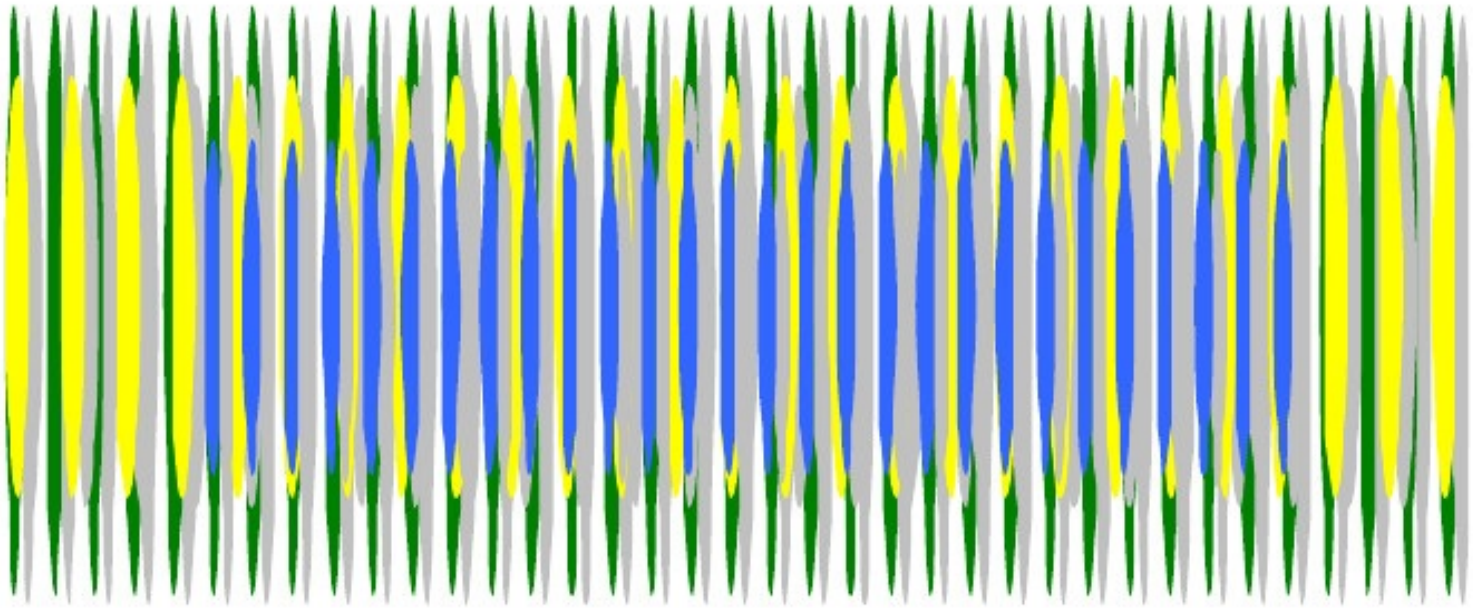
Direito Constitucional

em síntese



Andrei Ribas de Jesus

Direito

Constitucional

em síntese

Andrei Ribas de Jesus

Prefácio

O Direito Constitucional tem por objeto de

estudo mais do que a Constituição em si. Tem, também, as conseqüências e reações dentro da esfera social. Não há sociedade sem direito mas pode haver direito sem sociedade; no entanto, o que frusta essa idéia é o singelo fato de que uma (a sociedade) não vive sem o outro (o direito) e vice-versa. É absurdo afastá-los, assim como é absurdo contrariar, abrangido por uma hierarquia normativa, as normas que guiam as demais dentro de um ornamento jurídico.

Sem uma Constituição o Estado não pode ditar de que maneira irá se organizar, proteger e administrar seus populares, de diverso modo sem uma

Constituição o povo não pode reivindicar seus direitos, saber seus deveres e, ademais, determinar em que princípios está a base de seu regime governista.

Portanto, estudar Direito Constitucional, mais do que uma cadeira dentro das Ciências Jurídicas e Sociais, é uma porta na qual o acadêmico atravessará tendo mais concretos os conceitos de cidadão, nacional e detentor de direitos políticos.

Procuramos, então, centralizar de uma forma clara e coerente as principais matérias dentro do Constitucionalismo, a fim de que a aprendizagem seja 2

alcançada não sem esforço, mas com uma inspiração a mais. Assim, traçamos linhas sobre Poderes

Constituintes Originário e Derivado, Controle de Constitucionalidade, Partidos Políticos, Organização dos Poderes, entre outros elementos essenciais.

A única pretensão aspirada é a de que não

sobeje ao que lê duvidas ou lacunas e que, se ainda persistirem, sejam elas aprofundadas em nossas referências bibliográficas.

Andrei Ribas de Jesus

3

1. Constituição

1.1. Conceito

Iniciando o presente trabalho, diferente não poderia ser em enfrentar o problema da definição do termo “constituição”.

A palavra constituição apresenta sentido equívoco.

Sua origem remonta o verbo constituir, que significa “ser a base de; a parte essencial de; formar, compor”, empregado em expressões triviais, como a constituição de uma cadeira.

Portanto, é intuitivo que a palavra constituição traz em si uma idéia de estrutura, de como se organiza. Mas, pela leitura dos manuais de direito constitucional já se antevê algumas dificuldades para a escolha de uma definição.

Por exemplo, para José Celso de Mello Filho a

“Constituição é o nomen juris que se dá ao complexo de 4

regras que dispõem sobre a organização do Estado, a origem e o exercício do Poder, a discriminação das competências estatais e a proclamação das liberdades públicas”.

Aponta ainda o referido autor a existência de significados diferentes entre os termos Constituição e Carta Constitucional, sustentando que “Carta Constitucional deriva de um ato arbitrário e ilegítimo, de inspiração autoritária, que se traduz na outorga”.

José Afonso da Silva, indicando a multiplicidade de sentidos da palavra constituição, alenca vários de seus significados, para, afinal, concluir que “a Constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais; um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação” (grifos no original).

Se faz necessário, portanto, separar juridicamente um conceito de Constituição (ordenamento de uma sociedade), porque o tema consente abordagem plúrima e sob diferentes ângulos. Assim, apresentamos os diversos enfoques do termo para que possamos ter clara idéia da pluralidade conceitual.

5

a) Sentido político – Constituição é algo que emana de um ato de poder soberano. O ato de um poder soberano, fazendo-se prevalecente, determina a estrutura mínima do Estado, ou seja, as regras que definem a titularidade do poder, a forma de seu exercício, os direitos individuais etc., dando lugar à Constituição em sentido próprio.

b) Sentido sociológico – A Constituição tem necessidade de ser o reflexo das forças sociais que estruturam o poder, sob pena de encontrar-se apenas uma “folha de papel”. Assim, se inexistir coincidência entre o documento escrito e as forças determinantes do poder, não estaremos diante de uma Constituição.

c) Sentido formal – Constituição é o conjunto de normas que se situa num plano hierarquicamente superior a outras normas. Sendo assim, pouca valia tem o conteúdo, mas a formalização (em posição hierárquica superior) desse conjunto de normas.

Como vemos, diversos são os enfoques e diferentes são os sentidos atribuídos à Constituição enquanto instituto sociológico, político e jurídico.

Entretanto, o mais importante é buscar um conceito jurídico que, a um só tempo, consiga delimitar seu alcance e explicar seu conteúdo.

Para isso, fundamental é recuperarmos noções básicas.

A primeira delas é que a Constituição é o elemento primordial de um 6

Estado. Aliada a esse enfoque, sua finalidade há de compreender, ao menos, a regulamentação dos elementos estruturantes do Estado, isto é, território, governo, povo e finalidade.

Ao lado desses fatores constitutivos do Estado, é inata a noção de Constituição a fixação de limites que estabeleçam qual o âmbito de atuação do Estado e qual a esfera do domínio individual.

Portanto, qualquer Constituição deve abrigar as normas definidoras dos direitos fundamentais do indivíduo, sob pena de desfiguração de sua própria razão de existir.

Fixados esses parâmetros, podemos definir

Constituição como a organização sistemática dos elementos constitutivos do Estado, através da qual se definem a forma e a estrutura deste, o sistema de governo, a divisão e o funcionamento dos poderes, o modelo econômico e os direitos, deveres e garantias fundamentais, sendo que qualquer outra matéria que for agregada a ela será considerada formalmente constitucional.

1.2. Classificação da Constituição

A forma e o conteúdo das diversas Constituições existentes tornaram operantes algumas classificações, que não possuem outro fim senão realçar características do texto constitucional segundo valores determinados. São divididas, aqui, 7

quanto à origem, à mutabilidade, à forma, o conteúdo, à sistemática e à ideologia.

Quanto à origem, a Constituição pode ser promulgada ou votada. Aquela é fruto de um processo democrático e elaborada por um Poder Constituinte exercido por uma Assembléia Constituinte. No Brasil, são exemplos as Constituições de 1891, 1934, 1946 e 1988.

A outorgada já é fruto de um autoritarismo; geralmente imposta por um grupo ou pelo governante. São exemplos, no Brasil, a Constituição do Império de 1824, a de 1937 e a de 1967.

Estas, como já visto, seriam chamadas de Cartas Constitucionais.

Quanto à mutabilidade, temos a flexível e a rígida. A Constituição que não exige, para sua alteração, qualquer processo mais solene, tendo-se em vista o critério da lei ordinária, é chamada de Constituição flexível.

Agora, a Constituição que exige para sua alteração um critério mais solene e difícil do que o processo de elaboração da lei ordinária, é chamada de Constituição rígida.

Há, ainda, outro tipo de Constituição quanto à mutabilidade, chamada de semi-rígida ou semiflexível.

Tal Constituição apresenta uma parte que exige mutação por processo mais difícil e solene do que o da lei ordinária (rígida) e outra parte sem tal exigência, podendo ser alterada pelo 8

sistema previsto para a lei ordinária. Exemplo desse tipo é a Constituição do Império de 1824.

Quanto à forma, há a escrita ou dogmática e a costumeira ou histórica. Aquela é representada por um texto completo e organizado, como a da maioria dos países. Podemos citar a Constituição brasileira de 1988 e a Constituição da República Argentina, dentre outras.

A costumeira é aquela formada a partir de textos esparsos, sendo sedimentada em costumes derivados das decisões, sempre tendo como fundamento os documentos históricos que serviram de base. Exemplo atual é a Constituição da Inglaterra.

Quanto ao conteúdo temos a Constituição material e a Constituição formal. A primeira é aquela de onde se parte do conceito político de Constituição, onde se identifica matérias tipicamente constitucionais. De acordo com essa doutrina, são normas materialmente constitucionais aquelas que identificam a forma e a estrutura do Estado, o sistema de governo, a divisão e o funcionamento dos Poderes, o modelo econômico e os direitos, deveres e garantias fundamentais.

A Constituição formal é aquela que abarca normas que são colocadas no texto constitucional sem fazer parte da estrutura mínima e essencial de qualquer

Estado (são exemplos os capítulos referentes ao índio e à comunicação social encontrados na Carta Magna).

9

Quanto à sistemática, encontramos a reduzida e a variada. A reduzida é aquela onde a Constituição é representada por um código único, sistematizado. Variada é quando os textos estão espalhados em diversos diplomas legais, como a Constituição belga de 1830 ou a Constituição francesa de 1975.

Quanto à ideologia existe a ortodoxa e a eclética.

Ortodoxa é aquela formada por uma só ideologia e eclética é a formada por diversas ideologias conciliatórias.

Então, diante das classificações acima, podemos afirmar que a Constituição brasileira de 1988 é escrita, rígida, formal, promulgada, reduzida e eclética.

2. O Poder Constituinte

2.1. Definição

Conforme nos ensina Alexandre de Moraes, o Poder Constituinte é “a manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado”. Portanto, relaciona-se com a gênese das normas constitucionais.

10

2.2. Primórdios de Constituição com o pensamento político-jurídico de Sieyès

Antes de se falar em Constituição, precisamente em seu Poder Constituinte no sistema brasileiro, mister se faz avaliarmos a visão do abade francês Emmanuel Joseph Sieyès que publicou um pequeno panfleto intitulado Que é o Terceiro Estado?, o qual se tornou um dos mais famosos estopins revolucionários, representando um verdadeiro manifesto de reivindicações da Burguesia na sua luta contra o privilégio e o absolutismo.

Publicado meses antes do deflagar da Revolução Francesa, no texto Sieyès diz que a nação (ou o povo) se identificava com o Terceiro Estado (ou Burguesia) e demonstrava isso afirmando que o Terceiro Estado suportava todos os trabalhos particulares (a atividade econômica, desde a exercida na indústria, no comércio, na agricultura, e nas profissões científicas e liberais, até os serviços domésticos) e ainda exercia a quase-totalidade das funções públicas, excluídos apenas os lugares lucrativos e honoríficos, correspondentes a cerca de um vigésimo do total, os quais eram ocupados pelos outros dois Estados, o Clero e a Nobreza (ou Aristocracia), privilegiados sem mérito.

11

Nisso vemos a distinção luzente do Clero e da Nobreza posicionados num plano elevado em oposição à Burguesia, que era a maioria na França da época.

A classe privilegiada constituía um corpo estranho à nação, que nada fazia e poderia ser suprimida sem afetar a subsistência da nação; ao contrário, as coisas só poderiam andar melhor sem o estorvo desse corpo indolente. Embora o Terceiro Estado possuísse todo o necessário para constituir uma nação, ele nada era na França, pois a Nobreza havia usurpado os direitos do povo, oprimindo-o, instituindo privilégios e exercendo as funções essenciais da coisa pública. Contra essa situação, o Terceiro Estado reivindicava apenas uma parte do que por justiça lhe caberia; não queria ser tudo, mas algo, o mínimo possível, a saber: os seus representantes deveriam ser escolhidos somente entre os cidadãos pertencentes verdadeiramente ao Terceiro Estado; seus deputados seriam em número igual ao das ditas ordens privilegiadas; e os Estados gerais deveriam votar por cabeça, não por ordem (ou corpo).

Num pensamento revelado, agora ao principiar de um Poder Constituinte procurando fundamentar essas reivindicações no Direito, nos dois capítulos finais do famoso panfleto, Sieyès distinguiu três eras na formação das sociedades políticas. Na primeira, há uma quantidade de indivíduos isolados que, pelo só fato de quererem reunir-se, possuem todos os direitos de uma nação; trata-se apenas de usufruí-los. Na segunda, reúnem-se para deliberar sobre as 12

necessidades públicas e os meios de ordená-las. A sociedade política atua então por meio de uma vontade comum. No entanto, por causa do grande número de associados e da sua dispersão por uma superfície demasiadamente extensa, ficam

eles impossibilitados de exercer por si mesmos a vontade comum. Surge, portanto, na terceira era, o governo exercido por procuração: os associados separam o que é necessário para velar e prover as atenções públicas, confiando o exercício desta porção de vontade nacional, e por conseguinte de poder, a alguns dentre eles. Aqui já não atua uma vontade comum real, mas sim uma vontade comum representativa. De salientar que os representantes não a exercem por direito próprio nem sequer são donos da plenitude do seu exercício.

A criação de um corpo de representantes necessita de uma Constituição, na qual sejam definidos os seus órgãos, as suas formas, as funções que lhe são destinadas e os meios para aplicá-las.

As leis constitucionais regulam a organização e as funções dos poderes constituídos, entre os quais se encontra o Legislativo. Elas são leis fundamentais porque não podem ser tocadas pelos poderes constituídos: somente a nação tem o direito de fazer a Constituição.

O Poder Constituinte é, assim, um poder de direito, que não encontra limites em direito positivo anterior, mas apenas e tão somente no direito natural, existe antes da nação e acima dela. Além disso, o Poder Constituinte é inalienável, permanente e incondicionado. A nação não pode perder o direito de querer e de mudar à sua vontade; 13

não está submetido à Constituição por ela criada nem a formas constitucionais; seu poder constituinte permanece depois de realizada a sua obra, podendo modificá-la, querer de maneira diferente, criar outra obra, independente de quaisquer formalidades. Os poderes constituídos, ao contrário, são limitados e condicionados pois recebem a sua existência e a sua competência do Poder Constituinte, são organizados na forma estabelecida na Constituição e atuam segundo esta.

Em última análise, ao procurar fundamentar

juridicamente as reivindicações das classe Burguesa, Sieyès foi buscar fora do ordenamento jurídico positivo (que era injusto) um direito superior, o direito natural do povo de auto-constituir-se, a fim de justificar a renovação da mesma ordem jurídica. O seu pensar desenvolveu-se aprioristicamente nos moldes do racionalismo iluminista, do contratualismo e da ideologia liberal da época. De

norte voltado para o Iluminismo, Sieyès tinha por ideário cinco pontos divergentes dos vigorantes até a Queda da Bastilha, que eram: Individualismo – Quer dizer que o homem deve ser considerado uma parte separada do todo e não o todo inteiro; vale o pensamento individual racional;

Razão – Na França havia o dogma que a vida terrena (na Terra, entendida em plano astral) podia ser a pior possível, pois na morte o indivíduo teria a recompensa pregada pela igreja: o céu. Para Sieyès, ao homem cabia buscar, e se possível ter, a felicidade na Terra, 14

não num suposto céu logo que morresse, utilizando da simples razão que lhe é conferida por natureza;

Felicidade – Item decorrente da idéia anterior (razão), já que o homem podia e devia ser feliz onde estava, ou seja, na Terra; Natureza – Pode-se afirmar que era a tese do Terceiro Estado, isto é, antes de criarem leis escritas, haviam as leis denominadas naturais, ou costumeiras, advindas do costume, como a legítima defesa mediante injusta agressão, o direito a comer, o direito de ir e vir. As leis naturais fazem nascer as leis positivas; Progresso – Assim como o homem deve buscar a felicidade na vida terrena, devia, também, buscar a satisfação econômica, com seu progresso. “O homem tem o direito de ter bens”, apregoava o abade. Nasce a imagem do Capitalismo.

Faz-se oportuno, por motivo do último ponto, abrir um parêntese focalizando o quanto as idéias de Sieyès debatem-se com o sistema Socialista.

No Socialismo:

– Só existe o que o Estado pensa a favor da coletividade;

– A razão pertence ao Estado;

– Felicidade é o que o Estado entende por

felicidade;

15

– Não existe natureza e sim regras escritas impostas pelo Estado para estabelecer

o chamado “bem social”;

– O progresso dirige-se numa vantagem

comunitária, não numa particular.

Como se vê, características totalmente diferentes do ideário naturalista, onde o ser humano devia ser considerado como pessoa, não como peça da máquina estatal.

Durante muito tempo a doutrina tradicional

desenvolveu os ensinamentos de Sieyès. Com o surgimento do positivismo jurídico, nos meados do século passado, começou a ser questionada a natureza jurídica do Poder Constituinte, uma vez que, admitindo-se a positividade como o único modo de ser do Direito e sendo certo que o Poder Constituinte é anterior ao direito posto, não poderia ele ser um poder jurídico. Problema que penetra nos estudos jusfilosóficos.

Na noção que a partir de Sieyès tem-se difundido, é evidente que o mais importante é o descobrimento da função do Poder Constituinte. Este conceito aparece nos momentos em que o Racionalismo e os começos do Constitucionalismo impõem a idéia da Separação dos Poderes. Era óbvio que não podia haver uma distribuição do poder sem a pressuposição da existência de um poder superior, que praticasse essa distribuição, isto é, para poder falar de diversos poderes, das diversas funções do poder que estavam 16

repartidas e distribuídas, havia-se que supor a existência prévia, lógica e cronologicamente falando, de um poder supremo que realizasse essa repartição. Por isso, a noção de Poder Constituinte aparece como algo absolutamente necessário para compreender-se o tema da distribuição do poder. E se considerarmos que no Estado Constitucional, democrático, social, contemporâneo, é necessário manter a distribuição do poder, com alcances e características diversos, mas mantendo-a, é evidente que também temos que conservar o conceito de Poder Constituinte, de forma que, a partir do funcionamento deste, poder-se-á entender a divisão do poder.

2.3. Poder Constituinte no sistema brasileiro Nossa Constituição de 1988 é

originária mas com peculiaridades, foi promulgada para modificar as conseqüências trazidas pelo golpe de 1964 e especialmente após o AI-5, que foi o instrumento mais autoritário da história política do Brasil. O povo, depois de tais fatos, lutava pela normalização e pela conquista do Estado Democrático de Direito (queria-se, em primeiro lugar, o direito de eleger o presidente e não simplesmente aceitar o imposto).

Se analisarmos a Constituição de 1988 segundo o pensamento Kelsiano (de Hans Kelsen) que retroage à origem dos estamentos, veremos que ela ainda é produto da Carta de 1969 (que, por sua vez, é chamada de “filhote da ditadura”). A Constituição da República 17

Federativa do Brasil de 1988, então, pode ser compreendida como o ápice de um processo instaurado, inicialmente, por um Poder Revolucionário: o golpe militar de 1964.

O Vice-Presidente José Sarney em 1987 assumiu a presidência depois da morte de Tancredo Neves; cumprindo etapa do compromisso de transição assumido por Tancredo, convocou, por meio de proposta de emenda constitucional, a Assembléia Nacional Constituinte. Aprovada como Emenda Constitucional n.º 26, em verdade convocara os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para se reunirem em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1.º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional. A dita não foi uma Assembléia Nacional Constituinte exclusiva, ou seja, aquela em que teria de haver votação de caráter nacional e, uma vez votada e promulgada, o Poder Constituinte não voltaria a atuar. No entanto, tal poder foi “dado” por Sarney ao Congresso Nacional, oferecendo margem à nomenclatura de Poder Constituinte Congressual, situação essa sui generis (especial), pois se fosse exclusivo o poder não teríamos este tipo de Constituição que não tem eficácia plena, muito menos contida

– é limitada, verificando o chamado princípio institutivo. Ao convocar os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a rigor, o que se fez foi convocar, não uma Assembléia Nacional Constituinte, mas um Congresso Constituinte.

Problemática referente à elaboração da nova Constituição:

a) A exemplo da Constituição de 1946, que iniciou seus trabalhos sem um projeto anterior, a Assembléia convocada em 1987 também preferiu não partir de um projeto já elaborado; b) Formação de vinte e quatro subcomissões

incumbidas de dar início à elaboração da futura Carta. Erro fundamental da Constituinte, pois isto conduzia necessariamente às subcomissões enveredarem por um trabalho detalhista, minucioso e, o que é mais grave, receptivo a reclamos e pleitos vindos de todos os rincões da sociedade;

c) A este fenômeno (das subcomissões) não foi estranho o próprio fato de a maioria dos parlamentares ser absolutamente inexperiente e despreparada para a tarefa constitucional. Não resistiam a assumir um papel de meros despachantes, diante de interesses de toda sorte. Tornaram-se advogados destes pequenos interesses e nisto pretendiam ver legitimada a sua condição de constituinte. Ressente-se, portanto, o trabalho produzido desta falta de contato com o que poderíamos chamar grandeza constitucional;

d) A elaboração da Lei Maior causou estado de perplexidade no país, isso porque ao mesmo tempo que faziam uma nova Constituição, os constituintes deveriam legislar pela vigente; 19

e) Após sua aprovação notou-se inconsistência em seu texto, como as expressões “em virtude de lei”, “nos termos da lei”, “na forma da lei”(por isso ser considerada limitada) e sua função dúbia, pois num momento dá plena liberdade ao cidadão (diferença essencial da Constituição anterior) na definição pura de Democracia, mas noutro cria um enorme arrocho tributário; Fora a problemática, manifesta-se José Afonso da Silva do seguinte modo:

“(...)

deve-se reconhecer que a

Constituição por ele (o Congresso Nacional) produzida constitui um texto razoavelmente

avançado. É um texto moderno, com inovações de relevante importância para o

constitucionalismo brasileiro e até mundial.

Bem examinada, a Constituição Federal, de

1988, constitui, hoje, um documento de grande importância para o constitucionalismo em

geral".

A Constituição foi denominada de a Constituição Cidadã pelo Presidente da Assembléia Nacional Constituinte que a produziu, Ulisses Guimarães, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania. O que é verdadeiro, ademais 20

diferindo da estrutura das constituições anteriores – compreende nove títulos que cuidam: 1) Dos princípios fundamentais; 2) Dos direitos e garantias fundamentais; 3) Da organização do Estado; 4) Da organização dos poderes; 5) Da defesa do Estado e das instituições democráticas; 6) Da tributação e do orçamento; 7) Da ordem econômica e financeira; 8) Da ordem social; 9) Das disposições gerais.

Há, ainda, o ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Publicada no Diário Oficial da União n.º 191-A, em 5

de outubro de 1988, lemos em seu preâmbulo:

"Nós, representantes do povo brasileiro,

reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a

justiça como valores supremos de uma

sociedade fraterna, pluralista e sem

preconceitos, fundada na harmonia social e

comprometida, na ordem interna e

internacional, com a solução pacífica das

controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República

Federativa do Brasil”.

21

Portanto, em conclusão, como representante

verificamos o Congresso Nacional, devidamente reunido em Assembléia Nacional Constituinte com capacidade de deliberação política, dando uma organização política-jurídica aos governantes e governados (definição apropriada a Poder Constituinte), e titular sempre o povo, no Poder Constituinte brasileiro.

2.4. Quadro sinóptico

POVO Assembléia Constituinte CONSTITUIÇÃO

Titular do poder Exerce o Poder Constituinte (Congresso Nacional)

22

3. Poder Constituinte Originário

É o poder de 1.º grau que faz uma nova Constituição.

Na teoria, ele é:

Inicial – inaugura uma nova ordem jurídica, revogando a Constituição anterior e os dispositivos infraconstitucionais anteriormente produzidos e incompatíveis com ela;

Autônomo – só ao seu exercente cabe determinar quais os termos em que a nova Constituição será estruturada; Ilimitado – não se reporta à ordem jurídica anterior, compõe novo arcabouço jurídico, sem limites para a criação de sua obra;

Incondicionado – não se submete a nenhum processo predeterminado para sua elaboração.

Dizemos na teoria porque se houvesse uma

Assembléia Nacional Constituinte hoje, no Brasil, propondo o sistema Socialista de governo, ela seria desfeita. O que prevalece nas 23

características numeradas acima é a vontade do povo, não a dos constituintes.

O Poder Constituinte Originário tem natureza política e é um poder de fato, mas institui um diploma jurídico. Assim, é um poder político que impõe um poder jurídico: a Constituição. Como exemplo da manifestação do Poder Constituinte Originário, encontramos a Assembléia Nacional Constituinte que promulgou a Carta de 1988, evidentemente no uso do Poder Constituinte que lhe fora delegado pelo seu titular, o povo – dito exemplo já visto em detalhes nas linhas acima. As Assembléias Nacionais Constituintes são formas de expressão do poder, assim como os Movimentos Revolucionários. Desse modo, a Constituição de um país pode ser resultante da manifestação do Poder Constituinte Originário na forma de Assembléias Nacionais ou mesmo Movimentos Revolucionários a depender do contexto histórico em que se insira – modelo visto na Revolução Francesa, logo após a publicação do panfleto de Sieyès .

Nisso, afirmamos: Poder Constituinte Originário é o mesmo que Poder Constituinte Revolucionário.

24

4. Poder Constituinte Derivado

Ao lado do Poder Constituinte Originário, temos o Poder Constituinte Derivado, Constituído, Reformador ou Secundário, que é poder de 2.º grau. É que as Constituições, quando elaboradas, pretendem-se eternas, mas não imutáveis. Há que se prever, no texto constitucional, um processo para sua alteração. O

professor Gomes Canotilho, em brilhante pensamento, proferiu que

“pretender uma Constituição imutável é pretender parar o vento com as mãos”.

Nesse sentido, em contraposição ao Poder Constituinte Originário, o Poder Constituinte Derivado apresenta os seguintes característicos:

a) Limitação – a Constituição impõe limites a sua alteração, criando determinadas áreas imutáveis (reais obstáculos às mudanças na Constituição). São as cláusulas pétreas, que, em nosso sistema, encontram-se indicadas no art. 60, § 4.º, da Constituição Federal;

25

b) Condicionalidade – a modificação da Constituição deve obedecer um processo determinado para sua alteração (processo de emenda). Assim, para que se possa modificar a Constituição, algumas formalidades devem ser cumpridas, condicionando o procedimento. Em nosso caso, a regra consiste na dificuldade maior da iniciativa (art. 60, I, II, e III), no quorum elevado em relação à lei ordinária (§ 2.º, do art. 60), em dois turnos de votação (§ 2.º, do art.

60) e na impossibilidade de reapresentação de projeto de emenda na mesma sessão legislativa (§ 5.º, do art. 60), quando a lei ordinária pode ser reapresentada, desde que por pedido da maioria absoluta de qualquer das Casas (art. 67).

Diversamente do Poder Constituinte Originário, que é político, o Derivado é jurídico, pois apenas revela o exercício de uma competência reformadora. O Poder Constituinte Originário, digamos, inicia a aplicação da norma e o Poder Constituinte Derivado continua essa aplicação pelo exercício dos procedimentos concernentes à sua modificação por emendas.

Vimos que o Poder Constituinte Derivado é

contraposto ao Poder Constituinte Originário por encontrar limites em sua ação, que são divididas em:

a) Materiais – são as matérias petrificadas pelo art. 60,

§ 4., da Constituição da República, em seus incisos I a IV; b) Circunstanciais

– elenca determinadas

circunstâncias em que não pode haver trâmite de emenda 26

constitucional, justamente diante da necessidade de tranqüilidade social. Estão presentes no § 1.º do art. 60 (vigência de intervenção federal, estado de defesa ou estado de sítio); c) Procedimentais – durante o processo de emenda, se esta for rejeitada ou tida como prejudicada, só poderá ser reapresentada na sessão legislativa seguinte.

Além dos limites explícitos aí enunciados, há alguns implícitos. Ocorre que, por decorrência do sistema, algumas mudanças constitucionais não podem ser toleradas, apesar de não estarem previstas de forma clara.

Se modificássemos o processo do art. 60, estaríamos mudando a vontade do Poder Constituinte Originário de tal maneira que a competência reformadora seria exercida de forma diferente da determinada pelo Poder Inicial. Da mesma forma, se alterássemos o rol de matérias imutáveis previsto no § 4.º do art. 60. Tudo isso sem falar dos princípios constitucionais (objetivos e fundamentos do Estado brasileiro, constantes, respectivamente, do art. 3.º e dos incisos do art. 1.º da CF), que são intocáveis por via de emenda.

Todos esses dispositivos, em que pese a ausência de indicação expressa, não podem ser alterados. São as chamadas vedações implícitas.

Falamos na forma ordinária de mudança

constitucional, qual seja, a emenda. Em qualquer tempo, a competência reformadora (Poder Constituinte Derivado) poderá 27

exercer sua tarefa (salvo, como já visto, diante das vedações circunstanciais e procedimentais).

5. Controle da constitucionalidade

Como vimos, uma Constituição pode ser classificada em rígida e flexível. Rígida é aquela somente alterável mediante processos, solenidades e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que os de formação de leis ordinárias ou complementares. No diverso, uma Constituição flexível é aquela que pode ser livremente modificada pelo legislador segundo o mesmo processo de elaboração das leis ordinárias. Na verdade, a própria lei ordinária contrastante muda o texto

constitucional.

Relembrando esta diferenciação entre as duas constituições, necessário é comentar sobre o controle de constitucionalidade, visto que nas constituições rígidas há tal controle e nas constituições flexíveis, não. Na Constituição rígida, além dos meios procedimentais de mudança (art. 60, I, II, III, §§ 2.º e 3.º da CF), após a mesma, existe a verificação do ato jurídico pelo Poder 28

Judiciário. Na Constituição flexível, o órgão reformador é o Poder Legislativo, que muda a lei sempre, feito uma lei ordinária.

Falamos em ato jurídico pelo Poder Judiciário na Constituição rígida pois a mesma expressão advêm do conceito padrão de controle de constitucionalidade, qual seja, a verificação da adequação de um ato jurídico à Constituição; e tem por razão o fato de reunir qualquer ação que envolva interesses jurídicos, sejam públicos, preferencialmente, ou particulares, como por exemplo os contratos, decretos, portarias,... Se fosse escrito a expressão “lei” e não “ato jurídico” estaria o controle restrito aos projetos sancionados do Congresso Nacional, isto é, atentaria-se somente para as inovações federais.

Há três sistemas de controle de constitucionalidade: o político, o jurisdicional e o misto.

O controle político é o que entrega a verificação da inconstitucionalidade a órgãos de natureza política. São as chamadas cortes constitucionais.

O controle jurisdicional é a faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais. O sistema jurisdicional é o adotado no controle de inconstitucionalidade brasileiro.

29

O controle misto realiza-se quando a constituição submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional, como ocorre na Suíça, onde as leis federais ficam sob controle político da Assembléia Nacional, e as leis locais sob o controle jurisdicional.

Os sistemas constitucionais conhecem dois critérios de controle da constitucionalidade: o controle difuso e o controle concentrado. Verifica-se o primeiro quando se reconhece seu exercício a todos os componentes do Poder Judiciário, e o segundo, se só for deferido ao tribunal de cúpula do Poder Judiciário ou a uma corte especial.

Nisso, dissemos que no controle difuso o controle se aplica ao caso concreto, visto que é necessário haver lide (com partes e legítimo interesse das mesmas, seja em exigir uma prestação, seja em defender-se) onde veríamos a aplicação de alguma norma impedindo o interesse de algum cidadão previamente protegido pela Lei Maior, e que no controle concentrado não se faz preciso a lide, visto que somente um órgão, o Supremo Tribunal Federal, cuidará da efetivação de qualquer lei dentro de uma situação presumida –

controle abstrato –, é a chamada lei em tese (art. 102 da CF). Pode-se complementar que no controle concentrado o Judiciário atento estará às leis ordinárias.

Quanto ao momento de crivação das normas há dois tipos: o preventivo e o repressivo.

O preventivo é exercido pelo Congresso Nacional (Poder Legislativo), quando do exame do projeto de lei, e pelo Presidente da República (Poder Executivo), quando o veta ou sanciona.

O repressivo é exercido pelo Poder Judiciário, logo após a publicação da norma. Pode ser denominado, também, de controle jurisdicional.

A natureza da sentença que declara uma lei

inconstitucional é definida como declaratória, pois declara assim a lei em pauta. Segundo Hans Kelsen a natureza é constitutiva-negativa, pois nega a existência da lei. Uma emenda pode ser inconstitucional, no entanto. E passa a vigorar até ser declarada inconstitucional.

Na elaboração de uma nova Constituição, todas as leis anteriores são recepcionadas por ela, numa primeira colocação. Se acontecer, e efetivamente

acontece, de uma lei anterior entrar em confronto com uma nova lei a ser instituída, caberá ao Judiciário dizer se a lei anterior deverá ser revogada ou não.

A natureza da inconstitucionalidade é ex tunc, em princípio. Em princípio porque falamos aqui de atos normais, isto é, se uma lei publicada no dia 30 de março de 1990, por exemplo, produziu efeitos até a data de 30 de março de 1995 e for declarada inconstitucional, os efeitos na questão se tornam nulos, sem validade.

Por isso, ex tunc (que retroage; para trás). Mas, por exemplo, se um indivíduo é aprovado num concurso público para juizes, mas depois 31

descobre-se que ele não realizou a prova psicotécnica exigida para a sua atuação nos tribunais, pode-se entrar com um mandado de segurança contra os seus atos, contudo, o remédio jurídico não fará retroagir as decisões, despachos e demais ações praticadas por esse juiz no exercício de sua atividade desde sua efetivação no cargo. O

que acontece é a perda do cargo pelo juiz, impossibilitando-o de exercer, novamente, sua atividade, dando-nos o entendimento de natureza ex nunc (que não retroage; para a frente) à decisão de inconstitucionalidade. Como o exemplo, há situações que não se pode mais reverter, a emenda seria pior que o soneto. Para Kelsen, não existe o efeito ex tunc, ou seja, para o passado, mas sim o efeito ex nunc, acontece a anulabilidade dos atos dali por diante.

5.1. O Juízo Difuso (Concreto)

Quando falamos em Juízo Difuso falamos em

qualquer juízo, compreendendo, pois, a primeira e a segunda instância. Qualquer pessoa, desde que tenha legítimo interesse (econômico e moral) na questão, pode ajuizar ação, tanto declaratória, ordinária, como outra, já que em todas as ações é possível discutir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma. O prazo de quem detém legitimação processual é imprescritível.

A ação da mesma maneira que deve ser intentada por quem tem legítimo interesse deve ser contra quem tenha, igualmente, 32

interesse na causa – pressuposto da legitimidade das partes dentro do processo.

Ao juiz caberá verificar, ao receber a petição inicial, dois requisitos: preliminar e mérito. Cabe dizer que este só será examinado se aquela for aceita primeiramente. Na preliminar o juiz atentará para as causas de extinção do processo como trânsito em julgado, possibilidade jurídica do pedido, etc... No mérito o juiz ouvirá as partes, ordenará as diligências legais, enfim, conduzirá o andamento do processo após o acolhimento da inicial até a conclusão do processo com a sua sentença meritória.

Preliminar

(Verificação de trânsito em julgado

ou outro impedimento ao

andamento processual)

Mérito

(Discussões, provas, citações,

intimações, sentença de mérito)

Petição inicial na visão do magistrado

33

Os efeitos da sentença que julga inconstitucional fato apresentado pela parte e defendido por outra são inter partes (atinge somente as partes interessadas no deslinde da questão) e ex tunc (os reparos serão feitos desde a data de verificação da inconstitucionalidade).

Uma decisão em que não seja esperada pelo autor ou pelo réu gera inconformismo. O advogado da parte ré, obtendo decisão negativa à defesa que apresentou, pode apresentar prequestionamentos. Tais prequestionamentos são apresentados na mesma vara em que o processo tenha sido julgado, porém servirão de, digamos assim, uma condição para que o operador do Direito entre com um recurso ao Tribunal de Justiça.

TJ

recurso

prequestionamentos

Primeira instância (julga inconstitucional a ação) Se no Tribunal de Justiça a questão ainda for considerada inconstitucional, o procurador do réu, novamente inconformado com a decisão, utiliza-se então do recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal.

34

STF

recurso extraordinário

TJ

recurso

prequestionamentos

Primeira instância

E se acontecer de no Supremo Tribunal Federal a lei for favorável ao réu, que a considerava inconstitucional e assim foi decidido? A lei em discussão, por exemplo, é municipal e o autor dizia que a mesma não feria a Constituição e o réu argüiu o contrário, daí perdeu na primeira instância, perdeu na decisão do Tribunal de Justiça mas ganhou no recurso deferido pelo Supremo Tribunal Federal.

Quais serão os efeitos?

Passados 15 dias do trânsito em julgado o Supremo Tribunal Federal comunica ao Senado a inconstitucionalidade da lei municipal (a lei n.º X, em exemplo, é toda inconstitucional).

“Comunica” porque a comunicação é independente de determinação, isto é, não

carrega nenhuma espécie de sanção, com base no art. 2. º

da Constituição, que diz serem os Poderes da União independentes e harmônicos entre si.

35

Pois bem, comunicado, o Senado é obrigado a examinar a lei?

Não, não é obrigado a examinar a lei, isto só por ser independente e por possuir o chamado poder político discricionário.

Agora, digamos que o Senado examine a lei e veja que só o art. 15, exemplificadamente, é inconstitucional. O que alegará o Senado? A mesma alegação do executivo: é uma decisão de caráter político. O Senado pode também examinar a lei e ver que não é inconstitucional.

A suspensão no todo ou em parte se faz por uma resolução declaratória. Tais suspensões terão os seguintes efeitos: Erga omnes – para todos além dos participantes do processo que deram origem à decisão suprema; Ex nunc – da decisão para frente cessam os

prováveis atos advindos da anterior constitucionalidade.

Suspensão da lei quer dizer que ela continua em vigor, mas não terá eficácia.

Nada impedirá, no entanto, que as pessoas

prejudicadas com a deliberação do Senado procurem na justiça indenizações e guardas a direitos que tenham considerado ter perdido.

Ressaltamos que a observância da

inconstitucionalidade ou não incorre como ação incidental ao julgamento da causa e que, se precluir o direito do autor ou réu de 36

apresentar recurso ao Supremo Tribunal Federal, simplesmente não subirá o recurso ao egrégio.

5.2. O Juízo Concentrado (Abstrato)

O art. 102, I, “a” da Constituição da República Federativa do Brasil é categórico:

“Compete ao Supremo Tribunal Federal,

precipuamente, a guarda da Constituição,

cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade

de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (...)”.

Então, pode-se dizer que o Direito Concentrado é aquele exercido unicamente pelo Supremo Tribunal Federal na guarda da Constituição, processando e julgando as ADIn (Ações Diretas de Inconstitucionalidade) e as ADCOn (Ações Diretas de Constitucionalidade).

Se no Juízo Difuso há existência de lide para que se discuta a constitucionalidade ou não de determinada lei, no Juízo 37

Concentrado apenas se discutirá a norma, sem litígio, visto que não há vantagens ou interesses particulares a reivindicar. Eis a verificação do processo objetivo e do processo subjetivo.

O processo objetivo visa proteger a Constituição, não há lide mas há partes. Examina-se, nesse processo, a lei que supostamente fere a Constituição.

No processo subjetivo há lide e óbvio interesse das partes envolvidas.

Mas, qualquer pessoa pode ajuizar a ADIn?

Novamente é categórica a Lei Maior em enunciar em seu art. 103, I a IX:

“Podem propor a ação de

inconstitucionalidade:

I – o Presidente da República (neutro

ou universal);

II – a Mesa do Senado Federal (neutro

ou universal);

III – a Mesa da Câmara dos Deputados

(neutro ou universal);

IV – a Mesa de Assembléia Legislativa

(especial);

V – o Governador de Estado (especial);

VI – o Procurador-Geral da República

(neutro ou universal);

VII – o Conselho Federal da Ordem dos

Advogados do Brasil (neutro ou universal);

VIII – partido político com

representação no Congresso Nacional (neutro ou universal);

IX – confederação sindical ou entidade

de classe de âmbito nacional (especial)".

Ao lado dos autores, indicamos se se trata de autor neutro, também chamado de universal (cuja legitimidade é reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal sem

qualquer demonstração de interesse), ou especial (aquele que deverá demonstrar seu interesse no reconhecimento da inconstitucionalidade).

Para representar ADIn, todos aqui enumerados necessitam de advogado? Exclusivamente os dos incisos VIII e IX

(partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional).

A decisão do Supremo Tribunal Federal produz efeitos erga omnes e ex tunc e não se comunicará ao Senado, isso porque não há partes, não há interesses conflitantes para que se configure efeito inter partes.

No § 3.º do art. 103 é definida a função do Advogado-Geral da União, qual seja: "Quando o Supremo 39

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".

O Advogado-Geral da União tem por dever

constitucional defender a constitucionalidade da lei, já que no texto legal lemos com ênfase a frase "que defenderá", ou seja, defender o ato ou texto impugnado é uma obrigação não uma faculdade.

Todavia, antes da defesa pelo Advogado-Geral, o ato ou texto em questão passará, primeiramente, pela Comissão de Constituição e Justiça e pelo poder de veto, no todo ou em parte, exercido pelo Presidente da República, é o chamado processo de legalidade.

Existindo pressuposição quanto à legalidade da lei verificamos a presunção de legalidade, destinando-se, portanto, ao Advogado-Geral da União atuar em sua proteção.

No § 1.º do art. 103 é a função do Procurador-Geral da República que é proferida: "O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal".

E se o Procurador-Geral ajuizar a ação de

inconstitucionalidade ele deverá ser ouvido?

O Procurador-Geral da República, sabidamente, pode atuar no processo de inconstitucionalidade de duas maneiras: como 40

parte autora e como custos legis (fiscal da lei). Portanto, nada obsta o Procurador-Geral ajuizar a ação e quando for ouvido nessa mesma ação julgar improcedente o pedido. Como, no andamento da questão, defesas quanto à inconstitucionalidade serão oferecidas, nada impede que o Procurador mude seu entendimento.

A ADCon é ajuizada quando há incerteza da

inconstitucionalidade ou não de determinada norma. Seu campo material, no entanto, é mais restrito que o da ADIn, pois só as leis e os atos normativos federais é que podem ser formalmente declarados constitucionais.

Os autores legitimados, todos neutros ou universais, são indicados pelo § 4.º do art. 103 da Carta Federal: a) o Presidente da República;

b) a Mesa do Senado Federal;

c) a Mesa da Câmara dos Deputados;

d) o Procurador-Geral da República.

Para o ajuizamento da ação declaratória de

constitucionalidade, há que se demonstrar uma controvérsia jurisprudencial a ensejar o pleito perante o Supremo Tribunal Federal. Por essa razão, o art. 14, III, da Lei n. 9.868 de 10 de novembro de 1999 pede que a petição inicial indique a existência da controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória (decisões controversas dos Tribunais –

41

comprovadas por ementa e acórdão em certidão ou cópia autenticada),

juntamente com a reprodução da lei em debate.

Não há citação do Advogado-Geral da União, mas o Procurador-Geral da República atua sempre (se ajuíza ação ainda assim é ouvido como custos legis, se não ajuíza, também).

Os efeitos, quando julgado definitivamente o mérito (o que se entende que pela improcedência ou improcedência), a decisão tem efeito erga omnes e ex tunc, vinculante para os Poderes Judiciário e Executivo (§ 2.º do art. 102 da CF).

Como na ADIn, existe partes, mas não há litígio. O

órgão que editou a lei em questão será chamado para defender a mesma como perfeitamente aplicável no ordenamento jurídico.

Existe, ainda, disciplinado pelo texto de 1988 outra forma de inconstitucionalidade: por omissão. Entende-se a omissão a partir do dever previsível dos Poderes das autoridades de disciplinar determinada matéria. A omissão pode provir de qualquer dos Poderes (Judiciário, Legislativo e Executivo).

Tal ação pode ser proposta pelos mesmos legitimados vistos no art. 103, da Constituição, como na ADIn.

A norma regulamentadora da ação se faz visível no §

2.º do art. 103, assim: “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 42

tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

Como observamos, é uma ação inócua, isso porque não há sanção prevista ao Poder competente (que, no caso, é o poder Legislativo). Dar ciência compete ao acolhimento do art. 2.º da CF, quer dizer, não há ordem a ser cumprida por razão da independência entre os Poderes (não há hierarquia).

O Advogado-Geral da União só atua quando há presunção de legalidade. Por isso, se o Congresso Nacional edita certa lei e entende que está satisfatória, ao

aplicá-la vê que somente foi eficaz em parte, solicita o Advogado-Geral para defender a suposição de legalidade.

5.3. Mandado de injunção

O art. 5.º, da CF, em seu inciso LXXI, diz que

“conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Diferente da ADIn, ADCon e Ação por omissão, que se efetuam no processo objetivo, o mandado de injunção é referido ao processo subjetivo. A omissão deve ser de tal forma que 43

inviabilize o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Portanto, não se trata de qualquer omissão, mas a que tenha as conseqüências acima anunciadas. O mandado de injunção deve ser impetrado pelo interessado.

44

6. Estado Unitário, Estado Federado e Confederação

Estado Unitário é aquele Estado onde o poder está concentrado num único Poder, mas não quer dizer que não exista Executivo, Legislativo e Judiciário.

Esse Estado é centralizado, ou seja, não há a existência de Estados-membros, o que existe são províncias com delegações do poder único.

Aqui faz-se inquestionável perguntar: O que é delegação e, mais, o que é competência constitucional?

A delegação é o uso de poder dado a alguém que pode ser retirado, aumentado ou diminuído a qualquer tempo, é mero ato administrativo.

A competência constitucional, no entanto, depende de um processo legislativo

previsto na Constituição (existe a norma constitucional).

Estado Federado é aquele Estado formado pela união de Estados-membros sob a égide de uma Constituição Federal.

Nosso país tem a organização constitucional federalista e tem por características, dentro do Estado Unitário: Indissolubilidade – não é possível aos Estados-membros separarem-se da União. É o que dispõe o art. 1.º da Carta Magna;

Autonomia dos Estados-membros;

Soberania da União;

Bicameralismo é a forma que mais se adapta ao Estado Federado;

A Constituição deve ser rígida, imprescindivelmente.

Como visto, no Estado Federado, a União é soberana, os Estados-membros, autônomos.

A Confederação é a união de Estados soberanos que se unem para um fim específico.

Características da Confederação:

Não é obrigatório aos Estados aderir à ela, isso por ser um ato unilateral de cada Estado;

O Estado saí/separa-se dela quando quiser ou quando ter por necessária tal ação;

As decisões tomadas dentro dela devem ser aprovadas pelos Estados soberanos;

A União dita normas e regras para o fato que uniu os Estados soberanos mas não intervém na ordem interna.

Utilizamos muito, nesse tópico de estudo, a palavra soberania. Mas, perguntamos, o que é soberania em seu sentido constitucional?

Antes, contudo, verificaremos o que é governo.

Vejamos a representação:

46

As competências constitucionais dos Poderes Legislativo (que cria as leis), Executivo (que administra a aplicação dessas leis) e Judiciário (controlando a eficácia das leis) fazem definição ao termo governo, que é englobado pela soberania. Tal teoria da divisão do exercício do poder nasceu com a obra de Montesquieu, O espírito das leis, como uma necessidade intrínseca de impedir a tirania típica (por parte dos governantes) que caracterizou, sobremaneira, os Estados absolutistas do passado.

Soberania, portanto, é a capacidade de dar ordens incontrastáveis, sob pena de sanção. Daí então dizer-se que o conceito de soberania passa também pelo conceito de sanção.

6.1. Breve histórico da formação da União

A criação da União originou-se da luta das colônias americanas de dominação inglesa por sua independência. Ditas 47

colônias conseguindo sua independência reuniram-se não portando, ainda, a denominação de União. Formaram apenas um conjunto com 13 Estados soberanos, tal qual uma confederação.

A União só foi criada depois. Ente jurídico imaginário, veio a fim de tirar a soberania dos Estados-membros, deixando-os com autonomia interna e ficando com a soberania (encarregada de criar normas e regras). A autonomia interna restante aos Estados-membros compreendia a territorialidade de seus limites nacionais, e junto aos outros Estados (questões internacionais) coube o papel à União em si, isto é, ao Estados Unidos da América.

Imensamente diferenciada a história de União presente na democracia brasileira encontramos. Mesmo vivendo num sistema federalista, nossa federação é centralizada, como se Estado Unitário fosse, isto porque nossos Estados não regulam internamente seus problemas sociais, dependem do Poder Público sempre. No sistema americano é quase descentralizada sua federação.

48

7. Art. 5.º da Constituição Federal

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. .”

O art. 5.º da Constituição Federal é destinado, como se vê, à proteção do indivíduo contra a ação do Estado, e não contra o indivíduo. Seus incisos servem como tábua se salvação para qualquer advogado na defesa de seu cliente.

Antes, porém, de nos aprofundarmos em cada inciso relevante ao nosso estudo do artigo em referência, cabe analisar expressões encontradas em seu caput.

Quando o artigo diz “todos são iguais”, refere-se a todos, no geral, tanto pessoa física quanto pessoa jurídica?

Sim, visto que em vários incisos há matéria tratando não só da pessoa física (art. 5.º, IV) como da pessoa jurídica (art. 5º, XXII).

49

E o estrangeiro que nos visita, ou clandestino, entra na concepção de “todos”? Qual seria a base encontrada para a sua proteção pela CF?

Sim. Art. 1.º, III (a dignidade da pessoa humana).

Ele terá proteção estatal.

A expressão “perante a lei” que significado tem?

Tal expressão quer dizer, baseado no iluminado pensamento de Rui Barbosa, que a lei deve tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente na exata medida que forem se desigualando.

Mas, qual é o tipo de igualdade encontrado na expressão? É formal ou material?

Pode-se dizer que ambas.

A igualdade material é aquela basicamente

encontrada em países socialistas puros, onde preconiza que todos são absolutamente iguais (no entanto, tal assertiva cabe apenas ao povo, visto que aqueles que servem ao Estado ou são o Estado têm certas “regalias” que a população, por ser composta de indivíduos

“iguais”, não dispõe).

A igualdade formal é aquela observada no Ocidente, por base. É a igualdade onde predomina a democracia. Os indivíduos são diferentes, mas isso não impede a formação de um Estado coordenando a ação dos mesmos. Insere-se na definição antes referida de Rui Barbosa. Para Hans Kelsen, não existe 50

igualdade no momento anterior à formação da lei. Quando se elabora a lei também não existe igualdade. A igualdade passa a existir no momento de aplicação da lei. Diz o autor da obra Teoria geral das normas: “Se a igualdade ocorre no momento da aplicação da lei, essa igualdade não é senão o princípio da legalidade”. Para Kelsen, isonomia tem a mesma definição de legalidade.

Ao falar em “inviolabilidade do direito à

vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, o art. 5.º menciona os chamados Princípios da igualdade de 1.ª geração.

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior denominam diferentemente, os chamando de Direitos fundamentais de 1.ª geração. Os mesmos autores comentam sobre o que seriam esses Direitos:

“São direitos que surgiram com a idéia

de Estado de direito, submisso a uma

Constituição. Longe da hegemonia de um

soberano, cuja vontade era a lei, concebeu-se um Estado em que as funções do

poder fossem atribuídas a órgãos distintos, impedindo a

concentração de poderes e o arbítrio de uma ou de um grupo de pessoas. Congenitamente ao

constitucionalismo, ao Estado de direito,

51

surgem esses direitos fundamentais de primeira geração, também denominados direitos civis, ou individuais, e políticos. São os direitos de defesa do indivíduo perante o Estado. Sua

preocupação é a de definir uma área de

domínio individual, na qual estaria forjado um território absolutamente inóspito a qualquer inserção estatal. Em regra, são integrados pelos direitos civis e políticos, dos quais são exemplo o direito à vida, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio etc. Trata-se de direitos que

representavam uma ideologia de afastamento

do Estado das relações individuais e sociais. O

Estado deveria ser apenas o guardião das

liberdades, permanecendo longe de qualquer

interferência no relacionamento social. São as chamadas ‘liberdades públicas negativas’ ou

‘direitos negativos’, pois exigem do Estado um comportamento de abstenção” (sublinha nossa).

Há de se fazer um parênteses, no entanto, quanto ao que se entende por direito fundamental à liberdade dado por nossa Carta Magna.

A liberdade ao cidadão é plena na visão que se tem das páginas constitucionais, como a liberdade de ir e vir (habeas 52

corpus), liberdade de associação, liberdade de omitir opinião sendo vedado o anonimato, entre outras. Mas, na questão de liberdade econômica estamos, praticamente, sem nenhuma espécie de liberdade já que apenas arcamos com impostos e tributos.

Assim, podemos definir a Constituição de 1988

como uma Constituição dupla. É uma Constituição de direitos e garantias individuais e uma Constituição de tributos (conceito antes referido quando falamos de Poder Constituinte no Brasil).

Examinaremos agora, portanto, os incisos do art. 5.º.

O inciso I diz que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Tal inciso peca pela demasia, visto que já consta da caput (“sem distinção de qualquer natureza”). Há de se notar a influência feminista na elaboração deste inciso.

No inciso II lemos que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Qual é o alcance desta expressão “senão em

virtude de lei”?

Trata-se de lei formal, elaborada pelo Poder Legislativo, com tramitação, votação... No entanto, nós sabemos que 53

essa lei formal não tem condições de prever todos os fatos, normalmente deixa lacunas que serão supridas por decretos, regulamentos, portarias, circulares, ordens de serviço, etc. Então, nós podemos dizer que esta expressão é a lei em seu sentido mais amplo possível. É a lei formal mais os regulamentos que a lei exigir. Se houver uma regulamentação, que não tenha por base uma lei formal, esta regulamentação é inconstitucional, em virtude do princípio da legalidade.

Quer dizer que tudo o que não é vedado pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser coagido a praticar qualquer ato se a lei não o disciplinar. Só

por determinação legal alguém pode ser obrigado a agir de determinado modo.

Mas, e o princípio da reserva legal, também conhecido por anterioridade da lei?

Esse princípio apenas pode ser editado através de lei formal, ou seja, somente aquela lei elaborada pelo Poder Legislativo é que pode definir os crimes e suas punições. É o princípio da legalidade restrita, porque tem por base só a lei formal.

No inciso em estudo, há a necessidade de falar dos pressupostos de legalidade. Comentados pressupostos dão duas certezas básicas ao cidadão. Uma é o princípio da segurança jurídica –

nós vamos saber o que fazer em razão da lei existente – que se consubstancia em três atos importantes: direito adquirido, ato jurídico 54

perfeito e coisa julgada. Quer dizer que os atos praticados por nós não vão ser revogados a qualquer instante. O outro é a confiança do cidadão, a certeza que devemos obedecer ou não obedecer em conformidade com a lei.

Sendo capazes, todos podem, livremente, manifestar seu pensamento pela palavra falada e escrita, segundo o inciso IV do art. 5.º, respondendo, porém, pelos conceitos emitidos. O anonimato não é permitido porque o desconhecido, como é o óbvio ululante, não poderá responder pelos abusos que cometer.

Correlato ao inciso IV está o inciso V, que diz como será punida a manifestação do pensamento. O direito de resposta deve ser proporcional ao agravo, não admitindo abusão (v.g., um apresentador de televisão fala de determinado cantor em seu programa, e ao falar dele o chama de “calhorda”, “esnobe” e “idiota”, pois bem, em outro dia vem o cantor a público e dá resposta ao apresentador, só que de maneira ofensiva, ditando palavras de baixo calão – como se vê, a resposta foi desproporcional ao agravo).

O texto constitucional contém fórmula ampla, garantindo o direito de resposta não só em caso de ofensa à honra da pessoa, mas em qualquer situação de agravo. Bem fala Vital Moreira, tratando do tema: “Todavia, bem vistas as coisas, o direito de resposta não constitui um limite da liberdade de 55

opinião e de crítica, antes estabelece um direito ao contraditório por parte da

pessoa visada, permitindo desse modo o contraste de opiniões” (sublinha nossa).

Então, o inciso V do art. 5.º é, portanto, claro: assegura o direito de resposta, independentemente da natureza do agravo. Faz-se oportuno transcrever o seguinte trecho da obra La cláusula de consciencia y el secreto profesional de los periodistas, de Marc Carrilo, na qual lemos: “En este sentido, la rectificación es, en sí misma, un complemento a la garantía de opinión pública libre. Es una vía más para comunicar y recibir información”.

No rumo dos pensamentos desenhados, é facilmente constatável ser o direito de resposta, ante o tratar constitucional recebido, um implicador, a um só instante, do direito de retificação de notícias incorretas e simultaneamente espécie de direito de replicar, em cujo âmago se conclui um contradizer na informação social.

O direito de resposta, nos dizeres de Jean Rivero, na citação de Vital Moreira:

“(...) sanciona o direito de cada um a

não ver a sua personalidade travestida ou o seu pensamento mal entendido, substitui o diálogo aberto ao solilóquio do jornalista, sublinha enfim que a liberdade de imprensa não se

confunde com o imperialismo dos que a fazem mas antes que ela tem por finalidade última a informação ao público e que a livre

comunicação das idéias e das opiniões não é monopólio dos senhores dos jornais, mas um

direito reconhecido a todos”.

De observar que a norma constitucional em estudo tem eficácia plena, independendo de legislação infraconstitucional para gerar direito subjetivo aos indivíduos agravados por qualquer informação jornalística.

O dano material, moral ou à imagem pode acontecer de maneira separada (por hipótese, apenas dano à moral) ou conjunta.

Dano material é aquele que causa ao cidadão um prejuízo econômico; dano moral é aquele que ofende a honra e a dignidade do cidadão e dano à imagem é o dano ofensivo ao aspecto do cidadão, na situação de usar sua imagem para lhe ofender.

Nos dias atuais não é difícil encontrarmos ofensas disfarçadas por piadas nos programas humorísticos da tevê. Se uma pessoa que está sendo ofendida quiser ser ressarcida do dano moral, não é o humorista que responderá pelo que disse ou deu a entender, a responsabilidade é da emissora.

57

Os incisos VI, VII e VIII poderiam ter sido colocados, de forma simples, num único inciso. O que não ocorreu por interesse do legislador em especificar detalhadamente alguns pontos de característica comum.

No inciso VI lê-se que “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”.

Contudo, até onde vai essa liberdade?

A existência de seitas homicidas nos faz pensar a respeito do quanto a religião pode ser posta como impedimento de averiguações pelas autoridades competentes. Quando efetivar o crime daí já é tarde para discussões.

O inciso VII fala de poder o cidadão, a fim de se reconfortar espiritualmente, solicitar a prestação de assistência religiosa (a visita de padre, pastor, por exemplo, dependendo da religião) nas entidades civis e, como é mais comum, militares de internação coletiva.

No inciso VIII o cidadão perderá os direitos políticos se invocar crença religiosa ou convicção filosófica ou política para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

Caso comum onde enquadra-se o inciso está nas situações em que o jovem de 18 anos vai prestar serviço militar 58

obrigatório. Se alegar motivos de convicção religiosa, filosófica ou política,

pode não se tornar soldado, mas terá de prestar outro serviço, alternativo, no mesmo período em que estaria nas Forças Armadas. Se não quiser ser militar, nem quiser prestar serviço alternativo fixado em lei, perderá seus direitos políticos, isto é, o direito de votar e de ser votado.

“São invioláveis a intimidade, a vida

privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” diz o inciso X.

Os direitos de intimidade e privacidade colocam uma questão inicial quanto à relação conceitual que se estabelece entre eles, já que pergunta-se: Possuem mesma significância? Constituem um único instituto, repetidos, por meio de expressões diferentes, no texto constitucional?

Decididamente, o texto constitucional, ao empregar as expressões “intimidade” e “privacidade”, quis outorgar ao indivíduo duas diferentes formas de proteção.

Com efeito, a vida social do indivíduo divide-se em duas esferas: a pública e a privada. Por privacidade, de conseguinte, deve-se entender os níveis de relacionamento social que o indivíduo habitualmente mantém oculto ao público em geral, dentre eles: a vida familiar, as aventuras amorosas, o lazer e os segredos dos negócios.

Portanto, dentro dessa esfera têm-se marcado o território próprio da vida privada.

Entretanto, como se disse, no território da privacidade é que se desenvolvem, por exemplo, as relações conjugais, as relações entre pai e filho, irmãos, namorados, etc..., que são caracterizadas exatamente pela interpessoalidade. Nisso, havendo mais de uma pessoa envolvida, existe, por evidente, espaço para violação de direitos, e é nessa porção dos relacionamentos sociais que ganha importância o conceito de intimidade.

A privacidade resguarda o indivíduo da publicidade.

Entretanto, qual seria a proteção jurídica individual em face de abusos cometidos

dentro da esfera privada? Exatamente o direito de intimidade.

A conclusão que se extrai do texto constitucional é que a vida social dos indivíduos não possui unicamente dois espaços, o público e o privado, pois neste se opera nova subdivisão, entre a intimidade e a privacidade propriamente dita.

Podemos ilustrar a vida social como um grande círculo, dentro do qual um menor, o da privacidade, se insere e em cujo interior seria aposto um ainda mais constrito e impenetrável, o da intimidade.

60

Podemos vislumbrar, desse modo, dois diferentes conceitos. Um, de privacidade, onde se fixa a noção das relações interindividuais que, como as nucleadas na família, devem permanecer ocultas ao público. Outro, de intimidade, onde se fixa uma divisão linear entre o *eu* e os *outros*, de forma a criar um espaço que o titular deseja manter impenetrável mesmo aos mais próximos. Assim, o direito de intimidade tem importância e significação jurídica na proteção do indivíduo exatamente para defendê-lo de lesões a direitos dentro da interpessoalidade da vida privada.

Os exemplos podem elucidar as diferenças. As relações bancárias de um indivíduo estão dentro do círculo da privacidade, de igual maneira seus relacionamentos profissionais, assim como o rol de seus clientes. Por outro lado, os segredos pessoais, as dúvidas existenciais, a orientação sexual compõem o universo da intimidade.

Convém anotar que o direito de privacidade garante, nas suas dobras, o sigilo bancário e o fiscal. Esses direitos, embora de 61

forma implícita, possuem patamar constitucional, ou, mais especificamente, são autênticos direitos fundamentais, regidos pelo princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, de tal modo que exceções a esses direitos devem sempre ter caráter restritivo.

Falemos agora de honra e imagem.

O conceito de honra tem sido de ampla variação semântica, porém não implica modificação no âmbito de sua proteção jurídica. Em outras palavras, uma coisa é

a honra, outra o direito à honra. É que se o conceito de honra protege a dignidade, tal proteção conceitual não sofreu modificações; o que pode variar, segundo as condições do tempo e do lugar, é o conceito de dignidade. Essa variação do conceito de honra – e não do direito à honra – deve sempre ser tomada em conta pelo intérprete da Constituição.

Adriano de Cupis pondera que honra é “tanto o valor moral íntimo do homem, o bom nome ou a boa fama, como, enfim, o sentimento, ou consciência da própria dignidade pessoal...a dignidade pessoal refletidas na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa”.

Por essa explanação, entendemos que o direito à honra pode ser colocado dentro de duas situações: a proteção da honra objetiva e da honra subjetiva.

A honra subjetiva pode ser definida no sentimento de auto-estima do indivíduo, vale dizer, o sentimento que possui a respeito de si próprio, de seus atributos físicos, morais e intelectuais.

A honra objetiva parte do parâmetro do conceito social que o indivíduo possui.

O direito à imagem possui duas variações. De uma lado, deve ser entendido como o direito relativo à reprodução gráfica (retrato, desenho, fotografia, filmagem, ...) da figura humana. De outro, porém, a imagem assume a característica do conjunto de atributos cultivados pelo indivíduo e reconhecido pelo conjunto social. Chama-se a primeira de imagem-retrato e a segunda de imagem-atributo.

A imagem, assim, tem duas colorações: a de retrato físico das pessoas e a de *retrato social* do indivíduo, ou seja, a forma na qual o indivíduo esculpiu sua imagem na sociedade.

O direito à imagem (imagem-retrato) garante também o direito às partes do corpo, desde que identificáveis. Vozes famosas e narizes conhecidos do cinema recebem a proteção do direito à imagem.

Ao se falar de imagem-retrato, deve-se ter em conta sempre a imagem dentro do seu contexto correto. Não se pode, servindo-se da imagem de determinada

pessoa, alterar seu contexto de forma a usá-la com diverso cenário. A imagem está protegida, mas o cenário é outro, podendo, portanto, desfigurar a situação enquadrada.

63

Dessa forma, a proteção da imagem estende-se ao contexto em que ela é incluída.

Como decorrência do direito à imagem, temos o direito à identidade. O indivíduo tem direito à sua imagem como forma de sua identidade. A correlação entre imagem e identidade é direito do cidadão, que pode, portanto, utilizar-se de sua imagem ao lado de seu nome.

Também é derivativo do direito à imagem o direito à integridade da imagem, o que faz com que se indenize o dano estético.

A propósito, o texto constitucional tratou de alencar, como formas de proteção da violação da privacidade, intimidade, imagem e honra, a indenização por dano material (aspecto físico e patrimonial) e moral (dor psicológica desnecessária ao cidadão), consistindo este em uma forma de proteção da integridade moral, bem protegido como extensão do direito à vida.

Podemos afirmar que a proteção da imagem-retrato está no art. 5.º, X, enquanto a imagem-atributo vem protegida no art.

5.º, V, da Constituição.

Quando falamos em imagem-atributo, é perfeitamente possível a guarda da pessoa jurídica, quer através da marca, quer do produto. Um empresa que desenvolveu um bem, com determinados 64

característicos, reconhecidos no mundo do marketing como integrantes de seu patrimônio, não pode permitir uma lesão sem o ressarcimento dos danos causados.

Muitas vezes a empresa gasta verba publicitária altíssima para idealizar o produto e este tem um arranhão em sua imagem-atributo por uma notícia equivocada ou uma informação falsa da concorrência. Nesse caso, o agente

violador deverá responder por danos materiais e danos à imagem do produto.

Dando seqüência ao inciso X, o inciso XI vem complementar a idéia de intimidade e vida privada garantidas pelo Estado ao indivíduo.

“Por determinação do juiz” quer dizer que as autoridades poderão entrar na casa da pessoa, no entanto, mesmo com determinação judicial, apenas durante o dia. À noite só poderá entrar diversa pessoa, que não o morador e familiares, quando:

- o dono da casa permitir;

- em caso de flagrante delito;

- em caso de desastre;

- para prestar socorro.

A noite, em termos de horários no contexto da norma, compreende das 18h do dia em questão até às 6h do dia seguinte.

“Casa” compreende não somente o lugar onde o cidadão fixa seus domínios. Para um caminhoneiro, numa amostra, 65

que trabalha nas estradas e fica, na maioria das vezes, longe de seu domicílio e família, o caminhão serve, plenamente, como casa. A mesma situação é indicada no caso de um vendedor ambulante ou dos denominados antigamente de caixeiros-viajantes. Casa, nesse entender, é o lugar de repouso, de descanso. Tranqüilidade e paz legitimamente protegidas pela Constituição Nacional.

No sentido, a advertência de Dinorá Adelaide Musetti Grotti, encontrada em Inviolabilidade do domicílio na Constituição:

“Se o aspecto principal de sua

caracterização é o da exclusividade da

ocupação, todo lugar privativo, ocupado por alguém, com direito próprio e de maneira

exclusiva, mesmo sem caráter definitivo ou

habitual, também é protegido pelo princípio.

(...) Ocupa-se o lugar, que pode ser a própria residência ou de outrem, seja ela fixa ao solo, estabelecimento rodante ou casa flutuante; ou aposento de habitação coletiva, em pensões, hotéis, casas de pousada, e, tratando-se de local não acessível ao público em geral, está

caracterizado o domicílio, constitucionalmente falando".

66

O inciso XII fala da inviolabilidade de correspondência e comunicações telegráficas e telefônicas:

"É inviolável o sigilo da

correspondência e das comunicações

telegráficas, de dados radiofônicos 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".

Pois bem. Sigilo significa segredo. Ninguém pode abrir a correspondência para conhecer de seu conteúdo. A inviolabilidade do sigilo impede que o receptor o divulgue, ocasionando dano a outrem. A violação de correspondência ou das comunicações telegráficas, de dados radiofônicos e telefônicos constitui crime (Código Penal, art. 151).

A carta pertence ao remetente, sendo que essa propriedade estende-se até o momento em que chegar às mãos do destinatário. Aquele que a detiver, licitamente, pode utilizá-la como prova judicial. Porém, sua publicização depende da vontade de ambos os envolvidos: remetente e destinatário.

67

Seguindo a mesma diretriz, na Constituição

Federal anotada de José Celso de Mello Filho encontramos:

“Remetente e destinatário são os sujeitos

da relação jurídica que se aperfeiçoa pela

entrega da carta missiva. O remetente tem o poder de disposição sobre a carta enquanto

esta não for entregue ao seu destinatário. Este, por sua vez, torna-se proprietário da carta desde o momento que a recebe. Como regra

geral, as cartas missivas não podem ser

publicadas sem permissão de seus autores, mas podem ser juntas como documentos em autos

judiciais”.

A expressão “dados” refere-se, também, às

informações que as repartições possuem. Os chamados dados bancários são exemplo disso.

“É livre o exercício de qualquer trabalho,

ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” dita o inciso XIII.

68

A finalidade do dispositivo é indisfarçável: proibir o Poder Público de criar normas ou critérios que levem o indivíduo a exercer ofício ou profissão em desacordo com sua vontade.

Como é visto, cuida-se de um típico direito de liberdade do cidadão. A norma,

fixando uma limitação da atividade do Estado, demarca um território impenetrável da vida individual e, dessa forma, fixa o direito à autodeterminação do indivíduo na escolha de sua profissão.

O dispositivo, porém, foi erigido sob os moldes de uma regra de eficácia contida, permitindo que a lei infraconstitucional venha a limitá-la, criando requisitos e qualificações para o exercício de determinadas profissões. Logo, enquanto não existir lei acerca dessa ou daquela profissão, a permissão constitucional tem alcance amplo.

Entretanto, caso seja editada uma lei regulamentando determinada profissão, o indivíduo que queira exercer tal atividade fica adstrito à observância das qualificações profissionais que o diploma vier a estabelecer.

O Exame da Ordem dos Advogados do Brasil é

exemplo claro de limitação ao exercício profissional, tendo como base a qualificação.

No que se refere a trabalho, ofício e profissão, igualmente à intimidade e vida privada, as terminologias, apesar de parecerem idênticas, são diferenciadas em seus conceitos perante à Constituição da República.

69

Trabalho é aquele fazer destinado ao homem para obter o sustento, a provisão dentro da sociedade. É conceito lato sensu subdividido nas duas espécies seguintes.

Ofício é aquele fazer que o homem com uma qualidade especial (carpinteiro, pedreiro, artesão) pratica para obter o sustento dentro da sociedade.

Profissão é aquele fazer regulamentado por lei, isto é, o homem para obter seu sustento deve preencher as qualificações que seu fazer requer, como nos casos de médicos, advogados, ...

Destinado basicamente à imprensa, ligado aos incisos V e X, é o inciso XIV. É de comum aplicabilidade esse inciso às entrevistas de informantes policiais, onde a voz e a imagem são mudadas para assegurar a proteção do indivíduo.

Portanto, o Estado não pode obrigar a fornecer-lhe a informação sobre a fonte quando necessário ao respeito profissional em confiança.

O inciso XV fala do direito de ir, vir, ficar e permanecer da pessoa em tempo de paz. Eis a base para o habeas corpus, já que tutela a liberdade em sentido estrito, ou seja, a prerrogativa que o indivíduo tem de não ser preso, ou detido, arbitrariamente. Geralmente o advogado utiliza-se desse inciso para argumentar em suas defesas.

70

A frase “qualquer pessoa” refere-se ao brasileiro nato, ao estrangeiro residente (que efetivamente mora no país) e o passageiro. Por isso, quando falamos ser tal inciso base para a impetração do habeas corpus, afirmamos, também, que até o estrangeiro, tanto o residente como o passageiro, pode aproveitar-se dele.

O habeas corpus pode ser de dois tipos: preventivo e repressivo; e é gratuito.

O preventivo é impetrado antes da importunação, destina-se a resguardar da pessoa futuros problemas à sua integridade física e moral, porém não quer dizer que o cidadão está imune. É

conhecido, da mesma forma, como salvo-conduto.

O repressivo é impetrado após a importunação nos moldes acima descritos.

Podemos, então, visualizar o aplicativo concernente ao habeas corpus da seguinte forma:

É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz.

HABEAS CORPUS: Contra ato coator de uma autoridade pública ou de um agente particular.

Protege a liberdade de locomoção. Natureza jurídica: Ação constitucional de caráter penal.

71

Quando alguém achar- se **ameaçado**

Quando alguém estiver **sofrendo**

de sofrer violência ou coação em

violência ou coação em sua

sua liberdade de locomoção.

liberdade de locomoção.

HABEAS CORPUS preventivo

HABEAS CORPUS liberatório ou

(SALVO-CONDUTO)

repressivo

QUALQUER PESSOA, NACIONAL OU ESTRANGEIRA, INDEPENDENTE

DE CAPACIDADE CIVIL, PODE FAZER USO DO *HABEAS CORPUS*, EM

BENEFÍCIO PRÓPRIO OU ALHEIO

São gratuitas as ações de *habeas corpus*

“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” dita o inciso XVI.

É direito das pessoas reunirem-se para discutir assunto de interesse de todos. O que a lei exige é que tais reuniões tenham caráter pacífico, sem armas, em locais abertos ao público, sem dependência de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local. Reuniões em plena via pública, prejudicando o tráfego, são proibidas.

Quando falamos em autoridade competente,

normalmente entendemos como sendo o Poder Executivo, e quanto a sem armas queremos dizer que a reunião deve ser de mãos limpas, ou seja, mesmo uma pedra pode machucar, desde que quem a porte na mão tenha a intenção de ferir. Por razão disso, não ter nada nas mãos impediria equívocos dos órgãos de sanções estatais.

Percebe-se que a proteção constitucional não tem em mira simples agregação ocasional de pessoas; antes tem por propósito proteger um direito de ação coletiva, em que os indivíduos afluem conscientemente, à vista de objetivos determinados.

“Para haver reunião em sentido constitucional não basta que algumas pessoas se encontrem juntas. A reunião exige, desde logo, consciência e vontade de reunião, pelo que se distingue do simples e fortuito encontro (na rua, no cinema, numa exposição etc.)” salientam Canotilho e Vital Moreira em Constituição da República portuguesa anotada.

Assim, a caracterização da reunião, para efeitos constitucionais, necessita a presença cumulativa de sete requisitos: **1.** Participação de duas ou mais pessoas; **2.** Caráter temporário – o liame que se estabelece entre seus integrantes não sobrevive à própria reunião;

3. Consciência e vontade dos participantes; **4.** Objetivo próprio e imanente à razão de ser da reunião;

5. Finalidade lícita, nela incluída o caráter pacífico; 73

6. Ausência de armas, nas reuniões de caráter público;

7. Comunicação da autoridade competente, em caso de utilização de espaços públicos.

É bom destacar que a reunião não precisa realizar-se em local determinado, mas pode adquirir caráter itinerante (passeatas, por exemplo). Nesse caso, aplica-se a tais situações as mesmas regras de reuniões realizadas em espaços públicos determinados.

Os incisos XVII a XXI são normas tratando de diversos aspectos sobre um mesmo assunto: a associação.

Eis suas determinações:

• Como a reunião é plurissubjetiva (com duas ou mais pessoas), tem fins comuns e lícitos, mas é permanente, tem base contratual e direção unificante;

• “Paramilitar” é a destinada ao caráter bélico, razão pelo qual é vedada a sua criação;

• O Estado não interfere na criação das associações, mas deve interferir por ordem do juiz competente quando o objeto se tornar ilícito;

• A associação é detentora, em sua formação, de livre-arbítrio de quem as compõe – os funcionários de uma empresa podem formar uma associação, como um sindicato, onde só entraria quem quisesse –, contra a vontade, ninguém pode ser compelido a 74

permanecer em uma associação ou em uma sociedade comercial ou civil, o homem é livre de pertencer a uma sociedade ou não, de criá-la ou dissolvê-la. Se um sócio, exemplificadamente, deseja se retirar da sociedade comercial, basta propor ação de dissolução parcial da sociedade;

• As entidades associativas, tendo expressamente autorização dos filiados, podem representá-los judicial ou extrajudicialmente.

Pode-se conceituar genericamente propriedade como o direito subjetivo que assegura ao indivíduo o monopólio da exploração de um bem e de fazer valer esta faculdade contra todos que eventualmente queiram a ela se opor. Direito esse que é garantido pela Constituição, através do inciso XXII. Em matéria de Direito Civil, encontramos conceituações advindas dos estudos de Orlando Gomes e Maria Helena Diniz, esta diz que a propriedade é o direito que a pessoa física ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha e aquele se refere ao instituto como sendo um direito complexo, se bem que unitário, consistindo num feixe de direitos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que

lhe serve de objeto.

No entanto, podemos falar apenas de propriedade singularmente?

75

José Afonso da Silva é forte em sua idéia de que não podemos nos referir só em uma, mas em várias propriedades, tal o tamanho da variação do instituto. Sem dúvidas, no texto constitucional encontramos vários dispositivos nitidamente diferenciados que tratam do tema. Além do inciso XXII, temos o incisos XXIII a XXVI, os artigos 170, I e II, 176, 182, 183, 184, 185, 186 e 191.

No inciso XXIII, encontramos a frase “função social”, a qual a propriedade deve cumprir. Mas o que se deve entender por “função social” na idéia legislativa da Constituição?

Segundo o art. 182, § 2.º, cumpre sua função social a propriedade urbana que satisfazer as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. No mesmo rumo, atende à sua função social a propriedade rural que simultaneamente tiver aproveitamento e utilização adequada dos recursos naturais, preservar o meio ambiente, observar as disposições de regulamentação do trabalho e tiver exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. Em ambos os casos, o não-cumprimento da função social gerará sanções previstas no próprio texto constitucional.

O direito de propriedade, no entanto, não é absoluto.

Pode sofrer restrições de diversas ordens como a requisição, a servidão administrativa, a limitação administrativa, a expropriação e a desapropriação, prevista no inciso XXIV do art. 5.º. Desapropriação 76

é a transferência unilateral e compulsória de uma propriedade particular para o Poder Público, que assim pode agir, quer a pretexto de utilidade pública, quer por interesse social. A indenização, em regra, se faz por dinheiro, porém, pode acontecer desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública ou títulos da dívida agrária.

Há, também, a possibilidade da autoridade competente poder usar a propriedade do particular no caso de iminente perigo público, assegurando ao mesmo

indenização ulterior, se houver dano.

Trata-se da requisição. É de se ressaltar, contudo, que o proprietário deve ser indenizado antes do uso pela autoridade competente, por razão do que deixa de ganhar com a utilização de sua propriedade e, daí sim, após, se comprovadamente ocorrer dano pelo Poder Público.

O inciso XXVI diz: “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 para financiar o seu

desenvolvimento”. O retro dispositivo institui o chamado bem de família constitucional.

Já no inciso XXVII encontramos um diferente tipo de propriedade. Trata-se da propriedade intelectual. Sob tal denominação agrupam-se duas grandes categorias de bens, dando origem a direitos resultantes da atividade intelectual, com reflexos no domínio industrial, científico, literário ou artístico. Na primeira categoria, 77

chamada propriedade industrial, incluem-se direitos relativos a invenções, marcas de fábrica ou comércio, e demais. A segunda, sob o título de direitos do autor e correlatos, engloba as obras literárias científicas, musicais, artísticas, filmes, fonogramas e outras criações semelhantes.

Os incisos XXVII, como vimos, e o XXVIII (que assegura a proteção às participações individuais nas obras coletivas, bem como o direito dos autores, por si ou por meio das respectivas representações sindicais ou associativas, de fiscalizar as obras que criarem ou de que participarem) dispõem sobre os direitos do autor.

O que se verifica, por esses dois dispositivos, é que a Carta Federal abrigou ao respectivo titular do direito em questão os direitos morais e patrimoniais sobre a obra produzida.

Os direitos morais do autor manifestam-se pela prerrogativa de ser reconhecido como autor da obra, ter seu nome a ela relacionado, impedir sua modificação,

alterá-la em nova edição e o de retirá-la de circulação (atos mais comuns em relação às obras escritas). Os direitos patrimoniais do autor manifestam-se pela prerrogativa de utilizar, fruir e dispor, com exclusão de todos os demais, da obra intelectual.

A propriedade industrial envolve o chamado privilégio de invenção, as marcas de indústria ou de comércio e de nome de empresas. Cuida desse tema o inciso XXIX remetendo que a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário 78

para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

A invenção é a idéia nova, antes nunca pensada, editada, aplicada ou usada. A propriedade da invenção industrial materializa-se nas chamadas patentes, que atribuem ao autor o domínio do invento pelo período de vinte anos. As marcas de indústria ou comércio têm a finalidade de relacionar o produto ao seu fabricante ou ao seu distribuidor. Assim, as empresas possuem nomes ou sinais que igualmente estão protegidos pelo texto constitucional.

O direito de herança, assim como é o de propriedade, vem garantido na Constituição Federal de 1988 no inciso XXX do art.

5.º.

Já no inciso XXXI, o que se regula é a situação na qual a sucessão de bens de estrangeiros situados no Brasil será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do falecido. Ou seja, se um estrangeiro, vindo a morrer em território brasileiro, deixa bens a filhos ou mulher brasileiros, a estes a lei brasileira acolherá quanto à herança, observando-se não lhes ser mais favorável a lei do país daquele.

79

“O Estado promoverá, na forma da lei, a

defesa do consumidor”, dispõe o inciso XXXII. Mas a lei referente à defesa do

consumidor já existe?

Sim, desde 1990. É a Lei n.º 8.078 de 11 de setembro, também conhecido como Código de Defesa do Consumidor. Existe, ainda, a Lei n.º 8.884 de 11 de junho de 1994, que trata sobre a prevenção e repressão às infrações a ordem econômica.

Nas lides, cerca de 70% dos contratos que os advogados enfrentam passam pelo exame do Código de Defesa do Consumidor, por isso é importante que se saiba os aspectos obrigacionais do Código, já que é o dia-a-dia de qualquer operador do Direito nessa área.

No incisos XXXIII e XXXIV a Constituição põe em evidência o direito do cidadão de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse, ou de interesse coletivo ou geral e assegurando, também, independente de pagamento de taxas, o direito de petição e a obtenção de certidões.

Ao aduzir a defesa de direitos o texto constitucional não fez qualquer restrição. Empregou locução genérica, que em sua plenitude acoberta a tutela de todas as espécies de direitos, quer de índole individual, quer coletiva.

Portanto, o direito de petição pode ser exercitado, em exemplo, para denunciar um atividade poluidora, como o não-80

tratamento dos esgotos domésticos pelo Poder Público, ou ainda para demonstrar um abuso contra direito individual, como a invasão de domicílio por policiais sem a devida permissão do morador ou mandado judicial.

Outrossim, o dispositivo empresta ao direito de petição uma finalidade de proteção da ordem jurídica, atribuindo-lhe a finalidade de defesa contra ilegalidade ou abuso de poder. Revela o possível desvio das finalidades legais de um ato administrativo. A palavra “ilegalidade”, por sua vez, parece dotada de conteúdo abrangente; é dizer, nisso, que a norma agasalha tanto a hipótese de ilegalidade stricto sensu como qualquer forma de contrariedade a normas jurídicas.

Ainda, não é demasiado afirmarmos que tal direito de petição pode servir de instrumento da participação individual na vida política do Estado, pois por meio

dele se exercitam prerrogativas próprias da cidadania.

Quanto ao direito de certidão, o mesmo tem endereço certo, qual seja, as repartições públicas. E, em comentado dispositivo, não subsiste restrição. Por repartição pública devemos entender qualquer organismo do Poder Público, inclusive as delegacias de polícia, os órgãos do Poder Judiciário, as secretarias do Ministério Público e as Mesas do Poder Legislativo.

Contudo, o aspecto constitucional indica que a certidão pode tanto referir-se a direitos individuais como coletivos, 81

fato que não desqualifica a necessidade de demonstração de interesse legítimo na obtenção da certidão. Dessa forma, o pedido de certidão deve sempre vir fundamentado para que a autoridade possa avaliar a pertinência ou não, constando as razões constitucionais no mesmo.

Registrado o pedido, a repartição tem quinze dias para o fornecimento da certidão. Tendo-se esvaído o prazo, ou denegada legalmente a certidão, o remédio judicial competente é o mandado de segurança.

Apesar de ser direito garantido ao cidadão, as informações de um interesse particular ou de um interesse coletivo pode não ser dada pelos órgãos públicos quando for imprescindível à segurança do Estado e da sociedade. Como exemplo disso são as informações concernentes ao caráter bélico, ou as situações que, comumente, possam causar pânico na sociedade.

Sob a dicção de que “a lei não excluirá da

apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, encontrada no art. 5.º, XXXV, a Constituição da República escamoteou o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que, de um lado outorga ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição e, de outro, faculta ao indivíduo o direito de ação, isto é, o direito de provocar aquele.

Na lição de Enrico Tullio Liebman, jurisdição é “a atividade dos órgãos do Estado destinada a formular e 82

atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica”. A atividade de jurisdição, no Brasil, é

privativa do Poder Judiciário, único órgão apto a formular decisões dotadas da força da coisa julgada.

Destaca-se, nesse aspecto, ser a mensagem normativa clara ao colocar abaixo do manto da atividade jurisdicional tanto a lesão como a ameaça a direito. O dispositivo constitucional, ao proteger a “ameaça a direito”, dotou o Poder Judiciário de um poder geral de cautela, ou seja, mesmo na falta de disposição infraconstitucional expressa, deve-se presumir o poder de concessão de medidas liminares ou cautelares como forma de resguardo do indivíduo das ameaças a direitos.

Soma-se, no pensamento, e por fim, as palavras de Alexandre de Moraes:

“Importante, igualmente, salientar que o

Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, 83

independentemente de lei especial que a

outorgue”.

A Constituição Federal afirma que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5.º, XXXVI). Busca, nossa Carta Constitucional, assegurar a estabilidade das relações jurídicas, proibindo a retroeficácia da lei.

A compostura jurídica do instituto encontra-se bem delimitada pelo art. 6.º da Lei de Introdução ao Código Civil, definindo os elementos em resguardo. Portanto, assim conseguimos entender que:

Direito adquirido é o direito que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem (LICC, art. 6.º, § 2.º);

Ato jurídico perfeito é aquele já consumado segundo a lei vigente ao tempo em

que se efetuou (LICC, art. 6.º, § 1.º) e *Coisa julgada* é a decisão judicial de que já não caiba mais recurso (LICC, art. 6.º, § 3.º).

Como sabemos, em princípio, a lei tem eficácia imediata e ultra-ativa, passando a regular os atos e fatos jurídicos a partir de sua edição. Contudo, não existe uma proibição absoluta à retroeficácia. Desde que respeite o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, a lei pode ter efeito excepcional, devindo 84

vir tal caráter textualmente declarado. O Supremo Tribunal Federal entende que a lei de caráter interpretativo pode ser aplicada retroativamente, desde que não possua comportamento mais danoso do Estado para com o indivíduo. A lei, normalmente, deve ser aplicada para adiante, porém pode ter caráter excepcional em seu efeito sem prejudicar os bens acima enunciados.

“Não haverá juízo ou tribunal de exceção”,

veda o inciso XXXVII.

O inciso traz em suas palavras o princípio do juiz natural, também denominado princípio do juiz legal que é aquele definido na concepção da necessidade de predeterminação do juízo competente, quer para o processo, quer para o julgamento, proibindo-se qualquer forma de designação de tribunais ou juízos para casos determinados.

Pode-se dizer que dito princípio é um desdobramento da regra da igualdade. A explicação de Pontes de Miranda aponta que a “proibição dos tribunais de exceção representa, no direito constitucional contemporâneo, garantia constitucional: é direito ao juízo legal comum”, indicando vedação às discriminações de pessoas ou casos para efeito de submissão a juízo ou tribunal que não o usual por todos os indivíduos.

85

A garantia constitucional, assim enquadrada pelo renomado jurista, tem dois destinatários: o cidadão, que deve submeter-se ao juízo aleatório do Estado, sem procurar romper a regra da livre distribuição, e o Estado, que não pode definir o juiz para determinado cidadão ou caso.

Mas, vejamos bem, o princípio não proíbe a existência de juízos especializados,

desde que guardado o caráter generalizador da norma que os criar, que só ofenderá o princípio no caso de, por via oblíqua, buscar a submissão de situações ou pessoas predeterminadas à competência desses novos órgãos.

Com vistas ao estudado, deduz-se os seguintes requisitos ao princípio do juiz natural: a) Só podem ter função jurisdicional os integrados ao Poder Judiciário; b) Devem ser observados os critérios que permitam a determinabilidade do juízo ou tribunal competente e c) Observar, da mesma forma, as normas regimentais de distribuição do processo.

A instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, vem reconhecida no inciso XXXVIII da nossa Carta Magna, assim como lhe é assegurada a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5.º, XXXVIII, “a”, “b”, “c” e “d”).

Todavia, é preciso nos questionarmos sobre o que há de bom e o que há de ruim no júri. Faltaria esclarecimento técnico?

Primeiro: Qual o bem maior que nós temos? A resposta vem única: a vida. O homicídio significa tirar o bem maior protegido pela sociedade. Por esse motivo que é o Tribunal do Júri o responsável pelo julgamento e não os juízes; é a sociedade que vai julgar seus pares, se aquele ato praticado deve ou não ser repudiado.

O Tribunal do Júri não julga tecnicamente, os jurados julgam, sim, de acordo com a consciência. As pessoas que o integram não precisam nem observar o que é processo porque eles estão julgando não um fato técnico, mas um ato vivencial, um fato da rotina. Tais pessoas são selecionadas pelos juízes, promotores, anualmente, dentro da comunidade; ocorre, também, de pessoas serem selecionadas por entidades através de uma lista.

Segundo: O Tribunal do Júri é uma espécie de teatro?

Pode-se dizer que sim, como a própria vida se torna, às vezes. No Tribunal do Júri, o advogado, para atuar, assim como o promotor, usam de seu tirocínio

defendendo a sua verdade, ao mesmo tempo que estão realizando sua profissão, porém, sendo uma espécie de teatro, não podem eles perder o controle da situação e levar a discussão para o lado pessoal de cada um; para se ter uma visão ampla dos fatos devem estar tranqüilos.

Por “plenitude de defesa” podemos compreender que os jurados são escolhidos das mais variadas camadas da sociedade. Isso assegura ao réu a sua plenitude de defesa. Então, as pessoas não são escolhidas dentro de uma só categoria, sejam de 87

sindicatos, comércio, indústria ou compondo-se apenas por funcionários públicos. O júri é uma mescla de indivíduos dando a entender que, nele, haverão sete pensamentos diferentes se debruçando no crime e como puni-lo ou não. Desse modo, afirmamos ser quase inexistente a harmonia, quanto ao julgamento, inserida no Tribunal do Júri.

A respeito do sigilo das votações, é preciso dizer que as votações de que se trata a alínea é no momento da quesitação. O

que é de se repudiar no Tribunal do Júri no que concerne às quesitações técnicas. Verifica-se um absurdo perguntar ao jurado se foi homicídio culposo ou doloso. Poderia ser a votação, nesse aspecto, bem singela, perguntando ao jurado se o réu é culpado ou inocente. Se for considerado culpado o réu, cabe ao juiz examinar o processo e dar a pena. É o juiz que, quase sempre, tem o conhecimento técnico para a função. No mais, o sigilo das votações quer dizer que os jurados não podem se comunicar durante a votação, aliás, não podem se comunicar durante todo o julgamento; poderão falar, contudo, desde que não emitam opinião pessoal sobre o fato.

Tão pleno é esse sigilo que os jurados poderão pedir que se leia peças do processo, pedir que o advogado ou o promotor explique melhor determinado fato ou ainda pedir para ir ao local do crime; todos os atos descritos aqui podem os jurados fazer que não quebrarão o sigilo.

Sigilo é a não manifestação sobre o fato que está em pauta jurídica, isto é, sub judice.

O juiz não pode obrigar o jurado a modificar o seu voto, isso se refere à soberania dos veredictos, que, se condenam ou absolvem, são imutáveis. O que poderá ocorrer, no entanto, é o Tribunal reconhecer erro no processo ou reconhecer que a quesitação é contraditória, ou, ainda, que os jurados julgaram contra provas nos autos (condenaram quem deveria ser absolvido, absolveram quem deveria ser condenado). Nesses casos, não haverá, em momento algum, a modificação nos votos dos jurados – os votos são intocáveis.

O que pode haver é um novo julgamento por erro, seja por quesitos ou interpretação das provas, ou seja por outro elemento insustentável.

Como se vê, os votos são perpétuos; votou, é soberano.

Quais são os crimes dolosos contra a vida? O mais importante e conhecido deles é o homicídio, tanto o simples quanto o qualificado, aí passando pelo aborto, infanticídio, induzimento e instigação ao suicídio dentre outros. Para certas pessoas esclarecidas, os crimes de colarinho branco, praticados por altas autoridades, deveriam ser crimes julgados pelo Tribunal do Júri, mas, infelizmente, estamos limitados a apenas certos crimes previstos no Código Penal, precisamente os dolosos contra a vida. É uma lástima, além disso, saber que pessoas importantes, em razão dos privilégios do cargo, têm julgamentos em foro privilegiado. Porém, o mais importante da competência destinada ao Tribunal do Júri para julgar os crimes dolosos contra a vida é saber que a natural sociedade resolverá o dilema.

89

Do inciso XXXIX até o inciso LXXVII, o que se destaca na matéria do art. 5.º são os direitos garantidos aos presos, a forma de acusação, a defesa do réu e demais caracteres penais, com certas variações.

“Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A frase e preceito constitucional traduz o princípio da anterioridade da lei, qual seja o de confirmar a idéia de que nenhuma pessoa pode ser considerada criminosa se não há cominação legal nem lei anterior ao seu ato. É a base do Direito Penal e das Leis direcionadas a ele.

Com o mesmo ideal, o inciso XL vem dizer que a lei não retroage, com exceção

nos casos de beneficiamento do réu. Se uma Lei nova, com penas mais rigorosas começa a ser aplicada na sociedade, o réu, que já tenha sido condenado ou que está em julgamento, não poderá ter sua ação analisada sob a visão da nova Lei, mas sim pela Lei anterior, ou seja, a do período do crime. Todavia, se a Lei nova trazer em seu bojo circunstâncias atenuantes para aquela ação na qual o agente praticou, obriga-se o defensor do condenado ou do réu a usar isso como uma arma a mais em sua labuta.

O inciso XLI pronuncia: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. O significado de lei, manipulada pelo legislador nesse preceito, é o de criar uma Lei específica para castigar qualquer

discriminação que atente aos direitos e liberdades fundamentais.

Como sabemos, dita Lei não existe ainda. O inciso XLI, então, é uma norma de eficácia limitada, já que precisa ser regulamentada para ser absolutamente aplicável. Aqui reina o princípio da reserva legal (deverá existir uma pena para o inciso ser considerado).

Antes da Constituição de 1988, o racismo era tratado como contravenção penal, chamado crime anão. Com o advento dela o racismo passou a ser um crime protegido constitucionalmente pelo inciso XLII do art. 5.º que, além de inafiançável, pode ser atestado a qualquer tempo. O que não pode ser mais certo, já que, num país como o nosso, discriminar o outro pela cor de sua pele, afora outras discriminações por enquanto impuníveis, só nos faz pensar o quanto estamos retardando uma filosofia encontrada na própria bandeira, a objetivada na ordem e no progresso, entendidos ordem e progresso nos seus mais amplos significados.

Os crimes de que trata o inciso XLIII, nos comunica que serão crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos (Lei n.º 8.072 de 25

de julho de 1990) respondendo por eles os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

No embalo do dispositivo, faz-se necessário perguntar qual dos tipos de delito encontrados no inciso XLII e no XLIII é considerado pelo legislador o mais grave.

91

A solução é o delito do inciso XLII, isso porque é imprescritível; não prescreve nunca em detrimento do, por exemplo, tráfico de entorpecentes e o terrorismo que são prescritíveis. Pelo constituinte a prática de racismo é mais grave que qualquer outro tipo de delito descritos no inciso XLIII – se um indivíduo ofende alguém por razão da raça, passados um mês ou cinqüenta anos o agente poderá ser punido.

Continuando no embalo do inciso em análise, perguntamos para quem está direcionado a expressão “e os que” inserida na norma.

Ora, para as autoridades; precisamente as autoridades que, podendo evitar a prática dos crimes, se fingem de desentendidas ou deixam de agir conforme suas funções.

Também, além do crime de racismo, são

imprescritíveis e inafiançáveis os atos de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático conforme o inciso XLIV. De novo o constituinte age corretamente, visto que qualquer grupo que tentar impingir um golpe de estado ou se investir contra a democracia não cometerá apenas uma atitude nociva contra uma pessoa ou um conjunto de pessoas, mas sim contra toda a nação.

Do que trata o inciso XLV, em seu âmago, é dizer que a pena não ultrapassará a pessoa do condenado, punindo, por exemplificação, o cônjuge ou os herdeiros e demais familiares.

92

Obviamente não estamos falando dos casos de cumplicidade, pois, se a mulher casada ajuda, de qualquer maneira, na ação de seu marido criminoso, responderá pela co-autoria ou, dependendo da hipótese, responderá como partícipe.

O criminoso pode ser condenado, além da sentença penal, pela sentença civil, tendo que arcar, como nos remete o dispositivo, reparando o dano “até o limite do patrimônio” seja o seu próprio ou aquele que deixou aos seus. Por exemplo: Determinado cidadão que cometeu um delito foi responsabilizado civilmente, vindo a morrer após – sua herança no que se transferir para os filhos herdeiros responde pelo dano até o limite do valor herdado.

O inciso XLVI em suas alíneas “a” até “e” diz que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras a privação ou restrição da liberdade, a perda de bens, a multa, a prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos.

Sobre essas, comentamos:

Privação ou restrição da liberdade – são as penas de detenção, prisão simples e reclusão;

Perda de bens – pode ser citado como exemplo as situações dos que plantam maconha e têm, por razão disso, as terras desapropriadas para fins de reforma agrária; Multa – é uma pena pecuniária imposta alternativamente ou cumulativamente. A multa é uma pena, não uma indenização; não 93

tem nada a ver com os herdeiros ou com a vítima no caso de indenização. A multa deve ser revertida para os cofres públicos; Prestação social alternativa – é aquela em que o indivíduo ao invés de ir na cadeia, presta serviços à comunidade aos fins-de-semana e feriados, geralmente;

Suspensão ou interdição de direitos – o preso tem suspensos seus direitos políticos ou poderá, também, perder ou ter suspensa a sua qualificação profissional em motivos da condenação.

As penas que desapareceram do ordenamento jurídico vêm listados no inciso XLVII do art. 5.º. São elas: a) A pena de morte; b) As de caráter perpétuo; c) As de trabalho forçado; d) As de banimento e e) As cruéis.

a) A pena de morte sequer pode ser objeto de um plebiscito para ver se a população quer ou não quer a pena de morte, visto que contraria frontalmente a Constituição, conforme observamos no caput do art. 5.º.

Além disso, entregar ao Estado aquilo que nós temos de mais precioso é uma temeridade, por mais que às vezes certos crimes choquem. Se o aparelhamento do estado já é frágil, fraco e corrupto sem a existência da pena de morte, imaginemos como seria com uma possibilidade de tal monta; é acreditável que não teríamos mais tranqüilidade.

94

b) A pena em nosso sistema normativo não excede o máximo de 30 anos, por isso é infundado querer mudá-la, de uma hora para a outra, para a pena de caráter perpétuo.

c) As penas de trabalho forçado não podem ser aplicadas porque, assim como a pena de morte, ferem frontalmente a Carta Magna (nos reportamos, no caso, ao inciso III do artigo em dissecação).

d) As penas com intenções de banir da sociedade ou do país o criminoso não pode vigorar em nosso país e em qualquer outro país que se diz democrático e humanista. A democracia garante o governo através do povo, e o povo não pode ser decomposto em seus nacionais, já que o preso de hoje pode ser o eleitor de amanhã e vice-versa. Banir significa expulsar e, no Brasil, não vigora a expulsão de cidadãos brasileiros nem de estrangeiros (este só poderá ser extraditado, como veremos adiante).

e) Não teremos penas cruéis, sejam elas físicas ou morais. Nas penas cruéis podemos citar a lapidação – morte por apedrejamento (comum em países islâmicos como a Arábia Saudita, o Sudão e o Irã) –, deixar o criminoso morrer de fome, torturar o indivíduo, desmoralização pública, e demais.

A separação dependente dos sexos dentro do

estabelecimentos para cumprimento das penas assim como dependendo da natureza do crime e a idade do apenado vêm disciplinadas pelo inciso XLVIII.

95

No que se refere ao sexo do apenado há uma possível coerência em nosso país; agora, quanto ao tipo de delito e a idade cronológica não é necessário comentar muito. Não raramente somos testemunhas das notícias que apontam certos

presídios com a capacidade de presos maior do que o previsto em sua construção e se encontrando, neles, presos com idades e delitos totalmente opostos.

Nisso, afirma-se que aquela velha intenção de ressocialização da pessoa cai por terra, já que um ladrão de galinhas, ao ser condenado e estando, efetivamente, cumprindo pena, só terá mais coisas a aprender com ladrões de banco, estupradores, estelionatários, contrabandistas, e por aí vai.

O inciso XLIX fala que aos presos é assegurado o respeito à integridade física e moral. Isso quer dizer que, uma vez preso, o Poder Público não tem mais o direito de usar da força excessiva tanto física quanto moral no indivíduo, que, como também sabemos, não é o que ocorre nos presídios.

Visemos um jovem que cometeu um desatino, um delito, e foi largado dentro de um “covil” – uma peça 3 x 4 com mais uns dez presos, amontoados, onde não dá nem para respirar; pois bem, já não é uma ofensa à integridade física e moral do indivíduo?

Comumente exemplos como o de cima acontecem e, se formos dar, digamos, uma peça exclusiva para cada preso, isso não seria um privilégio mal visto aos que estão aqui fora? Certamente, e fica difícil de resolver.

Na verdade nossa Constituição prevê todos os meios e métodos para tais ocorrências, só que não é cumprida. É

inconstitucional? É, só que na prática não é.

Nos presídios femininos as presidiárias poderão ficar com seus filhos durante o período de amamentação pelo que nos informa o inciso L. Depois do período de amamentação os filhos ficam com parentes ou em lares substitutos até que as mães cumpram a pena e estejam livres.

O brasileiro nato nunca poderá ser extraditado; pode ter cometido as maiores atrocidades no exterior mas será julgado pelas nossas leis – é o que se extrai do inciso LI. Agora, o naturalizado que cometeu crime comum antes da naturalização pode ser extraditado, não deve porque o crime praticado em outro país pode não ser crime no Brasil; também pode ocorrer do crime cometido em

outro país, quando chegar no Brasil, ter seu prazo prescricional vencido. Há hipóteses, ainda, do brasileiro naturalizado possuir esposa e filhos brasileiros natos, tendo assim impossibilidade natural de extradição.

Como versamos sobre brasileiros naturalizados não estamos falando de estrangeiros, já que esses, cometendo um delito e entrando no Brasil devem ser extraditados conforme pedido do país de origem, mas não se fala de possibilidade de extradição quando se trata de crime político ou de opinião (inciso LII). Qualquer indivíduo que tenta dar um golpe de estado ou manifestar opinião contrária a do 97

país onde vive poderá entrar noutro e pedir asilo. Então, se houver pedido do país de onde vem o estrangeiro para extraditá-lo, nessas circunstâncias apontadas, o pedido não será concedido. Todo o indivíduo tem o direito de se manifestar em razão do sistema político vigente – foi tal idéia que a Constituição de 1988 quis abraçar.

O inciso LIII vem dizer que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. Aqui vemos mais uma extensão do princípio do juiz natural (além do tribunal de exceção).

Para compreender o significado dado pelo legislador, devemos saber, a priori, o que é “autoridade competente”.

No preceito obviamente está se falando no juiz, único capaz de processar e sentenciar em qualquer lide. Nós podemos dizer, sem medo de errar, que todo o juiz, uma vez nomeado, é detentor de jurisdição – tem capacidade de julgar. Porém, o juiz não tem capacidade de julgar todas as matérias. Um juiz criminal não pode julgar uma ação cível, a não ser que ele esteja em regime de substituição. Ele, portanto, tem jurisdição mas lhe falta competência –

a capacidade de jurisdicionar em determinada área.

Numa mesma associação de incisos, o inciso LIV diz que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

O devido processo legal é o processo que vai dar oportunidade ao juiz de julgar. Nós encontramos as regras desse 98

processo nos Códigos de Processo Civil e Penal, basicamente, e nas leis administrativas, que dão o caminho de como agir para, por exemplo, cobrar uma indenização. As leis processuais, então, constituem o “devido processo legal”. Sua observância deve ser fiscalizada pelo juiz no andamento do processo; se o juiz deixar de observar, atalhar os processos, omitir uma regra processual ou cometer outro ato inconcebível estará ofendendo ao dispositivo constitucional.

Aos litigantes, tanto em processo judicial quanto administrativo, assim como aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes conforme prevê o inciso LV.

O contraditório é a possibilidade de uma pessoa, que é acusada, se defender. Quando se fala em processo, estamos nos referindo que já existe o contraditório; portanto, existem as figuras do juiz, do promotor e do advogado de defesa. Ao chamar o juiz o réu ao processo para que este se defenda, este chamamento é o contraditório; o réu terá a faculdade de exercê-lo ou não, já que pode silenciar.

Mas, aqui no Brasil existe procedimento inquisitorial (que é aquele procedimento onde não existe acusação e defesa simultaneamente)?

Sim, existe. O procedimento inquisitorial existente consiste apenas na apuração do fato, isto é, a autoridade 99

administrativa, chamada de polícia judiciária, vai apurar o delito na sua amplitude. Portanto, não há participação do advogado nesse procedimento judicial-policial.

Antes da Constituição de 1988 havia o chamado processo sumário nos acidentes de trânsito e nos flagrantes de contravenção penal aonde a autoridade policial era também a autoridade processante. Agora, pela subtração dessa possibilidade da autoridade policial elaborar o processo sumário, na polícia só temos o procedimento inquisitorial. Porém, a autoridade pública até pode aceitar requerimentos do advogado, mas seria um plus, que vai servir de argumento para ela esclarecer os fatos, mas não é obrigada a aceitar.

A autoridade pública é obrigada a apurar os fatos, as circunstâncias, e encaminhar este processo a quem for de direito – no Brasil é o Ministério Público, no caso de crime. O Ministério Público formaliza, então, a denúncia;

uma vez formulada a denúncia e aceita pelo juiz, teremos, portanto, o início do processo. O juiz marca o interrogatório do réu, dando direito ao contraditório, ou seja, a capacidade de o réu ir a juízo e formalizar a sua defesa . Se o juiz não receber a denúncia, nós não teremos o processo.

Mas, e a ampla defesa? Falamos tanto do contraditório que já tínhamos quase esquecido dela.

Ampla defesa é a possibilidade de dar, ao acusado, o exercício de todas as prerrogativas constantes na lei. Se a lei diz que 100

nós temos direito a comprovar nossa inocência por todos os meios permitidos por ela (prova testemunhal, prova pericial, prova documental...) o juiz não poderá negar tal norma. O juiz, no máximo, pode até entender que aquela prova pedida é uma prova meramente protelatória, mas não pode negar que ela seja produzida. Claro que, hoje em dia, existem provas mais significativas que outras, como o exame de DNA para a investigação de paternidade ao invés de simples prova testemunhal.

“São inadmissíveis, no processo, as provas

obtidas por meios ilícitos”, enuncia o inciso LVI. Vemos, portanto, que essas provas não têm validade no processo. Mas qual é o alcance dos “meios ilícitos”?

O advogado da parte contrária, o promotor, ambos é que vão poder argüir que a prova é ilícita e, se todos silenciarem a respeito, a afirmação pode passar. Uma parte vai dizer que é lícita, outra que é ilícita – na realidade o alcance de “meios ilícitos” depende da interpretação ao caso concreto.

O inciso LVII traz o princípio da presunção de inocência, que tem fundamento na máxima de que ninguém será considerado culpado até que se prove o contrário. A sentença com trânsito em julgado é aquela na qual não cabe nenhum tipo de recurso, seja porque foi perdido o prazo para recorrer, seja porque o processo andou por todas as instâncias que poderia tramitar e esgotou as possibilidades.

101

Em contrapartida, o inciso LVIII vem livrar o cidadão de um constrangimento

desnecessário. Se o cidadão apresentar a carteira de identidade autêntica, com a devida identificação datiloscópica, não há razão de ser identificado na delegacia ou em outro estabelecimento através da marca dos dedos em fichas após passada a tinta – é o chamado “lambuzar os dedos”. Se o delegado ou diversa autoridade competente insistir estando o cidadão devidamente identificado caberá uma representação por abuso de poder e uma ação de indenização por dano moral.

Quando recebem o inquérito policial, o promotor tem 15 dias para oferecer denúncia, se o réu estiver solto e 5 dias se o réu estiver preso. Isso é importante destacar, pois no inciso LIX é dito que será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal. Mas, como saber se o crime previsto no Código Penal é de ação pública ou não? Ora, o próprio código vai nos dizer se é ação privada, pois tal tipo de ação vem expressa. Os de ação pública não estão expressos, logo, quer dizer que os crimes de ação privada são exceções.

Passando o prazo e o promotor não oferecendo denúncia, nada impede de a família da vítima pedir para o advogado oferecer a denúncia; por isso substitutiva da ação pública, quando é o particular que oferece uma ação penal privada, muito embora o crime seja de ação pública. Contudo, é difícil de ocorrer.

102

A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem, conforme dispõe o inciso LX. Em tal inciso também ainda não há uma lei dizendo que tipos de processo vão proibir a entrada de pessoas estranhas à lide. Atualmente, o Código de Processo Civil proíbe naquelas ações de processos que dizem respeito à família (direito de menores, direitos indisponíveis, nome, divórcio, separação,

...), a não ser que os advogados das partes permitam.

O inciso LXI vem nos dizer que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada do magistrado, com exceção nas situações de transgressão militar ou crime propriamente militar, definido em lei.

Portanto, tirando os crimes militares em que o comandante pode decretar a

prisão, na maioria das ocorrências apenas em flagrante delito (que compreende não somente o momento do fato, mas logo após este com o devido resguardo das armas ou instrumentos utilizados no crime pelo agente ou, ademais, em perseguição) ou com ordem da autoridade judiciária. Não existe mais, como antigamente, a prisão para averiguação.

Havendo a prisão, a prisão em si e o local onde se encontra o indivíduo serão comunicados à família deste e ao juiz competente, como podemos ler no inciso LXII.

Por que motivo o legislador colocou a frase “juiz competente”? Para poder ser verificada se a prisão é legal ou não.

103

O juiz vai examinar o motivo da prisão realizada pela autoridade policial que comunicará o flagrante ou a ordem judicial. Se a prisão for legal o juiz mantém a prisão; se for ilegal ele relaxa a prisão (por ofício), sem a necessidade de pedido. Portanto, eis o motivo da comunicação ao juiz. Já a comunicação aos familiares é para, logicamente, estes saberem do ato e da prisão, a fim de que possam tomar as medidas necessárias.

Quando é produzida a prisão, o preso será informado de seus direitos, entre os quais está o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado, com base na garantia do inciso LXIII.

O preso não é obrigado, mesmo que pego em

flagrante, a confessar ou dizer qualquer coisa perante a autoridade policial e nem perante a autoridade judiciária. O preso poderá simplesmente dizer que não quer falar ou que não tem interesse em falar sobre o fato. A Constituição Federal lhe assegura o direito de permanecer calado e a assistência da família e de advogado é para, evidentemente, acompanhar as ações na polícia, assim como a licitude na prisão.

Continuação do inciso LXIII, e que poderia ter sido consubstanciado no mesmo, o inciso LXIV vem dizer que o preso tem direito de saber por quem está sendo responsável por sua prisão ou pelo seu interrogatório policial. Então, aquele que prendeu e aquele que interrogou o cidadão tem que se identificar e ser 104

identificado, até porque, no caso de maus tratos – que não são incomuns – se possa caracterizar os responsáveis.

Outro tópico que poderia ser da mesma forma inserido no inciso LXIII é o que lemos no inciso LXV e que já foi devidamente comentado linhas acima quanto ao inciso LXII: “A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”.

Existem certos tipos de delitos que são afiançáveis, outros são inafiançáveis e outros não dependem de fiança para que o cidadão se livre. Portanto, naqueles delitos que cabe fiança, a autoridade policial, ao lavrar o flagrante delito, é obrigada a arbitrar fiança, e sendo paga esta o indivíduo não será mantido na prisão como podemos desprender do inciso LXVI.

Há fatores, contudo, que impedem o delegado de arbitrar fiança. Por exemplo, se o preso disser que não tem dinheiro e invoca a assistência judiciária do Estado, o delegado se abstém de fixar a fiança, encaminhando para o Judiciário o caso, onde o juiz, normalmente, libera o indivíduo sem pagamento de fiança. Mas, ao invés de encaminhar ao Judiciário, poderia o delegado soltar o preso sem fiança?

Em tese isso é possível. Fica a critério do delegado, só que a maioria da classe não o faz. Se o cidadão não tem condições, deve-se verificar na Constituição o princípio da igualdade entre as partes. O que para uma pessoa pobre é muito, para uma pessoa rica é 105

quase nada, por isso o último sempre alcançará a liberdade. Assim, há noção em manter alguém preso por dez Reais? Tal princípio chega ao delegado consciente, que vai liberar e dizer o porquê da liberação.

Não tem um real fundamento o delegado transferir para o juiz, levando o cidadão para a cadeia até que o magistrado constate o desprovimento de recursos.

“Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento

voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel", ratifica o inciso LXVII.

O inadimplemento é inescusável quando o cidadão não pagou efetivamente porque não quis pagar (encontra-se, aí, a vontade) não restando qualquer dúvida de sua ação. Agora, se demonstra que não tem condições de efetuar o pagamento poderá ser preso por isso? Em princípio sim. No entanto, compete ao advogado pedir redução da pensão e, ademais, os juízes relutam muito em prender alguém somente por inadimplemento de ínfima monta.

Porém, onde há possibilidade de existir bens a serem penhorados, dificilmente o juiz vai decretar prisão ao cidadão que não pagou a pensão, já que este possui patrimônio considerável, que possa ser levado a leilão ou à venda.

No que atinge o depositário infiel, sabemos que é aquele que fica com um bem em depósito por deferimento da lei ou 106

do Judiciário. O indivíduo deve garantir e preservar a guarda do bem.

Se ele se desfizer do bem será, pois, preso civilmente.

Diz o inciso LXVIII que conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou achar-se ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Habeas corpus é, em tradução, a liberdade do corpo, é corpo livre. A natureza jurídica do habeas corpus é, em verdade, uma ação constitucional criminal, ou seja, é voltada contra o abuso de poder, como vimos nas anotações ao inciso XV. Nelas, frisamos também que não só o abuso é passível de habeas corpus, mas a ameaça ou a coação são motivos para que seja impetrado o dito. Notem bem que estamos usando a terminologia "impetrado", que é a terminologia adequada para o corpo livre. Se colocarem

"ajuizado" não está errado, mas o termo usual e mais correto é

"impetrado".

O habeas corpus pode ser conhecido como

mandamus. É um verdadeiro mando à autoridade responsável pela prática coerciva ou violenta sofrida ou presumida de ocorrer que pode ser exercida por qualquer pessoa acometida da ação, mesmo sendo criança ou pessoa que, sabidamente, tenha problemas mentais.

O habeas corpus não requer qualquer tipo de formalidades para ser impetrado, tanto sendo oral como quando sendo por escrito. Na Inglaterra ele é conhecido como ação popular 107

por excelência, já que seu caráter democrático diz tudo, onde não é necessário advogado, muito menos regime para ser seguido. O juiz tem a obrigação de ver se o que está chegando ao seu conhecimento é verdade ou não, sob pena de ser processado pela inércia. Nisso, vê-se a importância da responsabilidade do juiz quanto à liberdade do corpo.

Do inciso LXIX são retiradas as características do mandado de segurança onde lemos que o mesmo só poderá ser concedido para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data e quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

O mandado de segurança é outro remédio

constitucional, voltado, basicamente, para a área cível. Mas, isso não quer dizer que ele não trata da ilegalidade; aliás, se lemos bem o inciso LXIX é claramente visível a ilegalidade que o mandado de segurança quer atingir: a do abuso de poder por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Então, o mandado de segurança protege uma ilegalidade diferente da ilegalidade do habeas corpus, que está mais direcionada ao âmbito penal.

O mandado de segurança não é impetrado contra a repartição representante do Poder Público, mas sim contra o agente político. Por exemplo, se o prefeito cometeu uma ilegalidade não 108

poderá o mandado de segurança ser contra a prefeitura, mas sim contra o prefeito.

Todavia, o que vem a ser um direito líquido e certo? É

aquele direito que tem de vir demonstrado, ou seja, é aquele direito que não comporta discussão jurídica. Deverá o direito vir demonstrado na petição inicial – o mandado de segurança só é aceito se a prova for demonstrada, não adianta, nem é possível, requisitar provas ao juiz (se pedirmos para reunir provas, o direito já não será líquido e certo, ele vai ser um direito discutível). O prazo para a impetração do mandado de segurança é de 120 dias a partir do acontecimento que gerou sua pretensão. Tal prazo é decadencial, isto é, sem probabilidade de nova impetração após seu prazo inicial. Cabe colocar que o prazo é decadencial quanto à ação de mandado de segurança, mas não contra o direito do autor, que pode se valer de outros tipos de ação (declaratória, ordinária, ...).

No mandado de segurança, somente o advogado com capacidade postulatória, com a devida carteira da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) e com a devida procuração, pode impetrar a ação. O mandado de segurança é impetrado em nome do cliente e não em nome de terceiro, como pode acontecer no habeas corpus.

No que tange ao mandado de segurança coletivo, o inciso LXX nos revela que ele pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em 109

funcionamento há pelo menos um ano, em defesa de seus membros ou associados.

O mandado de segurança coletivo segue todas as regras do mandado de segurança, apenas seguindo as orientações dos incisos “a” e “b”. Trata-se de uma construção pátria, que foi arquitetada doutrinária e jurisprudencialmente. Os tribunais chegaram à conclusão de que era um absurdo milhares de ações de mandado de segurança para apreciar o mesmo fato ou beneficiar a mesma entidade, onde se poderia ajuizar um único mandado para apreciar o fato direcionado a todos.

O inciso LXXII explica que somente se concede habeas data para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter e para a

retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

O habeas data é mais uma ação de natureza civil constitucional. O objeto dela é civil e não penal; a natureza, no entanto, é essencialmente constitucional. A Lei 9.507 de 12 de novembro de 1997, disciplina e regulamenta como deve o cidadão proceder e em que circunstâncias cabe o habeas data. Porém, antes do ajuizamento dele, terá de haver o pedido administrativo. Há a necessidade de um requerimento à autoridade para que esta informe ou faça a retificação que for necessária. O requerimento é feito em 110

duas vias, mais a informação e demonstrativo do que se está desejando e, num prazo de no máximo 48 horas, obtêm-se a resposta no dia e hora estipulados pela autoridade. Se a resposta não for dada, a partir daí pode-se ajuizar o habeas data a fim de obter as informações das alíneas “a” e “b”.

O habeas data vive apenas nos tribunais, não é como o mandado de segurança. Para se ajuizar ele o cidadão tem de, primeiro, e como vimos, requerer a informação à autoridade. O

habeas data será indeferido se não houver prova do requerimento feito às autoridades em questão – o pedido administrativo inicial é imprescindível –; fato que já é comum na decisão dos tribunais.

“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” reza o inciso LXXIII.

A Lei 4.717 de 29 de junho de 1965 regula a ação popular, tanto em sua forma como em suas situações práticas.

Mas, qual é a extensão da palavra “cidadão” nesse inciso? A extensão é plena, o que quer dizer que até o menor de 18

anos poderá propô-la, desde que tenha representação ou assistência, dependendo

se menor púbere ou impúbere. Contudo, a extensão é 111

plena, mas padece de alguns limites previstos infraconstitucionalmente. Como veremos detalhadamente adiante, cidadão pode ser definido como o indivíduo detentor dos direitos políticos. E o indivíduo deve ser detentor dos direitos políticos para propor a ação popular, já que este é o instrumento à disposição do cidadão para fiscalizar, de um modo geral, a administração pública.

Portanto, não seria concebível que alguém que não fosse detentor dos direitos políticos fiscalizasse aquele que é detentor dos direitos políticos. O ideal, contudo, era de que a liberdade ao cidadão fosse plena para requerer em juízo, sem precisar da assistência do advogado, contratado para o encargo. Aí sim nós estaríamos diante de um instrumento completo de cidadania, tal como o habeas corpus.

Em resumo: A pessoa tem de ter direitos políticos, mas, no fim das contas, contrata um advogado para entrar com a ação popular.

A ação popular uma vez ajuizada não pode mais ser retirada. Se a parte que ajuizou a ação popular desistir, prosseguirá o Ministério Público como titular. Somente no caso de má-fé absoluta (alguém que ajuizar uma ação popular e ficar demonstrado que o cidadão o fez de maneira leviana) o responsável vai pagar as custas judiciais, mais a sucumbência. Se provado o contrário, a ação popular continuará sendo gratuita.

No inciso LXXIV, aprendemos que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

112

A grande maioria dos Estados devem ter as chamadas Defensorias Públicas. Nas comarcas onde não há defensor público, o juiz nomeia advogados dativos. A incumbência de prestar a assistência integral e gratuita, no entanto, é do Estado, não do advogado; o que quer dizer que o bacharel pode cobrar os honorários do Ente Federativo.

O que vem expresso no inciso LXXV já era pacífico pela jurisprudência antes mesmo de constar na Constituição de 1988.

Porém, agora ficou clara a possibilidade de indenização por erro judiciário ou por excesso de prisão ou até por prisão ilegal.

No inciso LXXVI lemos que são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei, o registro civil de nascimento e a certidão de óbito.

Aqui novamente as palavras “reconhecidamente pobres”, como outras dentro dos incisos do art. 5.º, causam dúvida.

Que tipos de pessoas são “reconhecidamente pobres”? Aqui, felizmente, o legislador se antecipou em colocar, em seguida, que “na forma da lei” enquadraremos os reconhecidamente ou não reconhecidamente pobres. Lei essa que não precisa ser, necessariamente federal, mas estadual, já que cada Estado possui níveis de qualidade de vida diferentes.

O inciso LXXVII apenas reforça o que falamos acima sobre a gratuidade do habeas corpus e do habeas data.

O § 1.º desse inciso diz que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, o que não é bem verdade. Alguns incisos do artigo em análise dependem, como vimos, de complementação para serem aplicados, ao menos na íntegra.

No § 2.º viemos a saber que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

E o que o constituinte quer dizer com esse parágrafo?

Quer dizer que todos os incisos do art. 5.º são exemplificativos, não exaustivos. Há a possibilidade de extrair, por exemplo, do preâmbulo da Constituição estes outros direitos e garantias que não vêm expressos, isso porque o preâmbulo da Carta Magna é formado de princípios. Qualquer instrumento que venha ferir os princípios estabelecidos no preâmbulo podem ser atacado pelo art. 5.º e seus incisos. A proteção de um é amparada pelo outro. Se pensarmos usando o mínimo de luz, podemos dizer que não existe, dentro da Constituição brasileira, direito desprotegido, seja qual for o fato estabelecido.

114

8. Nacionalidade

8.1. Povo e população

Antes de entrarmos numa conceituação própria à nacionalidade, faz-se imprescindível sabermos o que diferencia os termos povo e população.

Bem, povo é compreendido como todos aqueles indivíduos reunidos em território definido (país) que nasceram ou optaram pela permanência neste. O povo está unido ao Estado pelo vínculo jurídico da nacionalidade.

População é o conjunto de habitantes de um território, de um país, de uma região, de uma cidade. Esse conceito é mais extenso que o anterior – povo –, pois engloba os nacionais e os estrangeiros, desde que habitantes de um mesmo território sem a necessidade de efetivo domicílio neste.

8.2. Conceito de nacionalidade

115

Nacionalidade

é o vínculo jurídico-político

estabelecido entre o indivíduo e um Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-o ao cumprimento de deveres impostos. Por encontrarmos todos os princípios básicos e fundamentais da nacionalidade na Constituição, podemos, portanto, dizer que sua natureza política é iminentemente constitucional.

8.3. Nacionalidade primária e nacionalidade secundária

A nacionalidade, enquanto gênero, divide-se em primária e secundária.

Nacionalidade primária, originária ou de origem, é aquela que o indivíduo

adquire por força do nascimento. Portanto, o vínculo jurídico estabelecido emana de uma atribuição unilateral do Estado, fazendo com que o indivíduo adquira a qualidade de nacional junto àquele, independentemente de sua vontade. Diz respeito ao brasileiro nato (art. 12, I, “a”, “b” e “c”).

Nacionalidade secundária, adquirida ou por opção, diferentemente, é aquela que provém de uma manifestação híbrida, ou seja, de um lado, o indivíduo apátrida ou estrangeiro, que solicita ou opta por essa nova nacionalidade e, de outro, o Estado, que concorda com essa escolha, formalizando a naturalização.

116

Destaca-se, nessa linha de pensamento, as seguintes palavras de Francisco Xavier da Silva Guimarães em sua obra Nacionalidade – aquisição, perda e reaquisição: “A nacionalidade, como vínculo jurídico-político que une o indivíduo ao Estado, resulta de emanação de soberania, sendo originariamente atribuída e, secundariamente, a teor da competente legislação”. Diz respeito ao brasileiro naturalizado (art. 12, II, “a” e “b”).

A Constituição da República, por regra geral, adotou o critério da territorialidade, estabelecendo que em princípio são brasileiros aqueles que houverem nascido em território brasileiro. O

território, segundo Hidelbrando Accioly, em Manual de Direito Internacional, é “constituído pela porção da superfície do globo terráqueo sobre o qual o Estado exerce habitualmente uma denominação exclusiva, isto é, os direitos de soberania. Essa porção abrange a superfície do solo (terras e águas), o subsolo e a coluna de ar sobre a dita superfície”.

A regra geral, porém, sofreu exceções, temperamentos que tomaram como parâmetro o critério do jus sanguinis.

Vejamos:

a) os filhos de pais brasileiros, quando estes – ambos ou apenas um

– estiverem a serviço do Brasil (art.12, I, “b”). Aqui verifica-se dois requisitos: o jus sanguinis mais o direito funcional. “O

117

termo constitucional ‘serviço’ abrange não só funções diplomáticas e consulares, como, também, missões oficiais, serviço público em geral, sejam de natureza federal, estadual e municipal” afirma, novamente Francisco Xavier da Silva Guimarães no mesmo volume acima referendado; b) o filho de brasileiro que, vindo a residir no Brasil, optar, a qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira (art. 12, I, “c”). Os requisitos verificados, nesse caso, são três: jus sanguinis, a residência mais a opção do, então, estrangeiro.

Como vimos, a nacionalidade secundária é a adquirida, isto é, aquela resultante de um processo de naturalização. Para que ela se aperfeiçoe é necessária a concorrência de dois fatores: a vontade do naturalizado e a aquiescência do Estado.

8.4. Naturalização ordinária e naturalização extraordinária O art. 12 de nossa Carta Política considera brasileiros naturalizados aqueles que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos provenientes de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral através de um requerimento (tal naturalização recebe o nome de ordinária).

Aqui a de se questionar: Uma vez preenchidas estas exigências, a autoridade pública brasileira pode indeferir o pedido?

118

Há duas correntes. A 1.ª diz que pode indeferir, porque é um ato discricionário do Estado brasileiro; a 2.ª, que é a corrente dominante, diz que não pode indeferir o pedido, porque é um direito subjetivo de quem preencheu os requisitos pela Constituição Federal. Se a autoridade indeferir, cabe mandado de segurança, porque o requerente vai dizer que preencheu os quesitos e, por isso, tem direito líquido e certo.

Igualmente, são brasileiros naturalizados os originários de outros países residentes no Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação criminal que requeiram a nacionalidade brasileira, assim como os portugueses com residência permanente no país, desde que haja reciprocidade (naturalização que recebe a nomenclatura de extraordinária ou quinzenária).

A condenação penal no Brasil tem que ser com trânsito em julgado. Não diz a espécie de delito. Alguns doutrinadores constitucionais acreditam que delitos culposos, como o acidente de trânsito, não seriam um motivo para indeferir o pedido. Agora, já numa condenação por tráfico de entorpecentes, evidentemente que sim, até porque já há, inclusive, uma referência nos Direitos e Garantias Individuais (inciso LI do art. 5.º).

Assim, pode-se produzir o seguinte quadro sinóptico: residência;

um ano interrupto com

residência no país não

importando viagens por

curto ou longo tempo

para fora do mesmo;

idoneidade moral;

requerimento.

residência;

quinze anos ininterruptos

com residência no país

não importando viagens

por curto ou longo tempo

para fora do mesmo;

sem condenação criminal;

requerimento.

No ordenamento jurídico brasileiro, só a Constituição da República pode estabelecer distinções de tratamento entre o brasileiro nato e o naturalizado. É o que preconiza o § 2.º do art. 12.

O § 3.º do art. 12 prescreve do inciso I ao inciso VII os cargos privativos de brasileiro nato. Tais cargos são taxativos, não exemplificativos, pois restringem a atividade do cidadão. Todavia, houve pecado do legislador em deslocar ao art. 89, em seu inciso VII, um dos cargos que dizem respeito ao brasileiro nato. Entende-se que dito inciso dentro do art. 89 nada mais seria do que uma continuação do § 3.º do art. 12, ou seja, pode-se dizer que seria o inciso VIII deste.

Ao ler a norma, correto é perguntar: Há contradição entre este parágrafo e o art. 5.º, caput (“Todos são iguais perante a lei. .”), da Constituição?

O princípio da hermenêutica diz o seguinte: as exceções deverão vir expressas. E tal norma é uma exceção. Se não houvesse esta exceção, nós não poderíamos fazê-la, inclusive porque não podemos fazer aquilo que o legislador não quis permitir.

Aparentemente há um conflito de normas, mas na realidade há uma consonância, visto ser uma exceção. Nós não poderíamos entregar o cargo de Presidente da República para um estrangeiro que se naturalizou. Então, a condição jurídica do brasileiro nato é adequada exatamente àqueles cargos onde só o brasileiro nato pode assumir, não diz respeito aos estrangeiros.

8.5. Perda e reaquisição da nacionalidade Por fim, a Constituição regula os casos de perda da nacionalidade brasileira, que pode ter dois fundamentos: o cancelamento judicial da naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional – que é apenas para o caso do brasileiro naturalizado onde, por exemplo, tenha o indivíduo participado de tráfico internacional de drogas; tenha ferido o estado democrático; quis fazer uma revolução, etc – e a aquisição de outra nacionalidade, que vale tanto para o brasileiro nato como para o naturalizado (§ 4.º, I e II do art. 12).

A primeira hipótese de perda de nacionalidade é também conhecida como perda-punição, e a segunda hipótese de perda-mudança.

Pergunta-se: É possível readquirir a nacionalidade perdida?

Naturalmente, se houver a perda, haverá a

possibilidade de reaquisição da nacionalidade.

A medida cabível, no caso do art. 12, § 4.º, I, é a ação rescisória. Se houve erro ou fraude no processo, cabe referida ação para rescindir a sentença. Ela pode ser por erro de forma (ampla defesa, devido processo legal, impossibilidade do contraditório, ...) ou por fatos novos (forjar provas testemunhais, provas documentais, ...) sendo, daí, erro material.

No caso do brasileiro nato ou naturalizado, que perde esta condição, em virtude do art. 12, § 4.º, II, da Constituição Federal, ele poderá readquiri-la, por meio dos procedimentos previstos de naturalização. Mesmo nas hipóteses dos brasileiros natos que se vêem privados da nacionalidade originária, tornando-se, pois, estrangeiros, somente poderá haver a reaquisição sob forma derivada, mediante processo de naturalização, tornando-se brasileiro naturalizado.

Com relação à segunda hipótese, a Constituição traça duas exceções. A primeira respeitante à atribuição de nacionalidade originária pela lei de outro país (alínea "a", II do art. 12). É uma decorrência do princípio da atribuição estatal da nacionalidade.

Cuidando-se de atribuição unilateral de um Estado, o indivíduo não faz opção, mas se vê apanhado por uma situação jurídica – que lhe confere a qualidade de nacional de outro Estado –, não podendo, assim, ser prejudicado por fato alheio a sua vontade. Por exemplo: é o caso da Itália que reconhece aos descendentes de seus nacionais a cidadania italiana. Os brasileiros descendentes de italianos que adquirem aquela nacionalidade, por meio de simples processo administrativo, não perderão a nacionalidade originária italiana, em virtude do vínculo sangüíneo. Ostentarão, nisso, dupla nacionalidade.

A segunda refere-se à imposição de naturalização pela lei estrangeira, como

condição de permanência no respectivo território ou para o exercício de direitos civis (alínea “b”, II do art.

12). Trata-se, em exemplo, da visualização em que uma brasileira adquiriu, por naturalização, a nacionalidade norte-americana, tendo sido instaurada contra a mesma processo de perda da nacionalidade brasileira pelo Consulado Geral do Brasil em New York. Ocorre que a brasileira trabalhava nos Estados Unidos desde o ano de 1975, tendo concluído curso de mestrado jurídico naquele país, além de ter contraído casamento com nacional americano, e necessitou adquirir a nacionalidade americana para seguir a carreira de promotora assistente da Promotoria de Justiça Federal dos Estados Unidos. Além disso, sua condição de estrangeira inviabilizaria eventual herança deixada por seu marido norte-americano, em face de excessiva tributação.

Entende-se que a norma constitucional procura, segundo o despacho 123

do ex-Ministro da Justiça Nelson Jobim, “preservar a nacionalidade brasileira daquele que, por motivos de trabalho, acesso aos serviços públicos, fixação de residência etc., praticamente se vê obrigado a adquirir a nacionalidade estrangeira, mas que, na realidade, jamais teve a intenção ou a vontade de abdicar de cidadania originária”, concluindo que “a perda só deve ocorrer nos casos em que a vontade do indivíduo é de, efetivamente, mudar de nacionalidade, expressamente demonstrada”.

9. Direitos políticos

9.1. Conceituação de direitos políticos e direito político Começamos a tratar de direitos políticos perguntando se esses direitos tem alguma diferença de direito político.

Bom, direito político não é apenas a forma singular da frase direitos políticos, pois refere-se à ciência jurídica, ou ramo do Direito, do qual o Direito Constitucional, o Direito Administrativo, a Teoria Geral do Estado e a Ciência Política fazem parte.

124

Os direitos políticos, ou de cidadania, resumem o conjunto de direitos que

regulam a forma de intervenção popular no governo. Em outras palavras, são aqueles formados pelo conjunto de preceitos constitucionais que proporcionam ao cidadão sua participação na vida pública do país, realizando, em última análise, o disposto no parágrafo único do art. 1.º da Constituição Federal, que prescreve que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Desse modo, os direitos políticos compreendem os institutos constitucionais relativos ao direito de sufrágio, aos sistemas eleitorais, às hipóteses de perda e suspensão dos direitos políticos e às regras de inelegibilidade.

Em arremate: Só podem ser considerados cidadãos os que detiverem os direitos políticos e os gozando totalmente.

Dedicamos o ponto seguinte à melhor explicação.

9.2. Distinção entre nacional e cidadão

O nacional não deve ser confundido com o cidadão. A condição de nacional é um pressuposto para a de cidadão. Em outras palavras, todo cidadão é um nacional, mas o inverso não é verdadeiro: nem todo nacional é cidadão. O que confere esta última qualificação é o gozo dos direitos políticos. Cidadão, pois, é todo o nacional na 125

fruição dos seus direitos cívicos. Se por qualquer motivo não os tenha ainda adquirido (por exemplo, em razão da idade) ou já os tendo um dia possuído veio a perdê-los, o nacional não é cidadão, na acepção técnico-jurídica do termo.

9.3. Direito de sufrágio

O direito de sufrágio não é mero direito individual, pois seu conteúdo, que indica o cidadão a participar da vida política do Estado, transforma-o em um verdadeiro instrumento do regime democrático, que, por princípio, só pode realizar-se pela manifestação dos cidadãos na vida do Estado. Bem por isso, o sufrágio constitui simultaneamente um direito e um dever.

Reforçando o caráter de dever, o sufrágio, no nosso regime constitucional, é obrigatório para os maiores de dezoito anos, sendo facultativo só para os analfabetos, para os maiores de setenta e para os maiores de dezesseis e menores

de dezoito anos (§ 1.º, I e II,

“a”, “b” e “c” do art. 14).

O sufrágio, contudo, por sua terminologia é vítima de uma confusão com a palavra “voto”.

José Afonso da Silva, em Curso de direito

constitucional positivo, bem anota que as palavras “sufrágio” e

“voto” são empregadas costumeiramente como sinônimas, embora a confusão não tenha razão de ser. É que sufrágio é diferente de voto, 126

que, de sua vez, é diferente de outra palavra, escrutínio. Contudo, os três se inserem no processo de participação do povo no governo.

Sufrágio (do latim sufragium , que quer dizer aprovação, apoio) é o direito público subjetivo democrático de natureza política que tem o cidadão de eleger, ser eleito e de participar da organização e da atividade do poder estatal.

Voto é o ato pelo qual se exercita o direito subjetivo.

Pode-se dizer: sufrágio é o direito, voto é a exteriorização desse direito. O voto tem natureza política e jurídica. Política porque dá ao cidadão possibilidade de influenciar no poder e jurídica porque exerce um direito.

Escrutínio é a forma de exercício do voto – envolve, assim, todas as operações eleitorais concretas destinadas a recolher e apurar os sufrágios. Compreende as operações de votação (depósito e recolhimento dos votos nas urnas) e as operações de apuração dos votos (abertura das urnas, conferência dos votos em face do número deles em referência a cada candidato).

Questão de fundamental relevância diz respeito à titularidade do direito de votar – sufrágio ativo. Nesse sentido, dentro das condições apontadas pelas linhas atrás, a titularidade do direito de votar formaliza-se pelo alistamento eleitoral, que, assim como o voto, é obrigatório aos maiores de dezoito e facultativo aos maiores de dezesseis e menores de dezoito, aos analfabetos e aos maiores de setenta anos.

127

O voto, que será exercido de forma direta, apresenta diversas características constitucionais, quais sejam: personalidade, obrigatoriedade, liberdade, sigilosidade, igualdade e periodicidade.

Personalidade: o voto só pode ser exercido pessoalmente. Não há possibilidade de se outorgar procuração para votar. A identidade do eleitor é verificada pela exibição do título de eleitor.

A personalidade é essencial para se verificar a sinceridade e autenticidade do voto.

Obrigatoriedade formal do comparecimento: em regra, existe a obrigatoriedade do voto, salvo aos maiores de setenta e aos menores de dezoito e maiores de dezesseis. Consiste em obrigar o cidadão ao comparecimento às eleições, assinando uma folha de presença e depositando seu voto na urna, havendo inclusive uma sanção (multa) para sua ausência. Em virtude, porém, de sua característica de secreto, não se pode exigir que o cidadão, efetivamente, vote.

Liberdade: manifesta-se não apenas pela preferência a um candidato entre os que se apresentam, mas também pela faculdade até mesmo de depositar uma cédula em branco na urna ou anular o voto. Essa liberdade deve ser garantida, e, por esta razão, a obrigatoriedade já analisada não pode significar senão o comparecimento do eleitor, o depósito da cédula na urna e a assinatura da folha individual de votação.

128

Sigilosidade: o Código Eleitoral exige cabine indevassável, para garantir o sigilo do voto. O segredo do voto consiste em que não deve ser revelado nem por seu autor nem por terceiro fraudulentamente.

O sigilo do voto deverá ser garantido mediante algumas providências legais, tais como: uso de cédulas oficiais, que impossibilitam o reconhecimento do eleitor; isolamento do eleitor em cabine indevassável, para assinalar, em segredo, o candidato de sua preferência; verificação da autenticidade da cédula oficial à vista das rubricas dos mesários; emprego de urna que assegure a inviolabilidade

do sufrágio e seja suficientemente ampla para que não se acumulem as cédulas na ordem em que forem introduzidas pelo próprio eleitor, não se admitindo que outro o faça.

Ressalte-se, ainda, que na hipótese de votação por meio de urnas eletrônicas, sempre haverá a necessidade de garantir-se, por meio de correto programa computadorizado, não só o total sigilo do voto como também a possibilidade do eleitor optar pelo voto em branco ou pelo voto nulo, a fim de resguardar-se a liberdade de escolha.

Periodicidade: o art. 60, § 4.º, II da Constituição é garantia da temporariedade dos mandatos, uma vez que a democracia representativa prevê e exige existência de mandatos com prazo determinado.

Igualdade: todos os cidadãos têm o mesmo valor no processo eleitoral, independentemente de sexo, cor, credo, idade, posição intelectual, social ou situação econômica.

O direito de ser votado, ou o sufrágio passivo, traduz o direito que o cidadão tem de, satisfeitas as condições necessárias e livre dos impedimentos constitucionais, apresentar-se como candidato a um cargo eletivo.

9.4. Considerações ao art. 14

“A soberania popular será exercida pelo

sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, .. ”. Analisando o art.

14 da Constituição Federal, podemos fazer as seguintes considerações:

– Com dezesseis anos e um dia temos o direito ao sufrágio, que é universal porque é deferido a todos que completarem a idade prevista em lei (brasileiros natos e naturalizados). José Afonso da Silva complementa a idéia, dizendo que “considera-se, pois, universal o sufrágio quando se outorga o direito de votar a todos os nacionais de um país, sem restrições derivadas de condições de nascimento, de fortuna e capacidade especial” e que, para uma pessoa ser

eleitora, fica sujeita a um duplo condicionamento, sem desrespeito à universalidade 130

do sufrágio: a) um de fundo porque precisa preencher os requisitos de nacionalidade, idade e capacidade; b) outro de forma, porque precisa alistar-se eleitora ;

– O analfabeto não é obrigado a se alistar (tem a faculdade de escolher, a qualquer tempo), mas uma vez alistado é obrigado a comparecer na seção eleitoral no dia da eleição para votar ou não – para votar pode ser analfabeto, para ser votado, não;

– O valor igual para todos equivale a dizer que o sufrágio, mais precisamente em sua exteriorização, o voto, não distingue socialmente ninguém – o momento de pôr o voto na urna ou apertar o botão coloca todos num mesmo patamar –, é quando todos são absolutamente iguais pois o voto tem o mesmo peso, a mesma valia, independendo, também, das qualidades pessoais daquele que está votando (característica constitucional da igualdade);

– "Voto direto": os eleitores elegerão, no exercício do direito de sufrágio, através do voto (instrumento), por si, sem intermediários, seus representantes e governantes. Discorda, no entanto, Alexandre de Moraes de José Afonso da Silva, por este afirmar que essa é uma regra sem exceções, pois segundo aquele a própria Constituição Federal prevê, excepcionalmente, no art. 81, §

2.º, uma espécie de eleição indireta para o cargo de Presidente da República. Assim, vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, nos últimos dois anos do período presidencial, far-se-á 131

nova eleição para ambos os cargos, em trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei.

9.5. Democracia semidireta

Logo ao iniciar o capítulo dos direitos políticos o constituinte consagrou mecanismos de democracia semidireta. O que significa isto exatamente?

A democracia grega, que se realizava através da participação dos cidadãos diretamente nos negócios do Estado, hoje é óbvia e praticamente impossível em

virtude do número enorme de pessoas, bem como pelo próprio tamanho do Estado Moderno.

Realizar reuniões onde todos pudessem participar seria o caos. Por estas e outras razões, o sistema adotado a partir do século XVIII foi o representativo, onde os cidadãos se fazem presentes indiretamente na elaboração das normas e na administração da coisa pública através de delegados eleitos para esta função.

Os instrumentos de democracia semidireta, portanto, são a tentativa de dar mais materialidade ao sistema indireto. É tentar reaproximar o cidadão da decisão política, sem intermediário. Para isto o constituinte escolheu os seguintes instrumentos: referendo, plebiscito e iniciativa popular.

Referendo se caracteriza no fato de que projetos de lei aprovados pelo legislativo devam ser submetidos à vontade popular, 132

atendidas certas exigências, tais como pedido de certo número de eleitores, de certo número de parlamentares ou do próprio chefe do executivo, de sorte que o projeto se terá por aprovado apenas se receber votação favorável do corpo eleitoral, do contrário, reputar-se-

á rejeitado. O referendo trata de medida jurídica de votação congressual.

O referendo, da mesma forma, pode ser conceituado em uma consulta posterior sobre determinado ato governamental para ratificá-lo, ou no sentido de conceder-lhe eficácia (condição suspensiva), ou, ainda, para retirar-lhe a eficácia (condição resolutiva).

Plebiscito também é uma consulta popular, semelhante ao referendo; difere deste no fato de que visa a decidir previamente uma questão política ou institucional, antes de sua formulação legislativa, ao passo que o referendo versa sobre aprovação de textos de projeto de lei ou de emenda constitucional, já aprovados; o referendo ratifica ou rejeita o projeto aprovado; o plebiscito autoriza a formulação da medida requerida.

Plebiscito conceitua-se, também, como a consulta prévia que se faz aos cidadãos no gozo de seus direitos políticos, sobre determinada matéria a ser, posteriormente, discutida pelo Congresso Nacional.

Iniciativa popular é o direito de uma parcela da população (um por cento do eleitorado) apresentar ao Poder Legislativo um projeto de lei que deverá ser examinado e votado. Os 133

eleitores também podem usar deste instrumento em nível estadual e municipal.

9.6. Direitos políticos negativos

Os direitos políticos negativos correspondem às previsões constitucionais que restringem o acesso do cidadão à participação nos órgãos governamentais. São negativos precisamente porque consistem no conjunto de regras que negam, ao cidadão, o direito de eleger ou de ser eleito ou de exercer atividade político-partidária ou de exercer função pública.

Dividem-se em regras sobre inelegibilidades e normas sobre perda e suspensão dos direitos políticos. Verificaremos estas, pois:

a) Inelegibilidades

O texto constitucional criou uma série de

circunstâncias impeditivas do exercício do sufrágio passivo, denominando-as inelegibilidades.

Vale destacar, no ponto, excerto de Pedro Henrique Távora Niess, em Direitos políticos – condições de elegibilidade e inelegibilidade:

134

“A inelegibilidade consiste no obstáculo

posto pela Constituição Federal ou por lei

complementar ao exercício da cidadania

passiva, por certas pessoas, em razão de sua condição ou em face de certas circunstâncias. É

a negação do direito de ser representante do povo no Poder.

“Esmiuçando essa noção temos que a

elegibilidade é pressuposto do exercício regular do mandato político, a inelegibilidade é a

barreira intransponível que desautoriza essa prática, com relação a um, algum ou todos os cargos cujos preenchimentos dependam de

eleição”.

Nesse sentido, a nossa Carta Maior no § 4.º do art. 14

declara inelegíveis os inalistáveis (os estrangeiros e os conscritos) e os analfabetos (que, como vimos, podem votar mas não ser votados) – é a chamada inelegibilidade absoluta.

A inelegibilidade absoluta consiste em impedimento eleitoral para qualquer cargo eletivo. O indivíduo que se encontrar em uma das situações descritas pela Constituição Federal como de inelegibilidade absoluta não poderá concorrer a eleição alguma, ou seja, não poderá pleitear nenhum mandado eletivo. Refere-se, pois, à 135

determinada característica da pessoa que pretende candidatar-se, e não ao pleito ou mesmo ao cargo pretendido.

A inelegibilidade absoluta é excepcional e somente pode ser estabelecida, taxativamente, pela própria Constituição Federal.

Já a inelegibilidade relativa, diferentemente da anterior, não está relacionada com determinada característica pessoal daquele que pretende candidatar-se, mas constituem restrições à elegibilidade para certos pleitos eleitorais e determinados mandados, em razão de situações especiais existentes, no momento da eleição, em relação ao cidadão.

O relativamente inelegível possui elegibilidade genérica, porém, especificamente em relação a algum cargo ou função eletiva, no momento de eleição, não poderá candidatar-se.

A inelegibilidade relativa pode ser dividida em: Por motivos funcionais (art. 14,

§§ 5.º e 6.º); Por motivos de casamento, parentesco ou afinidade (art. 14, § 7.º);

Previsões de ordem legal (art. 14, § 9.º).

Indica a Constituição como condições de elegibilidade

– a capacidade eleitoral passiva consistente na possibilidade de o cidadão pleitear determinados mandatos políticos, mediante eleição popular – as previstas no § 3.º do artigo 14, incisos I a VI: 136

– A nacionalidade brasileira (tanto brasileiro nato como para os naturalizados). Só o nacional e o português equiparado têm acesso ao alistamento, que é pressuposto necessário para a capacidade eleitoral passiva;

– O pleno exercício dos direitos políticos (adquiridos com o alistamento eleitoral). Aquele que teve suspenso ou perdeu seus direitos políticos não exercerá a capacidade eleitoral passiva;

– O alistamento eleitoral comprovado pela inscrição eleitoral obtida no juízo eleitoral do domicílio do alistando, e por parte do candidato, com o seu título de eleitor;

– O domicílio eleitoral na circunscrição. O eleitor deve ser domiciliado no local pelo qual se candidata, por período que será estabelecido pela legislação infraconstitucional;

– A filiação partidária. Ninguém pode concorrer

“avulso”, sem partido político – o que quer dizer que esta é uma condição imprescindível para a proposta de candidatura. A capacidade eleitoral passiva exige prévia filiação partidária, uma vez que a democracia representativa consagrada pela Constituição de 1988

inadmite candidaturas que não apresentem a intermediação de agremiações políticas constituídas na forma do art. 17. Saliente-se que, em face da exigibilidade de filiação partidária para o exercício desse direito político (elegibilidade), há de ser assegurado a todos o direito de livre acesso aos partidos, sem possibilidade de existência de requisitos discriminatórios e arbitrários;

– A idade mínima de 35 anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; 30 anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; 21 anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz; 18 anos para Vereador.

Nisso, pode-se deixar claro que o único obstáculo fora desses elementos é a idade, já que deve-se ter o mínimo referido em lei para a possível elegibilidade.

b) Perda e suspensão dos direitos políticos O art. 15 da Constituição fala da perda e da suspensão dos direitos políticos e não de cassação, já que a cassação é vedada.

No inciso I, fala-se do brasileiro naturalizado, que perde os direitos políticos por sentença transitada em julgado.

Contudo, como vimos, pode readquirir os direitos políticos através de uma ação rescisória.

No inciso II, por incapacidade civil absoluta o indivíduo terá seus direitos políticos suspensos. Isso porque, em hipótese, se certo indivíduo que teve de repente um distúrbio mental recupera as faculdades intelectuais com o avanço tecnológico na área médica, isso em nada impedirá que ele volte a ter capacidade civil. O

mesmo pode-se dizer da decretação da interdição de incapaz onde decorre, como efeito secundário e específico da sentença judicial, a 138

suspensão dos direitos políticos, enquanto durarem os efeitos da interdição.

No inciso III, haverá a suspensão dos direitos políticos com a condenação criminal transitada em julgada, enquanto durarem seus efeitos; contudo não é qualquer crime que faz decorrer a suspensão dos direitos políticos, mas sim aqueles previstos na Lei Complementar n. 64 (crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais).

Por que se diz “transitada em julgado”?

Porque o indivíduo pode ser considerado inocente.

Do contrário, o preso tem direito a votar, mas talvez não consiga a autorização judicial para isso, quando então terá motivo para justificar seu não comparecimento à votação. Com o auxílio do Mandado de Segurança, é muito provável que as autoridades criem as condições para o preso – que não está condenado com trânsito em julgado –

votar .

No inciso IV há perda dos direitos políticos por aquele que se recusa em cumprir obrigação imposta a todos ou prestação alternativa. Porém, tal perda é uma perda condicionada, já que o indivíduo, que tenha se recusado a cumprir obrigação imposta a todos e prestação alternativa, voltando atrás na decisão terá seus direitos políticos devolvidos.

139

No inciso V a improbidade administrativa, nos termos do § 4.º do art. 37, acarretará a suspensão dos direitos políticos.

Contudo, fora estes casos de perda ou suspensão, existe algum outro não mencionado pelo legislador?

Sim, existe. É o caso dos circunscritos. O jovem que vá prestar o serviço militar obrigatório de um ano não terá direito de sufrágio ativo e passivo, visto que o que se quer com isso é afastar dos aquartelamentos discussões sobre posições políticas, resguardando a ordem e a disciplina. O jovem que portar título de eleitor terá ele retirado de si, sendo devolvido a ele após o cumprimento de um ano com ou sem engajamento nas Forças Armadas, isto é, terá seus direitos políticos suspensos.

140

10. Partidos políticos

10.1. Conceito de partido político

Partido político é uma agremiação, reunião ou associação de pessoas, com as

mesmas idéias, ideologias, visando a busca do poder, com a finalidade de mando, de governar.

Portanto, partido político tem, em sua conceituação, quatro elementos imprescindíveis:

Grupo de pessoas

Ideologia

Busca pelo poder

Plano de governo

10.2. Sistemas dos partidos políticos

Há três sistemas de partidos políticos:

Partido político único – típico de países socialistas ou de países com ditadura, para ter respaldo no âmbito social; Bipartidarismo – existência de apenas dois partidos, como, por exemplo, o ARENA e o MDB, os quais já tivemos no Brasil;

Pluri ou Multipartidarismo – É o adotado atualmente pela nossa Constituição, no seu art. 17.

10.3. Controle externo e controle interno As constituições, especialmente as outorgadas, têm um controle rígido sobre os partidos políticos. Elas determinam o que os partidos políticos podem ou não podem fazer. Há, portanto, o controle externo. Numa situação normal é o chamado controle mínimo.

O partido político, ao criar o seu estatuto, deve obedecer às leis penais e às leis do poder de polícia. O governo apenas irá verificar se não há alguma infringência, incitação ao crime, incitação à subversão, movimentos armados, ou outro caráter fugindo da finalidade dos partidos políticos.

No Brasil há o chamado controle ideológico dos partidos políticos, isso porque devem atender o princípio democrático. Permite-se, porém, a criação dos

partidos ditos comunistas desde que sua ideologia tenha características democráticas, observe a soberania nacional e os direitos fundamentais da pessoa humana (o que, convenhamos, descaracteriza o partido em sua base comunista, isto é, deixa de ser comunista).

A Lei Maior brasileira estabelece, então, três aspectos de controle externo (são princípios gerais): 142

1. O quantitativo – São as exigências formais, que consistem na observância dos princípios listados no caput do art. 17.

2. O qualitativo – São os referentes à ideologia, desde que não fira princípios democráticos também observados no art. 17.

3. O controle financeiro – É o referente ao inciso III do art. 17, que, na realidade, não existe nem por parte dos partidos políticos, nem por parte da Justiça Eleitoral.

Consistente no controle interno, os princípios são elaborados pelos próprios partidos, nos seus estatutos, não podendo infringir o disposto no art. 17 da Constituição. O governo brasileiro não tem mais o controle interno que disponha anteriormente, como nas constituições de 1937, 1967 e 1969.

10.4. Funções, natureza jurídica e princípios constitucionais dos partidos políticos

A principal razão da existência do partido político é a organização popular em torno de suas idéias, com o objetivo claro de obter o poder e conseguir governar, estabelecendo seu plano. Tem como pressuposto fundamental organizar a população ou o povo em torno de suas idéias, obter o governo e governar.

A função dos partidos políticos se confunde muito com seu conceito.

143

O § 2.º do art. 17, da Constituição Federal trata da personalidade jurídica. O partido político tem personalidade de direito público ou de direito privado?

Tem personalidade jurídica de direito privado; por isso que lemos “na forma da

lei civil", ou seja, o partido político após estabelecer seu estatuto registra-o no Cartório de Registros Públicos do Distrito Federal. E por que no Distrito Federal? Ora, porque ele tem abrangência nacional; depois disso, faz-se o registro no Tribunal Superior Eleitoral.

O § 1.º do art. 17 fala em "autonomia" do partido político, fazendo com que se questione a respeito da intervenção do poder público na sua estrutura ser inexistente. Poderíamos dizer que a intervenção do poder público não acontece diretamente mas indiretamente. Vejamos o que diz o inciso IV do art. 17:

"funcionamento parlamentar de acordo com a lei". Pois bem, há uma lei que dá as diretrizes básicas do funcionamento dos partidos, isso quer dizer que os partidos têm autonomia mas existe uma lei; então não é uma autonomia absoluta mas uma autonomia com reservas.

Mas que lei é essa?

É a Lei n. 9.096 de 19 de setembro de 1995, que trata da Lei Orgânica dos partidos. É a lei de caráter nacional onde estão inseridos a observância da soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos da pessoa humana.

Portanto, internamente, para sua organização, os partidos políticos têm autonomia, mas externamente eles devem obediência aos princípios da lei e da Constituição.

Os partidos políticos são parte da soberania do Estado, fazem parte do Poder Político do Estado.

10.5. Fidelidade partidária

A Constituição Federal de 1988 determinou, no § 1.º

do seu art.17, que os estatutos dos partidos estabeleçam normas de fidelidade e disciplina partidárias.

Chama-se de fidelidade ao dever dos parlamentares federais, estaduais e

municipais de não deixarem o partido pelo qual foram eleitos, ou de não se oporem às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos da direção partidária, sob pena de perda de mandato por decisão proferida pela Justiça Eleitoral.

A disciplina partidária é um caso particular da disciplina que deve prevalecer em toda e qualquer associação. Isto quer dizer que os associados devem fidelidade ao programa e objetivos do partido, respeito às regras do seu estatuto, cumprimento de seus deveres e probidade no exercício de mandatos ou funções partidárias, conforme estatui a Lei Orgânica, cujo art. 7.º prevê sanções disciplinares de advertência, suspensão até doze meses, 145

destituição de função em órgãos partidários ou expulsão do filiado que faltar com as regras de disciplina partidária.

O § 1.º do art. 17 não constitui, no entanto, um retorno integral à antiga fidelidade e disciplina partidárias suprimidas pela Emenda Constitucional n.º 25 de 1985. No momento, a Lei Maior exige simplesmente que os estatutos incorporem normas de fidelidade e disciplina partidárias, o que, necessariamente, envolve outorga de certa margem discricionária para que os artigos regulem esses institutos com maior ou menor rigor. Essa possibilidade inexistia no regime anterior, quando as regras eram todas heterônomas. O retorno à fidelidade partidária significa um reencontro com um mandato imperativo, quer dizer, aquele em que o representante fica jungido às diretrizes recebidas de seus eleitores.

Contudo, a profunda indisciplina partidária reinante no Brasil pode suscitar alguns institutos destinados a manter a coesão partidária e fazer com que a agremiação atue afinada com os seus ideais programáticos. Mas ocorre frustração nesse sentido, no tocante ao fato de os programas partidários serem praticamente desconhecidos e o mais das vezes redigidos de forma bastante abstrata e não comprometedora. A utilização, pois, freqüente desses institutos traz consigo a séria ameaça de uma ditadura interna no partido.

É normal a existência, dentro deste, de pressões de grupos, que pretendem conduzi-lo mais num sentido do que noutro.

O apelo para um recurso estritamente jurídico da fidelidade partidária poderá, inclusive, significar um desrespeito para com a própria vontade popular, cuja captação espera-se seja feita pelo parlamentar.

Porém, é necessário que este procure afinar-se com a vontade do momento, que pode já não coincidir com a vontade das eleições, e muito menos com as idéias programáticas do partido.

Andou bem a Constituição ao prever o instituto, atribuindo, contudo, aos próprios partidos discipliná-lo. Certamente saberão estes mostrar uma forma que permita reprimir aqueles abusos, que se traduzem em verdadeira agressão ao partido para com aqueles outros, embora minoritários, isto é, certos integrantes que estejam a fazer em uso legítimo de sua prerrogativa de representante do povo.

As sanções definitivas devem ser de ordem política.

Aqueles que se afastam dos programas partidários, traindo a vontade dos que os elegeram, numa democracia operativa e eficaz, deverão merecer o mais completo repúdio nas eleições seguintes. Jamais institutos técnico-jurídicos poderão substituir-se plenamente à força sancionadora do eleitorado, que é, ainda, o mais legítimo.

11. Intervenção

11.1. Conceito

Intervenção é o ato político da incursão de um ente federativo no outro. A palavra-chave desse conceito é “ato político”, pois tanto poderia ser o conceito de intervenção o ato político da entrada da União em questões problemáticas postas pelo Estado-membro (ou município, como veremos adiante, no caso de intervenção pelo Estado-membro e não pela União) ou o ato político praticado por um ente federativo de maior relevância acerca de circunstâncias postas por um ente federativo de menor relevância – o que interessa é ter a palavra fundamental ou, com a mesma idéia, sinônimos.

E por que a intervenção é um ato político e não jurídico?

Porque é um ato de vontade, ou seja, é um ato discricionário do ente federativo de maior grau intervir ou não; se esperaria, então, o momento adequado do intervencionismo. Se fosse jurídico, tal intervenção seria obrigatória.

A intervenção deve ser entendida como força e é descendente (de cima para baixo). Desse modo, se oferece a seguinte fórmula:

148

Intervenção=Força = União

Estados

Distrito Federal

Municípios

Deve-se mencionar, por oportuno, que a intervenção provoca restrições ao governo próprio do Estado-membro. E não só do Estado-membro, como do Distrito Federal e do Município, dependendo da onde a intervenção parte.

INTERVENÇÃO

União

149

Estados-membros

Autonomia

Distrito Federal

Municípios

governo próprio e competência exclusiva

Na representação, esclarecemos melhor, mostrando que todos os entes federativos tem autonomia, que por sua vez possui governo próprio e

competência exclusiva. Mas, intervindo a União no Estado, ou este no Município, o objeto de tal intervencionismo será o governo próprio do ente federativo hierarquicamente inferior.

11.2. Intervenção da União

O art. 34 da Magna Carta diz que “a União não poderá intervir nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para...”. Como vemos a intervenção é a exceção, não a regra. Por outras palavras, a União não poderá intervir nos Estados e no Distrito Federal, a não ser nos casos numerados taxativamente nos incisos I a VII do art. 34.

No pensar igualitário, como a maioria da doutrina, transpomos o pensamento de Luiz Alberto David Araujo e Vidal 150

Serrano Nunes Junior, autores da obra Curso de Direito Constitucional:

“ Em casos extremos, a União Federal

pode decretar a intervenção federal nos

Estados-membros, possibilidade esta garantida pelo art. 34 da Constituição da República.

Nesse caso, a União foi colocada na condição de mero instrumento da Federação. Em outras palavras, a Federação brasileira, através da União, é que intervém nos Estados-membros.

Trata-se de instituto de caráter excepcional, cuja existência se justifica exatamente pela necessidade de mecanismo apto a impedir a

desagregação da Federação”(sublinha nossa).

Falamos em casos numerados taxativamente nos incisos I a VII do art. 34. Mas por que esses casos são taxativos?

Porque retiram direitos, limitam ações dos indivíduos e dos entes federativos. O que é totalmente diferente dos casos denominados enumerativos, como os incisos do art. 5.º, já que esses dão vantagens e garantias ao indivíduo e aos entes

federativos.

Em resumo, passamos que:

Colocação taxativa – refere-se a retirar direitos; 151

Colocação enumerativa – refere-se a dar direitos.

Feito o parêntese, analisemos os incisos do art. 34.

O inciso I fala da integridade nacional, que é aquela observada no art. 1.º da Constituição Federal. Um Estado não pode separar-se da União, visto que se fala em indissolubilidade.

O inciso II diz que a União intervirá se, por exemplo, a Argentina invadir o Brasil ou se os gaúchos invadirem Santa Catarina, sejam quais forem os motivos da invasão.

O inciso III engloba em "comprometimento da ordem pública" tudo aquilo que, de uma forma ou de outra, transtorna os princípios federativos ou a ordem pública (guerra civil, Movimento dos trabalhadores Sem Terra – MST, e demais movimentos populares de má expressão, ...).

O inciso IV fala que, em hipótese, o Poder Executivo não pode intervir no Poder Judiciário de maneira abrupta, através de milícia, por ser livre o exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação.

O inciso V diz que a União intervirá reorganizando as finanças da unidade da federação se (a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos e (b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas, dentro dos prazos estabelecidos em lei.

152

O inciso VI reza que a União intervém no Estado se este impedir a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial (é o caso dos precatórios).

O inciso VII vem nos dizer que se o Estado não observar suas alíneas, terá seu governo próprio intervido; ressalta-se nessas alíneas as de letras "d" e "e". Na

alínea “d” a prestação de contas da administração pública, direta e indireta, será feita perante o Tribunal de Contas (controle técnico) e perante a Assembléia Legislativa (controle político). Na alínea “e” verificamos a incidência do Art. 212, que diz ser obrigatório ao estado aplicar 25%, no mínimo, da receita resultante de impostos estaduais na manutenção de desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

11.3. Intervenção dos Estados

O Estado não pode intervir nos Municípios, nem a União Federal nos Municípios localizados em Território Federal, salvo nas hipóteses arroladas pelo art. 35 da Constituição Federal.

Observa-se que a disciplina constitucional da intervenção estadual nos Municípios (ou da União Federal nos Municípios dos territórios) consubstancia regra paramétrica à disciplina da intervenção federal nos Estados-membros, guardadas algumas peculiaridades.

153

Nesse sentido, os motivos da intervenção estadual (ou da União, se for Município localizado em Território Federal) são os alencados taxativamente nos incisos do art. 35 da nossa Constituição:

“I – deixar de ser paga, sem motivo de

força maior, por dois anos consecutivos, a

dívida fundada;

II – não forem prestadas contas devidas,

na forma da lei;

III – não tiver sido aplicado o mínimo

da receita municipal na manutenção e

desenvolvimento do ensino e nas ações e

serviços públicos de saúde;

IV – 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".

Registre-se que as duas primeiras são de intervenção estadual espontânea, enquanto as duas últimas provocadas e vinculadas. Quanto à hipótese do inciso III, chegamos a essa conclusão com base no parâmetro federal (art. 34, VII e, c/c o art. 36, 154

III). Quanto à hipótese do inciso IV, pela interpretação literal do dispositivo.

11.4. Decretação da intervenção

A intervenção dependerá das ações previstas nos incisos I a IV do art. 36.

O § 1.º do art. 36 da Constituição diz que a intervenção se dará por meio de decreto, que especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução e que, se couber, haverá um interventor nomeado; no entanto, dito decreto será apreciado pelo Congresso Nacional ou pela Assembléia Legislativa do Estado, em prazo de vinte e quatro horas.

É necessário que se especifique a amplitude (pois o decreto deve recair sobre área determinável), o prazo (por razões de poder devolver o governo próprio, tomado para fins de restabelecer a ordem social), as condições de execução (para não se cometer atos infundados).

É necessário, de igual modo, a apreciação do decreto pelo Congresso Nacional ou pela Assembléia Legislativa sempre?

Não, nos termos do § 3.º do art. 36 os casos do art. 34, VI e VII, ou do art. 35, IV

é dispensada a apreciação pelo Congresso Nacional ou pela Assembléia Legislativa se o decreto limita-se à 155

suspensão do ato impugnado, bastando isso ao restabelecimento da normalidade.

O § 4.º diz que, cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo impedimento legal.

Numa exemplificação informal, podemos pôr o decreto como uma ordem de um pai a um filho para que este pare de fazer bagunça. Se o filho não obedece, o pai entra com uma intervenção, isto é, dá-lhe umas palmadas. Tal exemplo reforça o que falamos anteriormente sobre a intervenção ser compreendida como força.

11.5. Congresso Nacional e intervenção

A intervenção é medida de interesse nacional e de garantia mútua. Quando a União intervém em determinado Estado, todos os Estados estão intervindo conjuntamente, pois o decreto de intervenção depende do Congresso Nacional, que expressa a vontade dos Estados-membros representados pelos senadores, e a vontade do povo, representada pelos deputados.

O Congresso Nacional examina os aspectos formal e material do decreto interventivo. Compete ao Congresso Nacional deliberar sobre a amplitude, prazo e condições de execução e circunstâncias que deverão constar necessariamente do decreto de 156

intervenção, sob pena de imediata rejeição por não preencher os requisitos constitucionais do § 1.º do art. 36 da Constituição.

A intervenção passará a ser ato inconstitucional se o decreto for rejeitado pelo Congresso Nacional. E, se mesmo assim for mantida, constituirá atentado contra os Poderes constitucionais do Estado, caracterizando o crime de responsabilidade do Presidente da República (art. 85, II).

12. Administração Pública

12.1. Noção de Administração Pública, administração direta e indireta

Administração Pública é o conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas. Eis uma definição simples de Administração Pública, que destaca, em primeiro lugar, que é subordinada ao Poder Público; em segundo lugar, que é meio e, portanto, algo que se serve para atingir fins definidos e, em terceiro lugar, denota seus dois aspectos: um conjunto de órgãos a serviço do Poder Político e as operações, as atividades administrativas.

A organização administrativa no Estado Federal é complexa, porque a função administrativa é institucionalmente imputada a diversas entidades governamentais autônomas que, no caso brasileiro, estão expressamente referidas no art. 37 da Constituição, de onde provém a existência de várias Administrações Públicas: a federal (da União), a de cada Estado (Administração estadual), a do Distrito Federal e a de cada Município (Administração municipal ou local), cada qual submetida a um Poder Político próprio, expressado por uma organização governamental autônoma.

A complexidade aumenta se nos lembrarmos que cada qual dessas Administrações pode descentralizar-se, de onde a formação, de um lado, de administração centralizada, como conjunto de órgãos administrativos subordinados diretamente ao Poder Executivo de cada uma daquelas esferas governamentais autônomas –

chamada, por isso, Administração direta –, e, de outro lado, de administração descentralizada, como órgãos integrados nas muitas 158

entidades personalizadas de prestação de serviços ou exploração de atividades econômicas, vinculadas a cada um dos Poderes Executivos daquelas mesmas esferas governamentais – dita, por isso, Administração indireta. A Constituição considera entidades da administração indireta as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações.

As autarquias são fundações públicas de serviço específico com administração prevista em lei, como a Previdência Social, ou antigo Instituto Nacional de Seguro Social (INSS); empresas públicas são aquelas em que predomina o caráter de serviços privados, como, em exemplo, a Empresa de Correios e Telégrafos; sociedades de economia mista têm a presença do governo de forma majoritária ou minoritária, como por exemplo no Banco do Brasil e fundações

são garantidas pelo Poder Público mas é de caráter privado e, por isso, misto (a Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI –, com diversas unidades no Rio Grande do Sul, é um exemplo), ao mesmo tempo que são voltadas principalmente para a realização de atividades não lucrativas.

As empresas públicas, sociedades de economia mista e as fundações são chamadas de paraestatais, isso porque são formas descentralizadas da própria Administração Pública, ora regidas pelo direito público, ora pelo direito privado. A denominação é clara: *par (a) + estatal*, isto é, está junto, faz par ao Estado.

159

Mas, apesar do que expusemos, como saberemos diferenciar entre a administração direta e a administração indireta?

Devemos ter em mente que todo o serviço público de competência do Estado (educação, saúde, justiça, segurança e demais prioritários) é de administração direta, ou seja, são ligadas diretamente ao Poder Central. A administração indireta são diversas atribuições transferidas para terceiros; não quer dizer que são menos importantes, no entanto, não necessitam de uma maior averiguação in loco do Poder Público. Porém, a dúvida permanece quando se pergunta: Como saberemos identificar a responsabilidade direta e indireta da administração? Ora, através da lei que criou as autarquias, as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as fundações, pois daí vai ter uma lei criando e regulando esses entes indiretos.

O Estado deve ser um Estado mínimo. Quer dizer que o Estado deve ficar apenas com a administração pública direta (com seus serviços essenciais). O restante é delegável.

Pelo explanado, fica extreme de dúvida que apenas o Poder Executivo é que tem administração direta e indireta. A colocação posta pelo art. 37, num primeiro momento tem caráter dúbio, porque dá a entender que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário poderiam criar administrações indiretas, como autarquias ou sociedades de economia mista, o que na verdade não é a essência de ditos Poderes. O juiz vai transferir o direito de julgar para 160

terceiros, ou o legislador vai criar um órgão para legislar em seu lugar?

É certo que não.

12.2. Servidores públicos

Servidor público é o termo que designa todos os que estão ligados, de um modo ou de outro, à Administração Pública (é, portanto, gênero); é aquele agente ligado ou à administração direta ou na administração indireta. Logo, aqueles que têm um emprego público, com contrato regido pela CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas) ou de administração indireta, são servidores públicos.

Mas não são funcionários públicos.

O emprego público que se refere a Constituição Federal diz respeito à administração indireta e aos contratados pela CLT. Portanto, eles são servidores públicos, mas não são funcionários públicos. Funcionários públicos são os detentores de cargos públicos (aqueles previstos em lei, criados por designação própria), que prestaram concurso público e obtiveram aprovação – têm eles um vínculo não contratual, mas estatutário, regido pelo Estatuto dos Funcionários Públicos.

Assim, todo funcionário público é um servidor público mas nem todo servidor público é um funcionário público.

Como a Carta Magna de 1988 usa a terminologia genérica de servidor público não mais se referindo a funcionário público, isso não teria relevância. Todavia, se quisermos fazer a diferenciação entre cargo e emprego público, somos obrigados a conhecer esta subdivisão.

Fora os funcionários e os empregados, existe mais uma categoria de servidor público, encontrada no art. 37 em seu inciso IX. São os contratados temporariamente que exercerão atividades para atender a necessidade provisória de excepcional interesse público.

Todos os três (funcionário, empregado e contratado temporariamente) são agentes públicos e, mais especificamente, pelo pensamento de José Afonso da Silva, dada a diferença de natureza das competências e atribuições cometidas, são agrupados em agentes administrativos, pois são titulares de cargo, emprego

ou função pública, compreendendo todos aqueles que mantém com o Poder Público relação de trabalho, não eventual, sob vínculo de dependência, caracterizando-se, desse modo, pela profissionalidade e relação de subordinação hierárquica.

Para melhor fixação, colocamos em diagrama:

SERVIDORES PÚBLICOS (agentes públicos) = GÊNERO

Agentes administrativos =espécie 162

Funcionário Contratados temporariamente Empregado Há, contudo, outra espécie de agentes públicos que são os agentes políticos. Agentes políticos são aquelas pessoas destinadas ao gerenciamento do próprio Estado. O prefeito, em exemplificação, é um agente político porque, quando está a oferecer uma denúncia, ele o faz em nome do Estado. Os agentes políticos falam pelos órgãos públicos. O juiz de Direito, ainda em exemplificação, ao sentenciar, não está fazendo isso como servidor, mas como Estado – ele é o Estado naquele momento aplicando uma pena; o Presidente da República ao tomar uma decisão fala em nome do Estado, ele é um agente político, como também são os ministros, governadores de estados, deputados, vereadores,...

Então, nós temos aqueles que falam pelo estado nas três esferas (União, Estado e Município) que são os denominados agentes políticos e aqueles que executam o serviço para o agente político, que chamamos de servidores públicos.

Jurados são agentes honoríficos e são servidores públicos quando estão na função de jurado. Igualmente para as pessoas nomeadas para as Juntas Eleitorais se usa essa definição.

Portanto, o diagrama se completa:

163

SERVIDORES PÚBLICOS (Agentes públicos) = Gênero Agentes administrativos e **Agentes políticos = espécie** *Funcionários; Gerenciam o Estado.*

Empregados e

Contratados temporariamente.

De tanto falar em cargo, emprego e função teremos de diferenciar os três a ponto de que fique bem definido tais palavras no emprego dos conceitos e definições acima utilizados.

Bom, cargos referem-se a atividades ordenadas por Estatutos que devem existir antes do concurso público, a fim de poder ser preenchidas por aqueles que obtiverem os requisitos de aprovação.

Empregos são as atividades regidas pela CLT cuja exercício compreende, basicamente, a administração indireta.

Funções são as atividades as quais o indivíduo exercerá após a aprovação no cargo ou emprego (função pública).

Podemos perguntar, nisso, se existe função pública sem cargo.

Certamente que sim, no caso dos contratados temporariamente.

Segundo a lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro, apesar do art. 37 em seu inciso II ter exigido concurso público só para investidura em cargo ou emprego, nos casos de função a exigência não existe porque os que exercem ou são contratados temporariamente para atender as necessidades emergentes da administração, ou são ocupantes de funções de confiança, para as quais não se exige concurso público.

12.3. Princípios constitucionais da Administração Pública

O art. 37, caput, da Constituição Federal indica que a Administração Pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

Vejamos, pois, cada um desses princípios em seus aspectos dentro da administração.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – O princípio da legalidade encontra apoio constitucional no art. 5.º, II, prescrevendo que

“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

165

A afirmação de que a Administração Pública deve atender à legalidade em suas atividades implica a noção de que a atividade administrativa é a desenvolvida em nível imediatamente infralegal, dando cumprimento às disposições de lei. Em diversas palavras, a função dos atos da Administração é a realização das disposições legais, não lhe sendo possível, portanto, a inovação do ordenamento jurídico, mas tão-só a concretização de presságios genéricos e abstratos anteriormente firmados pelo exercente da função legislativa.

PRINCÍPIO DA MORALIDADE – Com este princípio, nossa Lex Major quer que a imoralidade administrativa em si seja fundamento de nulidade do ato viciado. A idéia subjacente ao princípio é a de que a moralidade administrativa não é moralidade comum, mas moralidade jurídica. Essa consideração não significa necessariamente que o ato legal seja honesto. Significa que a moralidade administrativa consiste no conjunto de regras tiradas da disciplina interior da administração.

Pode-se pensar na dificuldade que haveria em desfazer um ato, produzido conforme a lei, sob o fundamento do vício da imoralidade. Mas isso é possível porque a moralidade administrativa não é meramente subjetiva, porque não é puramente formal, porque tem conteúdo jurídico a partir de regras e princípios da administração.

A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, por exemplo, com o intuito de prejudicar alguém 166

deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato formalmente legal, mas materialmente comprometido com a moralidade administrativa.

O princípio da moralidade, em razão disso, se aproxima do princípio da

legalidade.

PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE – O princípio da impessoalidade é aquele que embarga tratamento desigual entre os administradores. Por outro modo, significa que os critérios pessoais não podem ser tomados em conta para efeito de concessão de privilégios ou para discriminações. Cuida-se, em suma, de desdobramento do próprio princípio da igualdade, assegurando que o ato administrativo persiga interesse público e não pessoal.

Ao lado desse sentido especificado, o princípio da impessoalidade possui outro significado, o de que a Administração Pública não deve conter a marca pessoal do administrador. Em resumo, ela não pode ficar vincada pela atuação do agente público.

Quando uma atividade administrativa é efetivada, a administração que a desempenha o faz a título impessoal.

Reforçando esse sentido, o § 1.º do art. 37 da Constituição prescreve que "a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, 167

símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos".

PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE – O princípio da publicidade é aquele cujo objetivo reside em assegurar transparência nas atividades administrativas. Fincado no pressuposto de que o administrador público é o responsável pela gestão dos bens da coletividade, esse princípio fixa a orientação constitucional de que ele deve portar-se com absoluta transparência, possibilitando aos administrados o conhecimento pleno de suas condutas administrativas.

A publicidade se faz pela inserção do ato no jornal oficial ou por edital afixado no lugar de divulgação de atos públicos, para conhecimento do público em geral e início de produção de seus efeitos. A publicação oficial é exigência da executoriedade do ato que tenha que produzir efeitos externos.

O conteúdo exegético do princípio em causa é reforçado pelo disposto no art. 5.º,

XXXIII, de nossa Lei Maior, visto que este assegura o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo de lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA – O princípio da eficiência é óbvio.

É evidente que um sistema balizado pelos princípios da moralidade, 168

de um lado, e da finalidade, de outro, não poderia admitir a ineficiência administrativa.

O princípio da eficiência tem partes com as normas de boa administração, indicando que a Administração Pública, em todos os seus setores, deve concretizar atividade administrativa predisposta à extração do maior número de efeitos positivos ao administrado.

Deve sopesar relação de custo-benefício, buscar a otimização de recursos; enfim, tem por obrigação dotar de maior eficácia possível todas as ações do Estado (eficácia plena).

As características do princípio da eficiência, portanto, podem ser assim postas:

a) Direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum (não adianta construir um prédio inútil ou então uma ponte onde não há rio ou nem passará estrada ou em lugar impedindo as pessoas de continuar na direção predisposta, ...);

b) Imparcialidade do serviço público, pois este não deve ser direcionado apenas para uma determinada casta, segmento, mas sim servindo às necessidades coletivas; c) Neutralidade, isto é, não utilizar nomes objetivando a propaganda pessoal dentro dos serviços prestados (inserido aqui o princípio da impessoalidade); 169

d) O serviço público deve ser claro e estar à disposição de todos, por isso, diz-se que o mesmo deve ser transparente;

e) O serviço público deve, evidentemente, produzir efeitos;

f) Assim como deve ser claro e produzir seus efeitos pretendidos, deverá o serviço público facilitar a desburocratização, sem ser complexo;

g) A busca da qualidade.

12.4. Acesso à função administrativa e suas conseqüências

Segundo o inciso I do art. 37, os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, como aos estrangeiros, na forma da lei.

Quando a Constituição fala em brasileiros está falando tanto dos natos como os naturalizados. Já no caso do estrangeiro, importante é ressaltar que até bem pouco tempo não era permitido se contratar ou permitir que estrangeiros participassem de concurso público. Constatado, no entanto, que nos serviços públicos, pelo banimento dos estrangeiros, especialmente dos contratos, viu que se carecia de técnicos que entendiam de certas áreas os quais nós não dispúnhamos. Formava-se, pois, um obstáculo ao andamento da Administração Pública. Com a transformação advinda da Emenda 170

Constitucional n.º 19 de 04 de junho de 1998 acrescentou-se a possibilidade de os estrangeiros serem contratados como empregados públicos. E esses estrangeiros não precisam, necessariamente, ter residência no país, mas estão sujeitos à Lei 8.730 de 10 de novembro de 1993 (que estabelece a obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário).

A norma, a bem do rigor, traduz aplicação específica dos princípios de isonomia e da impessoalidade, pois defere tratamento igual e pessoal a todos que desejem ingressar no serviço público.

O inciso II do art. 37 diz como deve ser realizada o acesso à função administrativa: “A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

Quando o inciso fala em “investidura”, o que devemos entender?

Ora, investidura quer dizer tomar posse do cargo ou emprego, isto é, estar presente na solenidade e prestar o compromisso de bem servir – por isso é considerado ato solene. Não se presta, aqui, 171

o entendimento do Direito Civil que critica a ação de se dizer que se está “tomando posse do cargo”, pois a pessoa estaria tomando posse de uma coisa que já era sua. No Direito Constitucional está se tomando posse do cargo ou emprego sim, porque se o indivíduo quisesse poderia deixar o cargo à disposição: é só não ir prestar compromisso no ato solene de investidura. Tomar posse, portanto, neste sentido, quer dizer que a pessoa efetivamente estará com o seu cargo ou emprego a partir da ação de comprometimento.

Então, a investidura no cargo ou emprego público dependerá, anteriormente, da aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos (dificilmente será apenas de títulos), de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, sendo ressalvado, no entanto, as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Tais nomeações, portanto, não dependem de concurso público tanto de provas como de provas e títulos, e seus integrantes podem se exonerar ou por livre vontade ou pela vontade da autoridade que os designou, de forma ad nutum (a qualquer instante). Isto quer dizer que tanto o governante como o governado podem ter a ação de exoneração – um afasta, outro se faz afastado.

Aqui resta questionar se há diferença entre demissão e exoneração de servidor público.

Sim, há.

172

Demissão quer dizer que o servidor público cometeu alguma infração dentro de sua função e, por isso, foi afastado definitivamente do cargo ou emprego. A demissão tem um sentido próprio de punição – a expressão utilizada “demissão a bem do serviço público” comprova a afirmativa.

Exoneração diz respeito ao nomeado para comissão que, ou pede para exonerar-

se do cargo ou é exonerado pela autoridade que o nomeou; diz também respeito ao servidor público que está em meio a um processo administrativo para verificações de sua conduta (probatório).

O inciso III do art. 37 diz que o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável por uma vez por igual período.

Mas, a partir de que data começa a viger o prazo, que é decadencial?

Quando terminar a última fase do concurso, seja de provas, seja de provas e títulos.

O inciso IV fala que durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira. Bem, isto quer dizer que aquele que passou num primeiro concurso vai ser chamado primeiramente do que outros que 173

porventura tenham passado no prazo de dois anos devido a um diverso concurso realizado neste período.

O inciso V fala das chamadas FGs (Funções

Gratificadas) e dos cargos em comissões (os CCs), precisamente sobre as atribuições que se destinam: direção, chefia e assessoramento. Fora de tais atribuições não haverá ocupante de cargo em comissão nem ocupante de FG.

Já no inciso VI lemos que é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical, assim com também é garantido o direito de greve, previsto no inciso VII. Porém, mesmo em greve, deve o servidor público garantir o mínimo de atendimento à população, ou seja, a função essencial deve permanecer.

O inciso VIII do art. 37 da Constituição Federal prescreve que percentual de cargos e empregos públicos será reservado para as pessoas portadoras de deficiência física, nos termos de lei, que definirá os critérios de admissão. Não significa que haverá acesso indiscriminado aos portadores de deficiência. Trata-se da seguinte regra: havendo aprovação em concurso público, deverá haver prioridade na classificação. Dessa forma, o concurso será o mesmo, obedecidas

as particularidades em relação à deficiência apresentada.

Aprovada no concurso (com o mesmo exame), a pessoa portadora de deficiência terá sua classificação feita à parte, ingressando o mais bem classificado dentre as pessoas portadoras de deficiência. De maneira camuflada verifica-se aqui o princípio da igualdade (todos são iguais 174

perante a lei). No entanto, há discussões a respeito de que tipo de igualdade se busca encontrar ao reservar a pessoas portadoras de deficiência vagas no serviço público, visto que quem não é portador de deficiência concorre em desvantagem com essas.

O inciso IX trata dos contratados temporariamente, onde existe apenas a função e não há vínculo permanente com o Estado. É a outra exceção à regra da realização do concurso público, sendo a anterior a nomeação para cargos de confiança. Nas duas exceções, vale ressaltar, têm uma lei regulamentadora que respeitará o comando constitucional; no caso dos contratados temporariamente, a lei respeita no sentido de só possibilitar a contratação nos casos em que a necessidade do serviço seja, de fato, temporária, não podendo conter previsão de sucessivas e indefinidas renovações dos respectivos contratos de trabalho.

O inciso X assim se pronuncia: “A remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4.º

do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices”. Tal norma não está sendo observada, isso porque ainda não foi fixado o teto salarial. Em razão disso ocorrem aumentos um tanto exagerados ou comparações aberrantes entre os subsídios (fixação e alteração sem lei específica e conseqüentes distinções de índices).

175

Abrimos um parente para falar que subsídio é tudo aquilo que o servidor recebe no exercício de sua função. Então, além da remuneração, poderá o servidor receber gratificações, adicionais, abonos, prêmios, verba de representação ou diversa espécie remuneratória.

O inciso XI diz que o parâmetro de vencimento dos servidores públicos de qualquer dos Poderes é o subsídio mensal, em espécie, dos ministros do Supremo Tribunal Federal. No entanto, o inciso também comporta a necessidade de existir uma lei estipulando o teto salarial dos ministros do Supremo. Lei essa que, segundo o art.

48 em seu inciso XV, depende da iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal. Como sabemos, a tarefa de efetivar tal lei é quase impossível por vários fatores, dentre eles a inconcretude de uma normalizada deliberação pelo número de envolvidos e pelas divergências políticas sempre existentes.

Pelo motivo de não existir dita lei fica difícil aos Estados implantarem uma política econômica remuneratória, já que o subsídio dos ministros é uma referência básica. Referência básica essa que valerá junto aos Poderes, de igual forma, como demonstra o inciso XII.

No inciso XII, lemos que no momento que

estabilizarem os vencimentos e houver um parâmetro em que todos ficarão iguais, começa a valer os do Executivo, os do Judiciário e do 176

Legislativo virão depois, não sendo superiores aos satisfeitos ao primeiro Poder. Atualmente, nos Estados, existem cargos no Executivo cujos vencimentos são cerca de três vezes superiores ao do Governador, e não tem como resolver isso enquanto não se formular uma lei e pô-la em eficácia. Também deve-se dizer que não existe direito adquirido contra a Constituição, ou seja, não pode valer-se o Poder Executivo, hoje, do preceito constitucional se ainda não existe uma lei regulamentando o teto salarial das remunerações, a começar pelos ministros do Supremo Tribunal Federal.

“É vedada a vinculação ou equiparação de

quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público” nos informa o inciso XIII do art. 37.

Vinculação é o ato de atrelar uma carreira na outra, isto é, para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público não se pode conceder subsídios

diferentes na mesma remuneração, isso porque cada função tem o seu montante pré-fixado, é inconcebível juntar carreiras e pagá-las num mesmo tempo.

Equiparação é o ato de fazer semelhanças entre as carreiras para que, com isso, tenha-se uma noção do valor a ser pago para determinada pessoa por possuir uma função parecida ou identificável com outra, mesmo sendo ambas de Poderes diferentes.

O que se quer com a vedação à vinculação e a equiparação é a isonomia de vencimentos, isto é, se acontecer de uma 177

carreira ter um aumento todas as demais carreiras dentro do Poder onde se deu o aumento da primeira deverão ser, identicamente, majoradas.

Todavia, o que temos no inciso XIII é uma verdadeira letra morta (preceito escrito que não se cumpriu, ou que já não tem autoridade nem valia) dentro da Carta Magna, pelo singelo fato de não termos uma lei fixando o limite salarial. O que vemos, pois, são aumentos e concessões diferentes para carreiras diferentes.

O inciso XV afirma que são irredutíveis os

vencimentos dos ocupantes de cargos públicos ressalvando dessa irredutibilidade, é claro, o imposto de renda.

No inciso XVI lê-se que é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, com exceção quando houver compatibilidade de horários, observando em qualquer caso o disposto no inciso XI e tratando-se:

a) de dois cargos de professor;

b) de um cargo de professor com outro, técnico ou científico;

c) dois cargos privativos de médico.

Fora essas circunstâncias, é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos. Portanto, trata-se de uma colocação taxativa.

13. Poder Legislativo

13.1. Estrutura do Poder Legislativo

A estrutura do Poder Legislativo pode apresentar-se sob duas formas: unicameral e bicameral.

A bicameralidade, no caso brasileiro, é peculiaridade do regime federativo. É que, possuindo duas Casas Legislativas, a Câmara dos Deputados e o Senado, a primeira volta-se à representação do povo e a segunda, o Senado Federal, tem a finalidade de, cumprindo o mister federativo, dar lugar à representação das unidades federadas na formação da vontade central.

Por isso, podemos afirmar que o bicameralismo brasileiro é do tipo federativo – veja-se que a afirmação tem plena razão de ser, uma vez que, no regime aristocrático, também é perfeitamente viável a formação de um Legislativo bicameral, em que a Câmara Baixa 179

representa os comuns e a Câmara Alta, a nobreza. Trata-se, no caso, de bicameralismo do tipo aristocrático.

13.2. Câmara dos Deputados

A Câmara dos Deputados é integrada pelos

representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional para um mandato de quatro anos. Esse sistema, todavia, é temperado por limites. Nenhum Estado pode ter menos do que oito representantes nem mais do que setenta. Caso venha a ser criado algum Território, este deverá contar com a representação de quatro Deputados Federais. Nesse caso (existência de Território Federal), inexiste qualquer correlação entre população e representantes, pois o número é fixo.

Para eleger-se Deputado Federal é necessário ser brasileiro, gozar de direitos políticos, estar alistado eleitoralmente e filiado a um partido político, possuindo mais do que vinte e um anos (vide ponto 8).

13.3. Senado Federal

O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito

Federal, eleitos pelo sistema majoritário de maioria relativa. Cada Estado e o Distrito Federal devem contar com 180

três Senadores, cada um dos quais eleito com dois suplentes. O

mandato dos Senadores é de oito anos, com renovação a cada quatro, alternadamente, por um e dois terços. O Território Federal não escolhe Senadores.

Para eleger-se Senador é necessário ser brasileiro, gozar de direitos políticos, estar alistado eleitoralmente e filiado a um partido político, possuindo mais do que trinta e cinco anos (também vide ponto 8).

13.4. Funções do Poder Legislativo

A Constituição Federal consagrou no seu art. 2.º a tradicional tripartição de Poderes, ao afirmar que são Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Com base nessa proclamação solene, o próprio legislador constituinte atribuiu diversas funções a todos os Poderes, sem, contudo caracterizá-la com a exclusividade absoluta.

Assim, cada um dos Poderes possui uma função predominante, que o caracteriza como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras funções previstas no texto constitucional. São as chamadas funções típicas e atípicas.

As funções típicas do Poder Legislativo são legislar e fiscalizar, tendo ambas o mesmo grau de importância e merecedoras de maior detalhamento. Dessa forma, se por um lado a Constituição 181

prevê regras de processo legislativo, para que o Congresso Nacional elabore as normas jurídicas, de outro, determina que a ele compete a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo (art. 70).

As funções atípicas constituem-se em administrar e julgar (função jurisdicional política). A primeira ocorre, exemplificativamente, quando o Legislativo dispõe sobre a sua organização e operacionalidade interna, provimento de cargos, promoções de seus servidores; enquanto a segunda ocorrerá, por exemplo, no processo e julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade (impeachment).

13.5. Exceções das competências privativas

A forma bicameral de estruturação do Poder Legislativo nacional não é absoluta, pois sofre exceções radicadas nas competências privativas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, arroladas nos artigos 51 e 52 da Carta de 1988. A exceção do art. 51 está no seu inciso IV e a do art. 52 em seu inciso XIII.

A lei a qual se refere os incisos deve passar pelo crivo presidencial após votação das respectivas Casas.

13.6. Sessão Legislativa

182

Assim nos remete o art. 57 da Constituição Federal: “O

Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 15 de fevereiro a 30 de junho e de 1.º de agosto a 15 de dezembro”. Pois bem, esse período a que se refere o artigo é chamado de Sessão Legislativa ordinária, compreendendo, portanto, dois períodos num ano. Os espaços intercalares (de 16 de dezembro a 14 de fevereiro e de 1.º a 31 de julho) são denominados de recesso parlamentar.

Quando a sessão for convocada durante os períodos de recesso parlamentar ou em caso de urgência ou interesse público relevante, podendo ser durante os dias de Sessão Legislativa ordinária, nos teremos a Sessão Legislativa extraordinária. Nada impedirá, da mesma forma, que dita sessão aconteça em feriados ou fins-de-semana.

Um Deputado Federal deve participar de quatro sessões, já um Senador deverá participar de quatro sessões e mais quatro renovando o mandato. Isso corre em função de sua legislatura.

Legislatura é o período de quatro anos, correspondentes aos mandatos dos Deputados Federais; já um Senador é eleito para duas legislaturas (renovando-a após quatro anos).

Posto de forma simbólica, podemos caracterizar o estudo assim (sendo SL sigla

para Sessão Legislativa e as siglas DF e SF

usadas para Deputado Federal e Senador Federal): 183

1 2 3 4

DF e SF DF e SF DF e SF DF e SF

SL SL SL SL

Sessões ordinárias e Sessões extraordinárias

Ou seja, um Deputado ou Senador Federal em cada ano de seu mandato participará de uma Sessão Legislativa, com dois períodos, onde terá reuniões ordinárias ou extraordinárias.

13.7. Imunidade por opiniões, palavras e votos

A Constituição Federal consolidou algumas garantias aos parlamentares, que, na verdade, revelam a finalidade dos constituinte de preservar a atividade parlamentar de injunções externas, assegurando aos parlamentares independência nas suas manifestações.

Essas garantias consolidam duas espécies de imunidade: a material e a formal.

A imunidade material, definida pelo art. 53, caput, da Constituição, atribui aos parlamentares a prerrogativa da inviolabilidade de opiniões, palavras e votos. A incidência do comando imunitário afasta a incidência penal. Em diversas palavras, o comando imunitário exclui a responsabilidade penal dos parlamentares por eventuais condutas típicas que virtualmente teriam 184

sido levadas a efeito por opiniões, palavras e votos. A imunidade segue mesmo fora do recinto parlamentar, desde que a ação impugnada seja decorrência do exercício do mandato parlamentar.

Ao lado da imunidade material, subsiste a formal, ou, de outro modo, a processual, por força da qual o parlamentar não pode ser preso, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processado criminalmente sem prévia licença de sua Casa Legislativa (§ 1.º do art.

53). Trata-se de uma imunidade processual provisória.

A Carta Magna não prevê prazo para deliberação sobre a licença, podendo a Casa Legislativa negá-la ou concedê-la imediatamente, ou, ainda, protelar a discussão indefinidamente. Prevê, porém, que o indeferimento do pedido de licença ou a ausência de deliberação suspende a prescrição enquanto durar o mandato (§ 2.º do art. 53).

Assim, negada a licença pela Casa Legislativa respectiva, ou, ainda, tendo a mesma se omitido de deliberar sobre o pedido, seja por discricionariedade política, seja por entender que as provas apresentadas são insuficientes para embasar uma ação penal contra o congressista, o Supremo Tribunal Federal não poderá receber a denúncia ou queixa-crime, dando conseqüência à suspensão da prescrição, enquanto durar o mandato.

No entanto, o § 1.º do art. 53 virá a sofrer transformações por uma lei ou medida provisória já que no ano de 2001 o Congresso Nacional discutiu e decidiu que o parlamentar não necessitará mais de 185

prévio licenciamento de sua Casa Legislativa para ser processado criminalmente.

14. Poder Executivo

14.1. Chefia de Estado e chefia de governo

A Constituição da República adota o regime presidencialista, atribuindo cumulativamente a chefia de Estado e a chefia de governo ao Presidente da República.

A chefia de Estado tem por objetivo basicamente a função de representação do País junto à comunidade internacional e da unidade do Estado, em nível interno. A chefia de governo, diversamente, diz com a encarregatura da Administração Pública, de comando da máquina estatal e com a fixação das metas e princípios que irão ser imprimidos ao Poder Público.

186

14.2. Funções do Poder Executivo

O Poder Executivo tem por principal desígnio constitucional a realização da função administrativa.

O Poder Executivo, porém, não exerce o monopólio da função administrativa. Pode-se dizer, embora impropriamente mas com efeito, que o Poder Legislativo e o Judiciário administram também, quer por forma peculiar, quer pela forma corrente, quer no desempenho da função própria, quer encarregando aos respectivos órgãos funções em princípio cabíveis ao Poder Executivo.

Da mesma forma, embora sua principal função, o Poder Executivo exerce outras atividades de singular importância, como a edição de medidas provisórias e o desempenho de funções próprias dentro do processo legislativo (iniciativa, sanção, veto, promulgação e publicação).

As atribuições do Presidente da República estão enumeradas no art. 84 da Constituição. Dentre as competências, ressalte-se a de expedir decretos e regulamentos para a fiel execução da lei.

14.3. O Presidente da República

187

Ao Presidente da República, em nível federal, ao governador de Estado, em nível estadual, e ao prefeito, em nível municipal, é cometida a direção do Poder Executivo.

O Presidente da República deterá iniciativas reservada sobre assuntos diretamente ligados à Administração Pública. Os projetos de sua iniciativa não poderão ter emendas que aumentem as despesas.

Tais regras devem constar como prerrogativas do governador do Estado nas Constituições Estaduais. A retirada das competências reservadas ao Chefe do Poder Executivo Estadual ou a permissão de emendas que aumentem a despesa configuram inconstitucionalidade.

14.4. O Vice-Presidente da República

O Vice-Presidente é eleito juntamente com o Presidente da República, substituindo-o, no caso de impedimento, ou sucedendo-o, na hipótese de

vacância.

Além disso, o Vice-Presidente receberá tarefas que lhe forem fixadas em lei complementar, auxiliará o Presidente sempre que lhe for convocado para missões especiais e comporá os Conselhos da República e de Defesa Nacional.

Nos casos de impedimento conjunto do Presidente e do Vice-Presidente da República ou vacância dos respectivos cargos, 188

serão chamados, sucessivamente, ao exercício da Presidência o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal.

Com a vacância, porém, a permanência desses substitutos não é definitiva, pois deverão ser convocadas novas eleições. Se a vacância ocorrer nos dois primeiros anos de mandato, a eleição, popular, deverá realizar-se no prazo de noventa dias, contados da última vaga. Caso a vacância venha ocorrer nos dois últimos anos, a eleição será indireta – realizada pelo Congresso Nacional – e deverá ser realizada dentro de trinta dias a partir da última vaga.

14.5. Os Ministros de Estado

O Presidente da República é auxiliado pelos Ministros de Estado, os quais, contando com pelo menos vinte e um anos, ocupam cargos de provimento em comissão, ou seja, são investidos e demitidos pela vontade exclusiva do Presidente da República, sem qualquer estabilidade.

Os Ministros de Estado, no mister constitucional que concretizam, podem receber delegação do Presidente da República para a realização de atos próprios da chefia do Poder Executivo. Tal 189

competência vem prevista no parágrafo único do art. 84 da Lei Maior.

A delegação também poderá ocorrer para o Procurador-Geral da República ou para o Advogado-Geral da União.

14.6. Conselho da República

O Conselho da República, regulado pelos arts. 89 e 90 da Constituição da República, é um órgão consultivo, do qual fazem parte o Vice-Presidente da

República, o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal, os líderes da maioria e da minoria da Câmara e do Senado, o Ministro da Justiça e seis cidadãos brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos de idade, sendo que, dos seis, dois devem ser indicados pelo Presidente da República, dois eleitos pela Câmara dos Deputados e dois pelo Senado Federal, todos com mandato de três anos, sendo vedada a recondução.

O Conselho de República é um órgão meramente consultivo. Assim sendo, suas manifestações nunca vinculam as deliberações a serem tomadas pelo Presidente da República. O

Conselho deve obrigatoriamente ser ouvido em casos de intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio, competindo-lhe também pronunciamento em questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas.

190

14.7. Conselho de Defesa Nacional

O Conselho de Defesa Nacional, regulado pelo art. 91 da Constitucional, é composto pelo Vice-Presidente da República, pelo Presidente da Câmara dos Deputados, pelo Presidente do Senado Federal, pelo Ministro da Justiça, pelo Ministro de Estado e da Defesa, pelo Ministro das Relações Exteriores e pelo Ministro do Planejamento, assim como pelos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

15. Poder Judiciário

15.1. Jurisdição

O Poder Judiciário pode ser definido como o conjunto de órgãos públicos ao qual foi deferida, com exclusividade, a função jurisdicional. É que, sob a ótica da Constituição Federal, a jurisdição é monopólio do Poder Judiciário.

Nesse rumo, a jurisdição é exercida diante de casos concretos, com o objetivo de aplicar a lei a um caso controvertido, 191

mediante um processo regular, cuja decisão final produz a coisa julgada, operando-se, desse modo, a substituição da vontade das partes por aquela

constante da sentença.

Dita função só pode ser exercida pelo Poder Judiciário, pois o ordenamento jurídico não confere aos contenciosos administrativos poder de produzir decisões que venham a revestir a força da coisa julgada. Aliás, os contenciosos administrativos nem sequer constituem instância obrigatória para o ajuizamento de uma ação judicial. A única exceção vem escrita no art. 217, §§ 1.º e 2.º da Constituição federal, que prescreve a obrigatoriedade do esvaimento da instância desportiva – que possui um prazo de sessenta dias para decidir – em matérias relativas à competição e à disciplina.

No Brasil, há uma Justiça Federal e uma Justiça Estadual. As competências da Justiça Federal (comum ou especializada) em regra estão determinadas, ficando as competências da Justiça Estadual como remanescentes (ou residuais).

15.2. Garantias

Ao Poder Judiciário foi cometida, como dito acima, a função jurisdicional, por intermédio da qual o Estado sobrepõe-se aos sujeitos envolvidos no litígio submetido a sua apreciação. Por isso, para garantir que o Judiciário, ao julgar, tenha em conta exclusivamente as disposições legais, é que foi criado um sistema de 192

garantias, que asseguram ao juiz, individualmente, e ao Poder Judiciário, enquanto instituição, condições de exercer sua função com imparcialidade e independência.

As garantias reservadas aos magistrados, individualmente, são as seguintes:

a) Vitaliciedade – É a garantia que assegura ao membro do Poder Judiciário a prerrogativa de só se ver demitido do respectivo cargo por decisão judicial passada em julgado. Normalmente o servidor público desfruta de efetividade, isto é, de vinculação ao cargo, do qual só pode ser desinvestido mediante regular procedimento administrativo, no qual se comprove o cometimento de falta grave.

Com relação aos magistrados, essa garantia é mais forte e processa-se em duas fases: a primeira, onde, administrativamente, empreende-se a apuração da falta punível com demissão; a segunda, concentrada em um processo judicial, onde a

pena de demissão há de vir consolidada em uma sentença judicial, que só poderá ser aplicada após seu trânsito em julgado. Essa sentença pode ser de natureza civil, produzida no bojo de ação especificamente deduzida para a demissão do magistrado, ou, diferentemente, constar dos efeitos secundários de uma sentença judicial penal. A vitaliciedade é adquirida, no primeiro grau, após dois anos de estágio probatório. No segundo grau –

nomeação pelo quinto constitucional – com a posse; b) Inamovibilidade – Genericamente traduz a regra de impossibilidade de remoção de um membro do Poder Judiciário de 193

um cargo para outro. Duas questões, porém, colocam-se como relevantes. Primeiramente, essa impossibilidade de remoção não é absoluta, pois sofre exceções (nos termos do art. 93, VIII, da Constituição Federal, o magistrado pode, com base no interesse público, ser removido do seu cargo pelo voto de dois terços do respectivo tribunal). Em segundo lugar, a inamovibilidade gera efeitos não só em relação ao cargo, mas também às funções, ou seja, o comando constitucional implica, de um lado, que o juiz não seja tirado do seu cargo, como também importa que um processo atribuído a um magistrado por ele deve ser julgado, estando proibido qualquer procedimento avocatório, seja por injunção da garantia da inamovibilidade, seja por força do princípio do juiz natural; c) Irredutibilidade de vencimentos **–** O membro do Poder Judiciário não pode ter seus vencimentos reduzidos. Essa garantia, na Carta de 1988, é comum a todos os servidores públicos e traduz uma irredutibilidade nominal de vencimentos, quer dizer, o juiz não pode ter diminuído nominalmente seus vencimentos, mas a garantia não implica a proteção do poder aquisitivo dos eventualmente corroídos pela inflação.

Ao lado dessas garantias constitucionais, existe ainda a denominada independência jurídica dos juízes, a qual retira o magistrado de qualquer subordinação hierárquica no desempenho de suas atividades funcionais; o juiz subordina-se somente à lei, sendo inteiramente livre na formação de seu convencimento e na 194

observância dos ditames de sua consciência. A independência jurídica, porém, não exclui a atividade censória dos órgãos disciplinares da magistratura sobre certos aspectos da conduta do juiz.

Essas garantias de independência e imparcialidade dizem respeito ao magistrado para o exercício de funções institucionais.

Porém, paralelamente, a Constituição outorgou ao Poder Judiciário, como um todo, garantias institucionais para assegurar a autonomia deste órgão em relação aos demais Poderes.

Tais garantias podem ser resumidas da seguinte forma: a) Capacidade de autogoverno – O Judiciário tem prerrogativa de eleição de seus órgãos diretivos, de organização de suas secretarias, de provimento dos cargos da carreira e dos serviços auxiliares e da realização dos atos internos, como concessão de férias, afastamentos, etc;

b) Capacidade normativa interna – O funcionamento dos tribunais é disciplinado por um regimento interno. A competência para a edição deste pertence, respectivamente, a cada um daqueles, na forma preconizada pelo art. 96, I, da Carta Magna; c) Autonomia administrativa – Os atos internos de administração ordinária independem de manifestação dos outros Poderes; d) Autonomia financeira – Representada pela prerrogativa de elaboração de suas propostas orçamentárias dentro dos limites estabelecidos com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias.

15.3. Órgãos do Poder Judiciário

Dispondo sobre o Poder Judiciário, a Constituição Federal enumerou basicamente quais os seus organismos, fixando as linhas mestras da divisão de competências judiciárias.

Nesse sentido, estabeleceu uma primeira linha divisória, que separa a Justiça Especializada (matérias específicas) da Justiça Comum (matérias residuais). Dentro desta, operou nova divisão, que, tomando em conta a posição da União nos processos judiciais, separa a Justiça Federal da Justiça local. Coroando essa especificação de competências, erigiu ao topo do sistema Judiciário dois tribunais nacionais, de superposição, nomeadamente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Vejamos qual a posição e quais as competências constitucionais traçadas para cada um dos órgãos do Poder Judiciário, a começar pelo Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Judiciário nacional.

A competência do Supremo Tribunal Federal é ditada pelo art. 102 da Carta Magna. O principal objetivo do constituinte foi caracterizar o Supremo Tribunal federal como órgão guardião da Constituição. Desse modo foi que lhe outorgou as competências necessárias para que ficasse investido da prerrogativa de dizer a última palavra em matéria constitucional. Assim, o Supremo Tribunal 196

Federal é o destinatário da ação direta de inconstitucionalidade – meio de controle concentrado de constitucionalidade dos atos normativos

–, bem como do recurso extraordinário, meio pelo qual foi transformado na última instância de jurisdição quando a questão constitucional é suscitada pela via difusa.

Já a competência do Superior Tribunal de Justiça porta uma peculiaridade, embora não seja essa sua única finalidade. Ficou clara a intenção do constituinte de 1988 de atribuir-lhe o papel de guardião do direito federal, transformando-o em última instância de jurisdição quando a questão em debate relacionar-se com o direito federal (matérias infraconstitucionais).

Quanto aos Tribunais Regionais Federais e aos juízes federais englobados dentro da Justiça Federal, podemos dizer que a dita possui competência para julgar 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 acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho, causas entre Estado estrangeiro ou organismos internacionais contra município ou pessoas residente ou domiciliada no país e as disputas sobre direitos indígenas.

A Justiça, em nível estadual, tem competência residual, ou seja, colocam-se sob sua jurisdição as questões que não são apanhadas pela competência das Justiças Especializadas e da Justiça Federal.

Portanto, temos a primeira instância representada pelos juízes de direito, e a segunda, pelo Tribunal de Justiça.

A Justiça do Trabalho se constitui de três instâncias judiciárias que são as Varas do Trabalho, os Tribunais Regionais do Trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho.

O Tribunal Superior do Trabalho tem seus fundamentos e constituição previstos no art. 111, § 1.° da Carta Federal. Já quanto ao Tribunal Regional do Trabalho, é inquestionável que em cada Estado e no Distrito Federal há de ter ao menos um, formado por juízes togados, devendo ser respeitada a mesma proporção na composição determinada para o Tribunal Superior do Trabalho. E, por fim, as Varas do Trabalho serão exercidas por um juiz singular.

A competência da Justiça do Trabalho está adstrita ao julgamento dos dissídios individuais e coletivos.

A Justiça Eleitoral compõe-se do Tribunal Superior Eleitoral, dos Tribunais Regionais Eleitorais, das juntas eleitorais e dos juízes eleitorais. A composição do primeiro vem estabelecida no art. 119 da Constituição, assim como a dos Tribunais Regionais Eleitorais no art. 120; as juntas eleitorais são integradas por um juiz eleitoral e por cidadãos – dois a quatro – nomeados pelo Presidente do Tribunal Regional Eleitoral, com funções específicas para a eleição a qual foram constituídas.

A Justiça Militar é formada pelo Superior Tribunal Militar, pelos Tribunais Militares e pelos juízes militares.

A nível federal, a Justiça Militar, competente para o julgamento dos crimes militares levados a efeito por integrantes das Forças Armadas, é representada, no primeiro grau, pelos Conselhos de Justiça Militar e, no segundo, pelo Superior Tribunal Militar, que, ademais, possuem competências originárias.

Em nível estadual, a Justiça Militar é integrada, no segundo grau, pelos Tribunais de Justiça Militar e, no primeiro, pelos Conselhos de Justiça. Os dois juízos têm por competência o julgamento de crimes militares, quando levados a

efeito pelos integrantes da polícia militar. Nos Estados, onde não foi organizado o Tribunal de Justiça Militar, responde pela competência o Tribunal de Justiça local.

16. Ministério Público

16.1. Apresentação

Todos nós sabemos que, num país organizado e regido por leis, há três tipos de poderes: um que faz as leis (o Legislativo), outro que administra, fazendo obras e prestando serviços à população (o Executivo) e um poder que julga os desrespeitos à lei, fazendo justiça nos casos que lhe são apresentados (o Judiciário), o que já foi passado nos pontos supra.

Mas essa tarefa de “prestar justiça” é muito delicada.

Primeiramente porque deve ser imparcial, depois porque só haverá justiça se as decisões forem tomadas com base na lei (a lei é a maior segurança de todos nós, trazendo-nos a certeza de que nada será feito

“arrogantemente”, mas seguindo critérios e limites já estabelecidos).

De todos os tipos de leis, a Constituição é a mais importante, é a que mais prevalece sobre todas as outras – fato também já comprovado em nossas palavras.

E quem é que fiscaliza a realização de justiça dentro dos limites da lei? Quem toma iniciativa para exigir que a lei seja cumprida? Quem exige a responsabilidade de todos (toda e qualquer pessoa) que infrinjam a lei?

A Constituição Federal de 1988 determinou que essa tarefa seja prestada por um órgão, cuja função essencialíssima é defender a lei para que vivamos sob o Império do Direito e não sob a insegurança do arbítrio, do bom ou mau humor de algum governante, ou juiz, ou legislador, ou de qualquer pessoa.

O Ministério Público é, portanto, a Instituição com a missão de defender a ordem jurídica, ou seja, a própria Constituição e todas as Leis.

Como a Carta Magna estabelece que o Brasil é uma democracia, ela também confiou ao Ministério Público a defesa desse

“regime democrático”. E só há democracia se houver respeito aos 200

direitos e interesses de toda a coletividade (interesses sociais) e de cada uma das pessoas (interesse individual).

16.2. Definição

A definição dada pela Constituição ao Ministério Público é de que é o mesmo uma “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado”. Portanto, analisemos seus elementos:

“Permanente” – Quer dizer que, da mesma forma que não pode acabar o Poder Legislativo, não pode ser fechado o Poder Judiciário.

O Ministério Público deverá existir sempre, permanentemente (ao contrário do que é provisório, precário, transitório). Nenhuma lei jamais poderá extinguir tal instituição permanente;

“Essencial à função jurisdicional” – Significa que o Ministério Público deverá estar sempre presente em toda a atividade do Poder Judiciário. Esse Poder é que presta a função jurisdicional aplicável às questões controvertidas que lhe são apresentadas. Assim, sempre que o Poder Judiciário estiver dizendo o direito aplicável (prestando a função jurisdicional) deverá atuar o Ministério Público.

Confiramos que o Ministério Público tem atuação precípua, essencial, na atividade jurisdicional do Estado. Basicamente, pois, o Ministério Público atuará onde houver um Fórum, um Tribunal, um Juízo de Direito. E quando atuar defendendo a ordem jurídica, o 201

regime democrático, os interesses sociais indisponíveis, os interesses individuais indisponíveis o Ministério Público atuará fiscalizando o serviço do Juízo de Direito ou Tribunal, ou promovendo ações para que o Judiciário julgue a questão e aplique a lei cabível às infringências apontadas por ele.

16.3. Atuação

No Brasil há vários órgãos jurisdicionais, com diferentes competências. Essas diferenças de atuações foram estabelecidas pela própria Constituição Federal. Há órgãos do Judiciário na Justiça Militar, na Justiça Eleitoral, na Justiça do Trabalho, na Justiça Federal, na Justiça Estadual nos diferentes “degraus” dessas Justiças, etc.

E, em todos eles, órgãos ou instâncias, há sempre atuante um representante do Ministério Público, ainda que com denominação diferente.

Na esfera da Justiça Federal, o órgão do Ministério Público se chama Procurador da República, na Justiça do Trabalho, Procurador do Trabalho, Procurador Eleitoral na Justiça Eleitoral e Promotor de Justiça na primeira instância da Justiça Estadual (na segunda instância se chama Procurador de Justiça).

É o promotor de justiça quem processa os criminosos, defende o meio ambiente, o consumidor, os órfãos/incapazes, a família, os ausentes, as crianças/adolescentes, a regularidade das 202

falências, e até a liberdade de acessos à praias, etc. Naturalmente, em todo Fórum existirá uma Promotoria de Justiça, onde trabalhará o promotor.

Por derradeiro, é bom destacar novamente que cumpre ao Ministério Público a tutela dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Deve ele defender, pois, apenas os interesses que sejam vitais, tão importantes que a sociedade ou a pessoa não poderia desse bem dispor, abrir mão, mesmo que quisesse. Assim, o promotor não defenderá o credor contra um devedor “caloteiro” – o dinheiro é algo disponível, que qualquer um poderá abrir mão.

16.4. Garantias e vedações

A Constituição Federal criou um sistema que faz interagir garantias de um lado, e vedações de outro, com o propósito de assegurar a isenção dos membros do Ministério Público no exercício das funções que lhes foram atribuídas pela própria Constituição e pelas leis. Assim, asseguram-se ao membro do Ministério Público a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos, mas, por outro, proíbe-se o exercício de política partidária, da advocacia e do comércio.

A inamovibilidade assegura que o membro do Ministério Público não pode ser removido do seu cargo ou de suas funções, 203

salvo com autorização prévia de dois terços dos integrantes do Conselho Superior do Ministério Público.

A vitaliciedade indica que os membros do Ministério Público, superado os dois anos de estágio probatório, só podem ser demitidos mediante sentença transitada em julgada.

A irredutibilidade de vencimentos garante que a remuneração dos membros do Ministério Público não pode ser reduzida. Essa garantia, porém, tem caráter meramente nominal, ou seja, não está assegurada em face de corrosão inflacionária dos vencimentos.

No que concerne às vedações, a Constituição proibiu ao membro do Ministério Público o recebimento de honorários, porcentagem ou custas processuais, o exercício de advocacia, a participação em sociedade comercial, nos termos da lei, o exercício de qualquer outra função pública, salvo uma de magistério, e o exercício de atividade político-partidária, salvo exceções previstas em lei.

Como se vê, tanto as garantias como as vedações guardam o mesmo objetivo: assegurar a isenção e a autonomia do membro do Ministério Público para o exercício de suas funções.

16.5. Procurador-Geral da República e Procurador-Geral de Justiça

204

O Ministério Público da União é comandado pelo 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 uma investidura de dois anos, prorrogáveis se houver recondução.

Os Ministérios Públicos dos Estados são chefiados pelos Procuradores-Gerais de Justiça, nomeados pelos Governadores, dentre os integrantes de lista tríplice de membros da carreira, na forma da lei orgânica do respectivo Ministério Público, para, também, uma investidura de dois anos, permitida a recondução.

O Procurador-Geral da República poderá ser destituído pelo Presidente da República, mediante prévia autorização de dois terços do Senado federal, enquanto os Procuradores-Gerais de Justiça poderão ser destituídos por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo, na forma da lei orgânica do respectivo Ministério Público.

16.6. Funções institucionais do Ministério Público

O Ministério Público possui diversas atribuições constitucionais, que, no entanto, não esgotam sua atividade, pois a lei pode conferir outras à Instituição, desde que compatíveis com sua finalidade. Afora isso, subsistem as advindas da lei de cada Estado, com funções específicas, para os membros do Ministério Público.

As funções constitucionais do Ministério público são divididas aqui, topicamente, em:

a) Ação penal pública – ao Ministério Público foi outorgado o monopólio da ação penal pública. A única exceção à regra é aquela traçada pelo art. 5.º, LIX, segundo o qual "será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal";

b) Investigação criminal direta – a Constituição assegurou ao Ministério Público as prerrogativas de requisitar documentos e informações, bem como diligências investigatórias, pois, sendo o inquérito policial de conhecimento trivial, não é ele fundamental para o ajuizamento da ação penal. Conclui-se, portanto, que a investigação criminal pode ser promovida diretamente pelo Ministério Público;
c) Controle externo da atividade policial – este controle refere-se à atividade policial afeta ao âmbito de funções de Ministério Público. Refere-se, então, à atividade de Polícia Judiciária, que é a atividade principal da polícia civil (investigação) e secundária da polícia militar (investigação de crimes militares);
d) Proteção do patrimônio público e social – os atos lesivos ao patrimônio público e social, incluídos os afrontantes à moralidade administrativa, devem ser objeto da atividade do Ministério Público, que, no ponto, será instrumentalizada pelo inquérito civil público e através ação civil pública;

206

e) Ação de inconstitucionalidade e representação interventiva;

f) A defesa do meio ambiente;

g) A defesa das populações indígenas;

h) A tutela de outros interesses difusos e coletivos, de que são exemplos os provenientes de danos coletivos e difusos ao consumidor, às posturas urbanas (loteamento clandestino), aos direitos constitucionais dos cidadãos, à infância e à juventude e aos deficientes físicos. Essa tutela, assim como a do meio ambiente, também se instrumentaliza basicamente por meio do inquérito civil público e da ação civil pública.

207

Referências bibliográficas

ARAUJO, Luiz Alberto David & **NUNES JUNIOR**, Vidal Serrano.

Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes & **MOREIRA**, Vital.

Fundamentos da Constituição. Coimbra, Coimbra Ed., 1991.

_____.

Constituição da República portuguesa

anotada. 3. ed. Coimbra, Coimbra Ed.

CARRILO, Marc. La cláusula de consciencia. Y el secreto professional de los periodistas. Madrid, Ed. Civitas, 1993.

CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Trad.

Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa, Livr. Morais Ed., 1961.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro –

Direito das coisas. São Paulo, Saraiva, 2001.

GOMES, Orlando. Direitos reais. 12. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1996.

208

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Inviolabilidade de domicílio na Constituição. São Paulo, Malheiros Ed., 1993.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de direito processual civil.

Trad. e notas Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense. v. 1.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito constitucional. 3. Ed. São Paulo, Malheiros Ed.

MELLO FILHO, José Celso de. Constituição Federal anotada. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1986.

MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967.

São Paulo, Revista dos Tribunais Ed., 1968. t. 5.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. São Paulo, Atlas, 1997.

MOREIRA, Vital. O direito de resposta na comunicação social. Coimbra, Coimbra Ed., 1994.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. Que és el tercer Estado?. Madrid, Aguilar, 1973.

209

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 5. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989.

210

Document Outline

- Direito Constitucional em S�ntese
  - Pref�cio
  - 1. Constitui��o
  - 2. O Poder Constituinte
  - 3. Poder Constituinte Origin�rio
  - 4. Poder Constituinte Derivado
  - 5. Controle da constitucionalidade
  - 6. Estado Unit�rio, Estado Federado e Confedera��o
  - 7. Art. 5.º da Constitui��o Federal
  - 8. Nacionalidade
  - 9. Direitos pol�ticos
  - 10. Partidos pol�ticos
  - 11. Interven��o
  - 12. Administra��o P�blica
  - 13. Poder Legislativo
  - 14. Poder Executivo
  - 15. Poder Judici�rio
  - 16. Minist�rio P�blico
  - Refer�ncias bibliogr�ficas