 Organização do sistema de ensino

No que diz respeito à organização do sistema de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão, em **regime de colaboração**, seus sistemas de ensino, até porque a Constituição compromete todos os entes ao dispor que é competência administrativa **comum** da União, Estado, Distrito Federal e Município proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência (art. 23, V).

A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

Seguindo o regime de colaboração, os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil, e os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

A educação básica pública atenderá prioritariamente ao ensino regular.

20.2.7 Financiamento da educação

Nesse sentido, **anualmente**, a **União** aplicará 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.

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 receita do governo que a transferir, ou seja, os valores repassados contam como receita para o ente que recebeu o repasse, e não para quem repassou.

O descumprimento desses limites gera violação aos **princípios constitucionais sensíveis**, podendo ensejar intervenção federal (art. 34, VII, c/c o art. 36, III).

A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere à universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do plano nacional de educação.

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.

Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:

a) comprovem finalidade não lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;
b) assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.

Esses recursos 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.

As atividades universitárias de pesquisa e extensão poderão receber apoio financeiro do Poder Público.

20.2.7.1 Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB)

Após a extinção, em 2006, do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF), criado pela EC 14/1996, com validade de dez anos, foi criado o FUNDEB.

O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação criado pela EC 53/2006 é mais abrangente que o anterior, pois abarca toda a educação básica, isto é, a educação infantil (creche e pré-escola), o ensino fundamental e o ensino médio.

Essa Emenda Constitucional alterou a redação dos arts. 7.º, XXV; 23, parágrafo único; 30, VI; 206, V, VII, parágrafo único; 208, IV; 211, § 5.º; 212, §§ 5.º, 6.º, da Constituição, além de alterar o art. 60 do ADCT.

Sua finalidade precípua é ampliar o mecanismo de financiamento do ensino básico público.

Em resumo, o FUNDEB:[7]

a) Tem prazo de vigência de 14 anos (a contar da promulgação da EC 53, de 19.12.2006), tendo validade até 2020;
b) Estabeleceu como fonte de recursos: I – 20% dos impostos e

transferências estaduais; II – 20% das transferências municipais (levando em conta que os impostos municipais não estão abrangidos), implementados gradativamente na forma do art. 60, § 5.º, do ADCT; III – complementação dos recursos pela União na forma do art. 60, VI e VII;

c) Busca valorizar os profissionais da educação básica, dispondo que pelo menos 60% do FUNDEB devem ser destinados a estes profissionais que estejam em efetivo exercício;

d) Condiciona o uso dos recursos à manutenção e desenvolvimento da educação (construção de escolas, equipamentos, materiais didáticos etc.), não se permitindo utilizar tais recursos para despesas com alimentação, assistência médica, odontológica e social;

e) Vincula o salário-educação (art. 212, § 5.º) à educação básica;

f) Regula a distribuição de recursos do fundo com base no número de alunos que cursam a educação básica.

20.2.8 Plano nacional de educação

A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração plurianual, visando à articulação e ao desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis e à integração das ações do Poder Público que conduzam à:

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.

Nesse sentido, a Lei 10.172/2001 aprovou o plano nacional de educação com duração de dez anos (art. 1.º da Lei 10.172/2001). O novo plano nacional, que deveria ter sido editado em 2011, aguarda aprovação pelo Congresso Nacional.

20.3 CULTURA

A cultura está disposta em dois artigos (arts. 215 e 216) da Constituição da República.

O termo "cultura" foi utilizado pelo constituinte para expressar um sistema de ideias, conhecimento, técnicas e artefatos, de padrões de comportamentos e atitudes, que caracteriza determinada sociedade.[8]

O art. 215 inicia o tema obrigando o Estado a garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afrobrasileiras e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais (art. 215, § 2.º). Nesse sentido, em 09.12.2010 foi promulgada a Lei 12.345, que fixa critério para instituição de datas comemorativas, possibilitando inclusive a realização de consultas e audiências públicas para definir se a matéria possui alta significação (art. 2.º da Lei 12.345/2010).

A lei estabelecerá o **Plano Nacional de Cultura** (PNC), de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

I – defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;

II – produção, promoção e difusão de bens culturais;

III – formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;

IV – democratização do acesso aos bens de cultura;

V – valorização da diversidade étnica e regional.

Previsto na Constituição Federal desde a aprovação da EC 48/2005, o PNC encontra-se em fase de sistematização das diretrizes elaboradas e pactuadas entre Estado e sociedade, por meio da realização de pesquisas e estudos e de debates e encontros participativos como a 1.ª Conferência Nacional de Cultura, Câmaras Setoriais, Fóruns e Seminários. O processo de construção do PNC está sendo realizado em parceria pelos Poderes Executivo e Legislativo e visa à aprovação do projeto de lei do PNC, que tramita na Câmara dos Deputados desde 2006. As atividades conclusivas da etapa preparatória para a aprovação do PNC abrangem uma série de Seminários Regionais e discussões promovidas pela internet.[9]

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, e 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.

Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

Com a promulgação da Constituição, foram tombados todos os documentos e

os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

> É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, 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.

Em 27 de novembro de 2012, a EC 71 criou o Sistema Nacional de Cultura (SNC). Para tanto, incluiu na Constituição o art. 216-A, que prescreve que o Sistema Nacional de Cultura será organizado em regime de colaboração, de forma **descentralizada e participativa**, instituindo um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais.

Segundo a referida emenda constitucional, o Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos princípios da diversidade das expressões culturais; universalização do acesso aos bens e serviços culturais; fomento à produção, difusão e circulação de conhecimento e bens culturais; cooperação entre os entes federados, os agentes públicos e privados atuantes na área cultural; integração e interação na execução das políticas, programas, projetos e ações desenvolvidas; complementaridade nos papéis dos agentes culturais; transversalidade das políticas culturais; autonomia dos entes federados e das instituições da sociedade civil; transparência e compartilhamento das informações; democratização dos processos decisórios com participação e controle social; descentralização articulada e pactuada da gestão, dos recursos e das ações; ampliação progressiva dos recursos contidos nos orçamentos públicos para a cultura.

Ainda dispõe sobre a estrutura do Sistema Nacional de Cultura em cada esfera da Federação. Nesse sentido, o SNC será composto de órgãos gestores da cultura; conselhos de política cultural; conferências de cultura; comissões intergestores; planos de cultura; sistemas de financiamento à cultura; sistemas de informações e indicadores culturais; programas de formação na área da cultura; e sistemas setoriais de cultura.

Concede à lei federal o dever de dispor sobre a regulamentação do Sistema Nacional de Cultura, bem como de sua articulação com os demais sistemas nacionais ou políticas setoriais de governo.

E ainda possibilita que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizem seus respectivos sistemas de cultura em leis próprias.

20.4 DESPORTO

O art. 217 é o único que dispõe sobre esporte. Segundo esse dispositivo, é **dever do Estado fomentar** práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um, observados:

> 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 Lei 9.615/1998, conhecida como “Lei Pelé”, instituiu normas gerais sobre desporto e prevê outras providências.

Além dos arts. 52, I, II, parágrafo único; 142, § 2.º; e 42, § 1.º, a Constituição elenca mais uma **exceção ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional** ao dispor sobre um órgão administrativo chamado justiça desportiva, que terá **jurisdição condicionada** (ou instância administrativa de

curso forçado). Segundo o art. 217, § 1.º: "O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei". Contudo, a justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final. Escoado o prazo, o acesso ao Poder Judiciário passa a ser pleno (art. 127, § 2.º).

O art. 52 da Lei Pelé concede autonomia e independência aos órgãos da Justiça Desportiva, quais sejam:

a) Superior Tribunal de Justiça Desportiva – funciona junto às entidades nacionais de administração do desporto;
b) Tribunal de Justiça Desportiva – funciona junto às entidades regionais da administração do desporto;
c) Comissões disciplinares – com competência para processar e julgar as questões previstas nos Códigos de Justiça Desportiva.

Além do esporte, o Poder Público também incentivará o lazer como forma de promoção social.

O funcionamento dos **bingos** foi, por muito tempo, alvo de intensas discussões. Tudo porque o dispositivo da Lei Pelé, que autorizava o funcionamento de bingos, foi revogado pela Lei 9.981/2000, ficando proibida sua prática a partir de 31.12.2001.

Por força da omissão, diversas leis estaduais passaram a disciplinar o assunto, gerando uma guerra de liminares proferidas por Juízes que analisavam a constitucionalidade de leis estaduais pela via incidental. Por vezes, magistrados entendiam pela constitucionalidade; outras, entendiam pela inconstitucionalidade.

Para pacificar a controvérsia, o STF, entendendo que bingo é competência privativa da União (art. 22, XX), editou a **Súmula Vinculante 2**, *in expressis*: "É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias".

20.5 CIÊNCIA E TECNOLOGIA

Os arts. 218 e 219 dispõem sobre o assunto.

O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas (art. 218).

A Constituição diferencia dois tipos de pesquisa:

a) **pesquisa científica** básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências;

b) **pesquisa tecnológica** voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

A lei[10] 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.

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.

O CNPq e as FAPs (Fundações de Apoio à Pesquisa), como a Fapesp, Fapergs, Fapemig, Faperj e a Facepe, são alguns exemplos dessas instituições fundamentais para o desenvolvimento do País.

Por fim, o art. 219 estabelece que o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

20.6 COMUNICAÇÃO SOCIAL

O direito fundamental à liberdade de pensamento (art. 5.º, IV), de expressão

artística, intelectual e de comunicação (art. 5.º, IX) está representado neste tópico, o qual a Constituição tratou em quatro artigos (art. 220 ao 224).

Foi a primeira vez em que a comunicação social foi disposta em um capítulo autônomo, marcando o processo de redemocratização, que culminou no texto constitucional que temos atualmente.

Nesse sentido, a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão nenhuma restrição, observado o disposto na Constituição.

Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o direito fundamental à liberdade de pensamento, de profissão, de expressão e comunicação e acesso à informação contidos no art. 5.º, IV, V, X, XIII e XIV.

É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Sobre o tema, o art. 45, II, III, §§ 4.º e 5.º, da Lei 9.504/1997, gerou discussões nas eleições de 2010, pois dispunha: “art. 45. A partir de 01 de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário: ... II – usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito; III – veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes; ... § 4.º Entende-se por trucagem todo e qualquer efeito realizado em áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação. § 5.º Entende-se por montagem toda e qualquer junção de registros de áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação”. Os parágrafos transcritos (§§ 4.º e 5.º) foram introduzidos pela Lei 12.034/2009, ampliando o âmbito material de incidência do inciso II do mesmo artigo.

Essa alteração, às vésperas da eleição, impossibilitou os programas humorísticos de falar de política de sua maneira particular. Por isso, surgiu a inquietação, tendo o art. 45, II e III, da Lei 9.504/1997 sua constitucionalidade questionada pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT, por ofensa aos arts. 5.º, IV, IX e XIV, e 220 da Constituição.

Entendendo que o humor poderia ser considerado imprensa e que, durante o período eleitoral, a liberdade de imprensa deveria ser maior, haja vista ser o momento em que o cidadão mais precisa de plenitude de informação e desta com qualidade, os arts. 45, II e III, da Lei 9.504/1997 foram considerados liminarmente inconstitucionais com arrastamento dos §§ 4.º e 5.º do mesmo artigo.[11]

A exceção de vedação às restrições fica por conta das propagandas comerciais de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, que estarão sujeitas a restrições legais e conterão, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

A Constituição Federal concede competência à lei federal para:

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

II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defender 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.

Segundo o art. 221, 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**.

Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, também deverão observar esses princípios, na forma da lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais.

Importante regra é estabelecida pelo art. 222. Segundo esse dispositivo, 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**.

Em qualquer caso, pelo menos 70% (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.

Cabe à lei ordinária disciplinar a participação de capital estrangeiro nessas empresas (art. 221, § 4.º), que não poderá ser superior a 30% (trinta por cento) do capital votante da empresa.

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.

20.6.1 Controle público sobre a comunicação social

O controle público sobre as empresas de comunicação não foi esquecido.

Primeiro, porque as **alterações de controle societário** das empresas jornalísticas e de radiofusão sonora e de sons e imagens serão **comunicadas ao Congresso Nacional**.

Segundo, porque 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. A não renovação da concessão ou permissão

dependerá de aprovação de, no mínimo, **dois quintos** do Congresso Nacional, em votação nominal. O órgão legiferante federal apreciará o ato do executivo no prazo de quarenta e cinco dias em cada casa, a contar do recebimento da mensagem.

O ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional.

Assim, o direito de antena é concedido pelo Poder Executivo, após o crivo do Poder Legislativo. **Direito de antena**, na concepção brasileira, é a possibilidade de captar ou transmitir informações por meio de ondas mecânicas ou eletromagnéticas.[12]

O prazo da concessão ou permissão será de **dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão**.

O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial.

Atendendo ao art. 224, que exige do Congresso Nacional a instituição, como seu órgão auxiliar, do Conselho de Comunicação Social, foi editada a Lei 8.389/1991, criando o referido órgão.

20.6.2 Lei de Imprensa *x* ADPF 130

A Lei 5.250/1967, conhecida como Lei de Imprensa, foi analisada no dia 30.04.2009 pelo Supremo Tribunal Federal, e no julgamento ficou convencionado que a lei, que tantas restrições trazia ao exercício da imprensa, não havia sido recepcionada pela Constituição de 1988.[13]

20.7 MEIO AMBIENTE

O art. 225 concede a todos o 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.

Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

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;

IV – 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;

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 à crueldade.

Visando a evitar práticas que submetam animais à crueldade, o STF já declarou inconstitucional lei estadual que autorizava e regulamentava as "**brigas de galo**" (rinha de galo).[14]

No mesmo sentido, o STF declarou inconstitucional a chamada "**farra do boi**", em razão da crueldade perpetrada contra esses animais durante a "festa".[15]

Na ADI 3.595/SP, processo sob relatoria do Ministro Celso de Mello, o STF está analisando a constitucionalidade dos **rodeios**. Até o fechamento desta edição não havia julgamento do processo. Sobre rodeios, leis buscam profissionalizar o "esporte". A Lei 10.220/2001 instituiu normas relativas à

atividade de peão de rodeio, equiparando-o a atleta profissional, e a Lei 10.519/2002 regula a realização de rodeios, buscando evitar a utilização de apetrechos utilizados na montaria que impliquem crueldade aos animais.

Os recursos minerais também são alvo de preocupação. 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.

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.

A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização farse-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

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.

20.8 FAMÍLIA, CRIANÇA, ADOLESCENTE, JOVEM E IDOSO

20.8.1 Família

A Constituição concede especial proteção à família, entendendo-a como base da sociedade (art. 226).

Os avanços sociais importaram na derrocada da família patriarcal. Atualmente, a Constituição determina que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é de 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.

A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

Por óbvio, os filhos, havidos ou não da relação do casamento ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

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.

Sobre casamento, dispõe que o casamento é civil e é gratuita a sua celebração, não se esquecendo de atribuir ao casamento religioso o efeito civil, nos termos da lei.

Entende-se também como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, formando a família monoparental.

Na verdade, a doutrina e a jurisprudência evoluíram para admitir diversas formas de entidades familiares, como a **família em mosaico ou plural** (que decorre da união de pessoas que possuem filhos de uniões anteriores); **família anaparental** (grupo de pessoas, parentes ou não, que se unem com propósito de vida e comprometimento mútuo, como irmãos que moram juntos), **família eudemonista** (em que o único propósito é buscar a felicidade, independentemente dos padrões formais), **família isoparental** (formada por uma única pessoa, neste caso a inclusão dentro do termo "família" se dá porque esta modalidade também gera efeitos jurídicos, como a constituição de bem de família) e a **família homoafetiva** (formada por pessoas do mesmo sexo).

Quanto à união estável, esta constitui união pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituir família. Inicialmente, somente podem ser convertidas em casamento a união estável formada por pessoas de sexos diferentes. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo julgados de tribunais inferiores, já sinaliza para a possibilidade de conversão de união estável homoafetiva em casamento. Em decisão emblemática, por quatro votos a um, a 4.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça passou a admitir a conversão da união estável homoafetiva em casamento formal.[16]

A Emenda Constitucional 66/2010 alterou o § 6.º do art. 226 para acabar com os pré-requisitos para o divórcio. Atualmente, não é mais necessária prévia separação judicial por mais de um ano ou separação de fato por mais de dois anos. Basta o divórcio direto. O art. 226, § 6.º, afirma: "O casamento civil pode

ser dissolvido pelo divórcio".

Apesar de minoritários, entendemos que a separação judicial não foi extirpada do ordenamento jurídico; só o será quando lei a retirar do Código Civil. Em primeiro lugar, porque este instituto não colide com os preceitos constitucionais, em segundo porque possibilitará ao casal optar entre: a) separação judicial, pondo fim a deveres conjugais como fidelidade recíproca e coabitação, como estágio para o amadurecimento da decisão de se divorciarem ou não; b) divórcio direto, pondo fim ao matrimônio e, consequentemente, a todos os deveres conjugais.

Reforçamos que a maior parte dos doutrinadores já decretou o fim da separação judicial.

20.8.2 União homoafetiva

Este tema merece um tópico à parte em razão da riqueza de debate que despertou.

No dia 05.05.2011, o STF julgou duas ações: a ADPF 132/RJ, sob relatoria do Ministro Ayres Britto, e a ADPF 178, posteriormente convertida na ADI 4.277/DF, sob relatoria da Ministra Ellen Gracie.[17] Nesses processos foi reconhecida a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, concedendo a estes seres humanos diversos direitos que lhes eram negados.

Quais os principais fundamentos levantados pela Suprema Corte?

Inicialmente, o Tribunal espancou possível incompetência, afirmando que deve o Judiciário tutelar os direitos da minoria (que preferimos chamar de grupos não hegemônicos), isto porque as maiorias são tuteladas por grupos majoritários, como o Legislativo e o Executivo.

Depois, passou à análise de mérito da questão, afirmando que ninguém pode ser diminuído em razão de seu afeto.

Os Ministros abordaram a homossexualidade não como um fato, e sim como uma circunstância da vida, inerente ao direito da personalidade. Ninguém opta pelo homossexualismo, ninguém escolheria ser colocado à margem da sociedade, submetido a todos os tipos de preconceito e violência física. A pessoa nasce homossexual e, por isso, o Estado tem que analisar a situação jurídica dessas pessoas.

Duas técnicas interpretativas foram cruciais para a Suprema Corte chegar ao

almejado reconhecimento. São elas:

A **interpretação teleológica**, em que se busca a finalidade da norma, foi utilizada para analisar o motivo da criação do art. 226, § 3.º, da CR. Esse artigo ingressou na Constituição de 1988, representando um marco na emancipação das mulheres. Antes, as mulheres não casadas que moravam junto com homens eram marginalizadas, motivo de preconceito, ou seja, o artigo que afirma ser união estável aquela "entre homem e mulher" foi criado para incluir as mulheres não casadas no seio social. Um artigo de inclusão não pode ser utilizado para excluir, isso ofenderia a finalidade da norma, a ***mens constitutionis*** (intenção do constituinte). Excluir casais homossexuais com base nesse artigo é ultrajar a alma do instituto.

A segunda técnica interpretativa foi a da **interpretação sistemática**, na qual se busca interpretar a Constituição como um bloco e não como artigos isolados. Dessa forma, o art. 226, § 3.º, da CR tem que ser interpretado juntamente com outras regras e princípios, em resumo:

a) Dignidade da pessoa humana (direito nuclear) – o ser humano deve ser respeitado em sua plenitude.
b) Liberdade – segundo esse direito fundamental de primeira dimensão, o Estado não pode interferir no afeto do indivíduo. Ninguém pode interceder na **autonomia privada**, que, pela teoria kantiana, é o cerne da dignidade da pessoa humana.
c) Legalidade genérica – o art. 5.º, II, da CR afirma que ninguém será obrigado a deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Ora, não há lei que proíba a união homoafetiva, logo, é lícita.
d) Igualdade – esse direito fundamental de segunda dimensão nos convida a uma reflexão: se o Estado reconhece a união heterossexual como entidade familiar, não pode negar esse reconhecimento à união homossexual; caso contrário, estaria minorando essas pessoas, dizendo a elas que seu amor vale menos, simplesmente por ter escolhido amar uma pessoa do mesmo sexo.

Ademais, pela literalidade do art. 5.º, *caput*, "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza".

Sob o manto da igualdade, o art. 3.º, IV, da CR elenca como um objetivo (meta) da República Federativa do Brasil garantir o bem de todos, sem preconceito de sexo ou qualquer outra forma de discriminação.

e) Segurança jurídica – milhares de homossexuais que possuem união pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituir família estão à margem da sociedade, sem qualquer respaldo jurídico em suas relações, e, diante desta constatação, o Estado não pode fechar os olhos.

Não podemos olvidar que o art. 3.º, III, traz como diretriz do País erradicar a marginalização, buscando integrar todos à sociedade.

f) Foi suscitado por alguns Ministros o famoso direito constitucional de sexta dimensão, isto é, direito de procurar a felicidade. Todos têm direito de buscar a sua verdade para poder alcançar a felicidade pessoal, desde que lícita.

Como reforço, os Ministros lembraram os **Princípios de Yogyakarta**, que traduzem recomendações dirigidas aos Estados nacionais, fruto de conferência realizada na Indonésia, em novembro de 2006, sob a coordenação da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos.

Essa Carta de Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero fez consignar, em seu texto, o Princípio 24, cujo teor assim dispõe: "Toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. As famílias existem em diversas formas. Nenhuma família pode ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros".

É bom fazer uma ressalva: a posição antagônica tem como pilar a interpretação literal do art. 226, § 3.º, da CR (que não sobrevive ao rol de técnicas e princípios dispostos anteriormente) e fundamentos religiosos, os quais devem, da mesma forma, ser respeitados por todos. Contudo, o Brasil é Estado

laico, não podendo decisões jurídicas terem por base uma determinada filosofia religiosa.

Com base nesses fundamentos, o STF julgou procedente as demandas, aplicando, com efeito *erga omnes*, vinculante e *ex tunc*, a mutação constitucional ao art. 226, § 3.º, da CR, para reconhecer uniões homossexuais como entidade familiar. Dessa forma, onde o artigo citado expõe o termo "homem e mulher" leia-se: "seres humanos". Por consequência, essa mutação gerou ao art. 1.723 do CC/2002 a interpretação conforme a Constituição.

Importante notar que esta decisão reforça a ideia de que o Supremo, aos poucos, abandona a concepção jurídica para adotar o sentido estrutural da Constituição, em que esta não pode ser analisada somente em seu aspecto jurídico, mas sim conectada à realidade social.

Com essa decisão, os companheiros do mesmo sexo adquiriram diversos direitos, como o de celebrar escritura declaratória de união estável, dispondo livremente sobre os bens; somar renda para aprovar financiamentos; somar renda para alugar imóvel; direito à impenhorabilidade do imóvel em que o casal reside; fazer declaração conjunta do imposto de renda; reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro companheiro ao amante; solicitar o sequestro dos bens do casal, caso o companheiro os estiver dilapidando e estiverem dissolvendo a união; adotar sobrenome do parceiro; acompanhar o parceiro servidor público transferido; garantia de pensão alimentícia em caso de separação; poder ser inventariante do parceiro falecido; visita íntima na prisão; alegar dano moral se o parceiro for vítima de um crime; proibir a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem do companheiro falecido ou ausente; segredo de justiça nos processos que se referirem a qualquer coisa que esteja discutindo a união ou separação; autorizar cirurgia de risco; herança; inscrever parceiros como dependentes da Previdência; receber abono-família; receber auxílio-funeral; incluir parceiros como dependentes no plano de saúde; ter licença-maternidade para nascimento de filho da parceira; ter licença luto, para faltar ao trabalho na morte do parceiro; participar de programas do Estado vinculados à família; inscrever parceiro como dependente de servidor público e assim por diante.

Como afirmado, a jurisprudência continua a evoluir, havendo julgados admitindo a conversão da união estável homoafetiva em casamento.[18]

20.8.3 Criança, adolescente e jovem

Até 2010, no Capítulo VII do Título VIII da Constituição não havia a expressão "jovem", que foi introduzida pela EC 65/2010. A razão é simples. A comissão especial que formulou o parecer à PEC 138/2003, que dispôs sobre a "proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais da juventude" (que foi transformada na EC 65/2010), constatou que, em 2009, os jovens representavam quase 50 milhões de brasileiros, com **idade entre 15 e 29 anos**, sendo que, nesse universo, cerca de 34 milhões estão entre os 15 e 24 anos e, em razão da situação peculiar, devem ter apoio e incentivo governamental para inserção no mercado de trabalho.

Nesses termos, em razão da EC 65/2010 e do art. 2.º da Lei 11.692/2008, os jovens compreendidos **entre 15 e 29 anos** de idade também devem obter tutela especial do Estado.

Seguindo essa política, em 2013, foi publicada a Lei 12.852, conhecida como Estatuto da Juventude, dispondo sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude – SINAJUVE.

De pronto, é bom fixar que são penalmente **inimputáveis os menores de dezoito anos**, sujeitos às normas da legislação especial (art. 228).

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.

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:

> 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 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.

O direito à proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I – idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7.º, 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.

A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

A lei estabelecerá:

I – o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens;

II – o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

Os dois incisos já foram legalmente atendidos com a publicação do Estatuto da Juventude (Lei 12.852/2013), ficando agora pendente de materialização por parte dos poderes públicos.

A Constituição exige ainda que os pais tenham o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores devem ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

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 portadoras de deficiência.

20.8.4 Idoso

O art. 230 delega à família, à sociedade e ao Estado 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.

Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

Em 2003, o idoso ganhou proteção legal, a Lei 10.741/2003, conhecida como "estatuto do idoso". Ela concede diversos direitos ao idoso. Logo no art. 2.º aduz: "O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade".

No artigo seguinte, um dos mais utilizados no dia a dia forense, a lei elenca as prioridades de que o idoso faz jus:

I – atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população;

II – preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas;

III – destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso;

IV – viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações;

V – priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência;

VI – capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos;

VII – estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento;

VIII – garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais;

IX – prioridade no recebimento da restituição do Imposto de Renda.

20.9 ÍNDIOS

Como afirmado anteriormente, o art. 231 reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos,

costumes e tradições.

As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere esse artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito à indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, §§ 3.º e 4.º, que confere às cooperativas de atividade garimpeira prioridade na autorização ou concessão para pesquisa de lavra dos recursos e jazidas minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando e nas áreas que a União estabeleça (art. 21, XXV), na forma da lei.

Por fim, os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo (art. 129, V, c/c o art. 232).

20.10 EXERCÍCIOS DE FIXAÇÃO

1. **(Ministério Público/SP – 2012) A Constituição Federal define a família como base da sociedade, garantindo ser reconhecida**

   A) A união estável entre o homem e a mulher e a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar apta a merecer proteção estatal como sinônimo de família.

   B) A união estável somente entre o homem e a mulher como entidade familiar apta a merecer proteção estatal, como sinônimo de família.

   C) Como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, excluindo-se uniões de pessoas do mesmo sexo.

   D) A união estável entre pessoas do mesmo sexo, além da união estável entre homem e a mulher, apta a merecer proteção estatal, porém não como entidade familiar, nem como sinônimo de família.

   E) Como entidade familiar somente a comunidade formada pelo homem e pela mulher e seus descendentes.

2. **(Defensor Público/AM – Instituto Cidades/2011) No art. 196 da Constituição Federal está estabelecido que 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". A referida norma é:**

   A) programática, mas, não obstante essa característica, se algum paciente carente com patologia crônica com indiscutível risco de morte necessitar de remédio de alto custo não fornecido pelo SUS – Sistema Único de Saúde –, será possível mover ação judicial para sua obtenção e, se houver recurso, em última instância, a pretensão será acolhida.

   B) de eficácia contida, portanto, lei ordinária federal poderá restringir os casos em que o Sistema Único de Saúde fornecerá assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

   C) de eficácia complementável, portanto, deverá ser colmatada pelo

legislador infraconstitucional, sob pena de não produzir qualquer efeito jurídico.

D) de eficácia plena, portanto, se algum paciente carente com patologia crônica com indiscutível risco de morte necessitar de remédio de alto custo não fornecido pelo SUS – Sistema Único de Saúde –, será possível mover ação judicial para sua obtenção e, se houver recurso, em última instância a pretensão será acolhida.

E) de eficácia plena, portanto, se algum paciente carente com patologia crônica com indiscutível risco de morte necessitar de remédio de alto custo não fornecido pelo SUS – Sistema Único de Saúde –, será possível mover ação judicial para sua obtenção, mas, no entanto, se houver recurso, em última instância a pretensão não será acolhida.

3. (87.º MP/SP – 2010) Assinale a alternativa incorreta:

A) Para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incumbe ao poder público promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

B) Para efeito da proteção do Estado à Família, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, e entre as pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

C) Fundados no princípio 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.

D) É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um.

E) A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização farse-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente,

inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

4. **(183.º Magistratura SP – VUNESP) Relativamente aos índios, assinale a alternativa correta.**

   A) As terras tradicionalmente ocupadas por eles destinam-se à sua posse permanente, cabendo exclusivamente à União o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

   B) O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, ouvidas, todavia, as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

   C) Para ingressar em juízo na defesa dos seus direitos e interesses, os índios, as suas comunidades e organizações serão representados pelo Ministério Público.

   D) É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

   E) São anuláveis os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

5. **(Procurador do Trabalho/MPT – 2013) Em relação à Ordem Social, considerando-se o texto constitucional e a jurisprudência do STF, considere as seguintes proposições:**

I – A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa exclusiva dos Poderes Públicos, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

II – A Lei nº 8.899/1994, ao conceder passe livre às pessoas com deficiência, carece de constitucionalidade, por deixar de indicar

a respectiva fonte de custeio.

III – A lei definirá os critérios de transferência de recursos para o sistema único de saúde e ações de assistência social da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e dos Estados para os Municípios, observada a respectiva contrapartida de recursos.

IV – A prestação de ações e serviços de saúde por sociedades de economia mista corresponde à própria atuação do Estado, desde que a empresa estatal não tenha por finalidade a obtenção de lucro.

Assinale a alternativa CORRETA:

A) apenas as assertivas II e IV estão corretas;

B) apenas as assertivas I e III estão corretas;

C) apenas as assertivas III e IV estão corretas;

D) todas as assertivas estão corretas.

6. (Juiz do Trabalho/TRT8 – 2013) A respeito da saúde, integrante da seguridade social, é CORRETO dizer:

A) As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I – centralização, com direção única em cada esfera de governo; II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III – participação da comunidade.

B) A saúde é direito de todos que não possam custeá-la 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.

C) O sistema único de saúde será financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

D) As instituições privadas poderão participar de forma

complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, sem preferências.

E) É permitida a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com ou sem fins lucrativos.

7. (Advogado Fundação Casa – VUNESP/2010) Nos termos da Constituição Federal, a proteção à infância e à juventude é uma competência:

A) Legislativa privativa da União.

B) Legislativa privativa dos Estados e do Distrito Federal.

C) Comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

D) Legislativa privativa dos Municípios.

E) Legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

_____

[1]SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 804.

[2]Idem, ibidem.

[3]PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 4. ed. Rio de Janeiro:

[4]Por todos transcrevemos julgado do STF que, pela extensão, não trouxemos na integralidade, mas merece uma leitura detida pela riqueza de detalhes, principalmente os votos dos Ministros Celso de Mello e Gilmar Ferreira Mendes: “Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. *Judicialização do direito à saúde*. Separação de poderes. *Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde*. Fornecimento de medicamento: Zavesca (*miglustat*). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento” (STA 175 Agr/CE, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 30.04.2010) (grifamos).

[5]EC 70, de 29.03.2012: “Art. 1.º A Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 6.º-A: ‘Art. 6.º-A. O servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda Constitucional e que tenha se aposentado ou venha a se aposentar por invalidez permanente, com fundamento no inciso I, do § 1.º, do art. 40 da Constituição Federal, tem direito a proventos de aposentadoria calculados com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, não sendo aplicáveis as disposições constantes dos §§ 3.º, 8.º e 17, do art. 40 da Constituição Federal. Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base no *caput* o

disposto no art. 7.º desta Emenda Constitucional, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos desses servidores'.

Art. 2.º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, assim como as respectivas autarquias e fundações, procederão, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias da entrada em vigor desta Emenda Constitucional, à revisão das aposentadorias, e das pensões delas decorrentes, concedidas a partir de 1.º de janeiro de 2004, com base na redação dada ao § 1.º do art. 40 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, com efeitos financeiros a partir da data de promulgação desta Emenda Constitucional".

[6]PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado* cit., 2009. p. 967.

[7]Pontos destacados por Pedro Lenza (*Direito constitucional esquematizado* cit., 2010. p. 914-915).

[8]SILVA, Adalberto Prado e. *Novo dicionário brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1965. v. 1, p. 913.

[9]Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/categoria/politicas/plano-nacional-de-cultura/>.

[10]Leis 8.248/1991; 8.387/1991; 9.257/1996; 10.637/2002 e assim por diante.

[11]STF, ADI 4.451 Referendo MC/DF, rel. Min. Carlos Ayres Britto, *DJ* 01.09.2010.

[12]BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito constitucional ao alcance de todos* cit., p. 687.

[13]"... São de todo imprestáveis as tentativas de conciliação hermenêutica da Lei 5.250/1967 com a Constituição, seja mediante expurgo puro e simples de destacados dispositivos da lei, seja mediante o emprego dessa refinada técnica de controle de constitucionalidade que atende pelo nome de 'interpretação conforme a Constituição'. A técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursionamento do intérprete em legiferação por conta própria. Inapartabilidade de conteúdo, de fins e de viés semântico (linhas e entrelinhas) do texto interpretado. Caso-limite de

interpretação necessariamente conglobante ou por arrastamento teleológico, a pré-excluir do intérprete/aplicador do direito qualquer possibilidade da declaração de inconstitucionalidade apenas de determinados dispositivos da lei sindicada, mas permanecendo incólume uma parte sobejante que já não tem significado autônomo. Não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextrincabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada. Impossibilidade de se preservar, após artificiosa hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei Federal n. 5.250/1967) que foi ideologicamente concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um todo *pro indiviso*. 11. Efeitos jurídicos da decisão. Aplicam-se as normas da legislação comum, notadamente o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal às causas decorrentes das relações de imprensa. O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inc. V, do art. 5.º, da Constituição Federal. Norma, essa, 'de eficácia plena e de aplicabilidade imediata', conforme classificação de José Afonso da Silva. 'Norma de pronta aplicação', na linguagem de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, em obra doutrinária conjunta. 12. Procedência da ação. Total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei Federal n. 5.250, de 09 de fevereiro de 1967" (ADPF 130/DF, rel. Min. Carlos Ayres Britto, *DJ* 06.11.2009).

[14] "Inconstitucionalidade. Ação direta. Lei 7.380/1998, do Estado do Rio Grande do Norte. Atividades esportivas com aves das raças combatentes. 'Rinhas' ou 'Brigas de galo'. Regulamentação. Inadmissibilidade. Meio Ambiente. Animais. Submissão a tratamento cruel. Ofensa ao art. 225, § 1.º, VII, da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. É inconstitucional a lei estadual que autorize e regulamente, sob título de práticas ou atividades esportivas com aves de raças ditas combatentes, as chamadas 'rinhas' ou 'brigas de galo'" (ADI 3.776/RN, rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* 29.06.2007). Ver também ADI 2.514/SC, rel. Min. Eros Grau, 29.06.2005; ADI 1.856/RJ, rel. Min. Celso de Mello, 26.05.2011.

[15]"Costume. Manifestação cultural. Estímulo. Razoabilidade. Preservação da fauna e da flora. Animais. Crueldade. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inc. VII, do art. 225, da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado 'farra do boi'" (RE 153.531/SC, rel. Min. Francisco Rezek, *DJ* 13.03.1998).

[16]STJ, REsp 1.183.378, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.10.2011.

[17]Outra ADI sobre o tema (3.300) foi extinta sem análise de mérito, por questões formais, restando a ADPF 132/RJ, como processo principal, e a ADI 4.277/DF, que figurou como apenso.

[18]STJ, REsp 1.183.378, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.10.2011.

Bibliografia

ACCIOLY, Hidelbrando. *Manual de direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal*: densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994.

_____. La idea de una teoria procesal de la argumentación jurídica. In: GARZON VALDES, E. (org.). *Derecho y filosofia*. Barcelona-Caracas: Alfa, 1985.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito tributário na Constituição e no STF*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2009.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 85-87.

ARAÚJO, Cláudia de R. M. *O direito constitucional de resistência*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 2003.

ARAÚJO, Luiz Alberto David de. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Dialética, 2005.

_____; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

ARISTÓTELES. *A Constituição de Atenas*. Trad. Francisco Murari Pires. São Paulo: Hucitec, 1995.

_____. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nassetti. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

_____. *Retórica*. Introdução de Manuel Alexandre Júnior. Tradução do grego e notas de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: INCM, 1998.

ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 1990. v. 1.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

AZEVEDO, Fábio de Oliveira. *Direito civil. Introdução e teoria geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras*. Brasília: Senado Federal, 2003. v. 5.

BARBI, Celso Agrícola. Mandado de injunção. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo (Org.). *Mandado de segurança e injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*.

Rio de Janeiro: Forense, 1973. v. 5.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5.

BARBOSA, Ruy. *O direito do Amazonas ao Acre septentrional*. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Comércio, 1910, apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Oração aos moços*. São Paulo: Reitoria da USP, 1949.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro: Renovar, n. 240, p. 83-103, abr.-jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. A Constituição e o conflito de normas no tempo: direito constitucional intertemporal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ*, n. 3, 1995.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In: NOVELINO, Marcelo Camargo (org.). *Leituras complementares de direito constitucional*: direitos fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2006.

_____. In: BARRETO, Vicente (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio Grande do Sul: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidade Jurídica – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB,* Distrito Federal: OAB Editora, n. 4, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista da*

Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v. 28, n. 60, Porto Alegre, p. 44, 2004.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:* exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004.

_____. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 4.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista do Senado*, Brasília, n. 142, 1999.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Aspectos processuais do controle abstrato da constitucionalidade no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 218.

_____. *Uma teoria do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

_____. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. atual. José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Estado, governo e sociedade*: para uma teoria geral da política. 11. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BROCCO, Carolina Romano. A ação de improbidade e o microssistema das ações coletivas. In: ABELHA, Marcelo; JORGE, Flávio Cheim. *Direito processual e administração pública*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Comissão parlamentar de inquérito. Técnica e prática*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. _____. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Direito constitucional ao alcance de todos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

_____. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.

BUZANELLO, José Carlos. *Direito de resistência constitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

CABRAL, Antonio do Passo. A causa de pedir nas ações coletivas. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique. *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2009.

CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Parecer: CPI do judiciário. Ação civil pública. Legitimidade do IAB. Controle incidental de constitucionalidade. Competência. *Escritos de direito processual*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. *Lições de direito processual civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. v. 1.

CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina,

1998.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. O Estado adjectivado e a teoria da Constituição. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 3, 2003.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993.

_____. *Constituição da República portuguesa* – Lei do Tribunal Constitucional. 8. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

_____. Judicial Review of legislation: european antecedents and adaptations. *Harvard Law Review*, n. 79, 1966.

_____. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARBONELL, Miguel. *Teoria del neoconstitucionalismo*: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*: teoria do estado e da constituição. Direito constitucional positivo. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Técnica legislativa*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. _____. 14 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO NETO, Menelick de. Controle de constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, Antonio (org.). *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

CATTONI, Marcelo. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Constituições brasileiras:* 1967. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. v. 4.

_____. *Princípios gerais de direito público*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale e notas de Enrico Tullio Liebman (Título original: *Istituzioni di diritto processuale civile*). São Paulo: Saraiva, 1942.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

_____. *As medidas provisórias e a Constituição Federal 1988*. Curitiba: Juruá, 1991.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord. científica); BILAC PINTO FILHO, Francisco; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz (Coord. editorial). *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2002.

_____. *The general principles of constitutional law in the United States of America*. Boston: Little Brown, 1931.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Canotilho e a Constituição dirigente* (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Forense Universitária, 1991. v. 5, item n. 267.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

CUNHA JUNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DAU-LIN, Hsu. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Forster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 2.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *O Estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DORIA, Antonio Roberto Sampaio. *Direito constitucional* – teoria geral do Estado. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1962. v. 1.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma questão de princípios*. 2. ed. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust* – a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

_____. *Democracy and Distrust*: a theory of judicial review. Cambridge: Mass, 1980.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1994.

_____. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1985.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes*. São Paulo: RT, 1994.

_____. *Poder constituinte do Estado-membro*. São Paulo: RT, 1979.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio*. 6. ed. Curitiba: Positivo.

_____. *Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 6. ed. rev. e atual. Curitiba: Positivo, 2005.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3.

_____. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 4.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *O impeachment*. 2. ed. Recife: Sopece, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 2.

_____. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 230, out.-dez. 2002.

FREIRE JR., Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: RT, 2005.

FUX, Luiz. *Mandado de segurança*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GARAPON, Antonie. *Le guardien de promesses*. Paris: Odile Jacob, 1996.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público*: organização, atribuições e regime jurídico. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. 3. ed. Madrid: Alianza.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GONÇALVEZ, Luiz Carlos dos Santos. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coord.). BILLAC PINTO FILHO, Francisco; RODRIGUES JR., Otávio Luiz (coord. editoriais): Rio de Janeiro, Forense, 2009.

GRINBERG, Rosana. Lei Orgânica Nacional do Ministério Público: Lei n. 8625, de 12.02.1993. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, n. 143, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle da constitucionalidade. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 23, n. 90, p. 11-21, abr.-jun. 1998.

GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. *Direito à nacionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido Antonio de Almeida. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

_____. *Direito e democracia*: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. v. 1.

_____. *Direito e democracia*: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

HART, Hebert L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Trad. A. Ribeiro Mandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HORTA, Raul Machado. *A autonomia do Estado-membro no direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Graf. Santa Maria, 1964.

HUSSERL, Edmund. *Investigaciones lógicas*. Trad. esp. Manuel G. Morente e José Gaos. Madrid: Alianza Editorial, 1982. v. 2.

JELLINEK, George. *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*. Trad. Vitagliano Orlando. Milão: Giuffrè, 1912.

JHERING, Rudolf Von. *A finalidade do direito*. Trad. Heder K. Hoffmann. São Paulo: Bookseller, 2002. t. I.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria pura do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1939.

_____. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. *¿Qué es una constitución?* Trad. W. Roces. Buenos Aires: Siglo Veinte, 1949.

LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado. Cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

LEAL, Victor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal Federal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 61, v. 208, p. 15-18, out.-dez. 1964.

LEITE, Glauco Salomão. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord. científica); BILAC PINTO FILHO, Francisco; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz (Coord. editorial). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LEME, Ernesto. *A intervenção federal*. São Paulo: RT, 1930.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 14. ed., 2010; 12. ed., 2008.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2004.

LOPES, Mauro Luís Rocha. *Comentários à nova Lei do Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. *A Constituição Federal de 1967*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. t. II.

MAIA, Antonio. *Considerações acerca do papel civilizatório do direito* – prefácio; a distinção entre fatos, valores e as pretensões neofrankfurtianas. *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores*. 4. ed. São Paulo: RT, 1996.

_____. Súmula vinculante e a EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Reforma do judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: RT, 2005.

MARQUES, José Frederico. Ação popular. Ato lesivo ao patrimônio do Estado,

sem ser, todavia, nulo ou anulável. Impossibilidade jurídica do pedido. *RT*, São Paulo: RT, n. 181, p. 843, 1949.

MARTÍNEZ, Stella Maris. *Manipulação genética e direito penal*. São Paulo: IBCCrim, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo*: comentários à Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009.

MEIRELES, Hely Lopes. *Mandado de segurança. Ação popular. Ação civil pública. Mandado de injunção. Habeas data*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *Direito municipal brasileiro*. 6. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O direito adquirido e o direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 24, p. 60, 1998.

MELLO, José Luis de Anhaia. *Da separação dos poderes à guarda da Constituição*: As Cortes Constitucionais. São Paulo: RT, 1968.

MELLO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade*: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de

direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

_____. *Jurisdição constitucional*: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva,1999.

_____; ALVES, Moreira. *O controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Jorge. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord. Científica); BILAC PINTO FILHO, Francisco; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz (Coord. Editorial). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1983.

_____. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000. t. II.

_____. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000. t. I.

_____. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000. t. II.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso; Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1982.

_____. *O espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 1987.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São

Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

_____. *Defensoria Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Direito constitucional. Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo*: a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008.

M. SYRAN, Claudena. The international refugee regime: the historical and contemporary context of international responses to asylum problems. In: LOESCHER, Gil. *Refugges and the asylum dilemma in the west*. Pennsylvania: The Pennsylvania State Univesity Press, 1992.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Contribuindo para uma doutrina constitucional adequada: dialogando com a teoria da Constituição dirigente. *Jus Poiesis*, Rio de Janeiro, ano 8, n. 8, jul. 2005.

NETO, Cláudio Pereira Souza. Teoria da Constituição, democracia e igualdade. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

NETO, Menelick de Carvalho. Controle de constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, Antonio (Org.). *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações constitucionais*. São Paulo: Método, 2011.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

_____. Entrevista concedida à Conjur. Disponível em: <http://justicasuprema.blogspot.com/2009/07/o-que-e-transconstitucionalismo.html>.

_____. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. 1. ed. São Paulo: Saraiva,

1988.

_____. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1998.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Curso básico de processo civil* – teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. t. I, p. 213.

NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições brasileiras*. Brasília: Senado Federal, 2003. v. 1.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. São Paulo: Método, 2009.

NUNES, José de Castro. *Teoria e prática do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. A teoria do direito e da Constituição. Entre o procedimentalismo e substancialismo. *Quaestio Juris*, n. 5, Rio de Janeiro: UERJ, 2007, p. 10.

_____. *Morte e vida da Constituição dirigente*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de processo penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

_____. *Direito constitucional descomplicado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

PEÑA, Guilherme. *Direito constitucional* – teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

PILATTI, Adriano. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord. científica); PINTO FILHO, Francisco Bilac; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz (Coord. editorial). *Comentários à*

Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PINTO FERREIRA. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 2.

PINTO, Paulo Brossard de Souza. *O "impeachment". Aspectos da responsabilidade política do presidente da República*. Porto Alegre: Globo, 1965.

PIOVESAN, Flávia Cristina. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PLATÃO. *República*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1992.

POLETTI, Ronaldo. *Controle de constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953. v. 2.

_____. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. 1. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1936. v. 2.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1974.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Piseta e Lenita Maria R. Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins, 1960.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROCHA, José de Moura. *Mandado de segurança*. Rio de Janeiro: AIDE, 1987.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991.

RODRIGUES, Manuel Coelho. *A extradição no direito brasileiro e na legislação comparada*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1930. t. I.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos do direito processual civil*. São Paulo: RT, 2000. v. 2.

_____. *Ações constitucionais*. DIDIER JR., Fredie (Org.). 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

ROHDEN, Luiz. Hermenêutica e linguagem. In: CUSTÓDIO ALMEIDA, Hans-Georg Flickinger; ROHDEN, Luis (org.). *Hermenêutica filosófica nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental* – análise à luz da Lei n. 9.882/1999. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social e discurso sobre economia política*. Trad. Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. 7. ed. Curitiba: Hemus.

SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*. São Paulo: RT, 1986.

SAMPAIO, José Adercio Leite. *A Constituição reinventada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 1968.

SANTI ROMANO. *L'ordinamento giuridico*. Florença: Sansoni, 1962.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. Amplitude da coisa julgada nas ações coletivas. *Revista de Processo*, n. 142, São Paulo: RT, dez. 2006, p. 56.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARMENTO, Daniel. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang

(Coord.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional*: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT; Coimbra: Ed. Coimbra, 2009.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. 1. ed. Madrid: Alianza Universidad, 1996.

SIDOU, J. M. Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular*: as garantias ativas dos direitos coletivos. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*: que é o terceiro Estado? Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

SILVA, Adalberto Prado e. *Novo dicionário brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1965. v. 1.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante*: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Extradição. Algumas observações. *O direito internacional contemporâneo*. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Controle de constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 6, p. 14, Enero – Diciembre 2002.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros,

2003.

_____. *Direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva. v. 3.

_____. *Processo constitucional de formação das leis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord. científica); BILAC PINTO FILHO, Francisco; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz (Coord. editorial). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SODRÉ, Eduardo. *Ações constitucionais*. 5. ed. Org. Fredie Didier Jr. Salvador: JusPodivm: 2011.

SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. A mecânica do federalismo. *BuscaLegis*, Brasília, ano 42, n. 165, jan.-mar. 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Teoria da Constituição, democracia e igualdade. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lênio. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: programa de pós-graduação em direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Posfácio. In: DUARTE, Écio Oto Ramos, POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.

_____. *Verdade e consenso*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Verdade e consenso, Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TÁCITO, Caio. *Constituições brasileiras*: 1988. 5. ed. Brasília: Senado Federal – Ministério da Ciência e Tecnologia, centro de estudos estratégicos, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Nova Lei da Súmula Vinculante*: estudos e comentários à Lei n. 11.417, de 19.12.2006. São Paulo: Método, 2009.

_____. *Tratado de arguição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TEIXEIRA, José Horácio Meireles. *Curso de direito constitucional*. org. atual. Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

TEMER, Michel. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord. científica); BILAC PINTO FILHO, Francisco; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz (Coord. editorial). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela jurisdicional de urgência* – medidas cautelares e antecipatórias. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

VASCONCELOS, Edson Aguiar. *Instrumento de defesa da cidadania na nova*

ordem constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VIEIRA, Roberto Atila Amaral. Ação popular. *Revista de Direito Público*, n. 89, 1989.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3. São Paulo: RT, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O dogma da coisa julgada:* hipóteses de relativização. São Paulo: RT, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário. Crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995.

ZAGREBELSKI. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Mulino, 1979.

ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *Teoria geral do federalismo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

Sites:

http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0405/ijdp/decisions.htm

http://www.anencephalie-info.org/p/index.php

http://www.consultormedico.com/consultar-doencas/outras/eutanasia-ortotanasia-e-distanasia.html

http://www.cultura.gov.br/site/categoria/politicas/plano-nacional-de-cultura/

http://www.historianet.com.br/conteudo/default.aspx?codigo=872

http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=5.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas

http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/ADI_3510_sustentacao_oral.pdf/view

Gabarito

CAPÍTULO 1 – DIREITO CONSTITUCIONAL

1 – Certo	2 – C	3 – E
4 – D		

CAPÍTULO 2 – CONSTITUIÇÃO

1 – A	2 – E	3 – C
4 – B	5 – D	6 – E
7 – 7.1. Errado; 7.2. Errado		

CAPÍTULO 3 – PODER CONSTITUINTE

1 – B	2 – C	3 – Certo
4 – B	5 – C	6 – A

7 – D		

CAPÍTULO 4 – NORMA CONSTITUCIONAL

1 – B	2 – C

CAPÍTULO 5 – HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

1 – D	2 – B	3 – Errado
4 – A	5 – C	6 – C

CAPÍTULO 6 – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1 – E	2 – C	3 – C	4 – B
5 – C	6 – D	7 – C	8 – C
9 – A			

CAPÍTULO 7 – DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

1 – D	2 – D	3 – C
4 – D	5 – A	6 – C

7 – A		

CAPÍTULO 8 – REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

1 – E	2 – C	3 – Certo
4 – C	5 – B	6 – D

CAPÍTULO 9 – NACIONALIDADE

1 – E	2 – C	3 – E
4 – C	5 – C	6 – C

CAPÍTULO 10 – DIREITOS POLÍTICOS

1 – B	2 – E	3 – A	4 – D
5 – E	6 – C	7 – C	8 – E
9 – D			

CAPÍTULO 11 – ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

1 – E	2 – D	3 – C	4 – B

5 – A	6 – E	7 – C	

CAPÍTULO 13 – PODER LEGISLATIVO

1 – A	2 – B	3 – A
4 – B	5 – E	6 – C

CAPÍTULO 14 – PROCESSO LEGISLATIVO

1 – C	2 – C	3 – A
4 – D	5 – Errado	6 – D

CAPÍTULO 15 – FISCALIZAÇÃO CONTÁBIL, FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA

1 – 1.1. Errado; 1.2. Certo	2 – D	3 – Certo
4 – D		

CAPÍTULO 16 – PODER EXECUTIVO

1 – D	2 – C	3 – C

4 – B		

CAPÍTULO 17 – PODER JUDICIÁRIO

1 – E	2 – C
3 – A	4 – B
5 – C	6 – E

CAPÍTULO 18 – FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

1 – C	2 – D
3 – B	4 – D
5 – D	

CAPÍTULO 19 – DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

1 – D	2 – E	3 – C	4 – E
5 – D	6 – E	7 – C	

CAPÍTULO 20 – DIREITOS SOCIAIS

1 – A	2 – A	3 – B	4 – D
5 – C	6 – C	7 – E	