

AULA 0: APLICABILIDADE DE UMA NOVA CONSTITUIÇÃO

Bem, na aula de hoje, trataremos de um assunto de suma importância para o estudo do Direito Constitucional para o fim de concurso público, não só por ser ele muito cobrado pelas bancas examinadoras, mas, também, por ser requisito indispensável para o entendimento de outros tópicos da disciplina, especialmente para a compreensão do tópico controle de constitucionalidade das leis.

A questão discutida será, basicamente, a seguinte: **o que acontece num dado ordenamento jurídico quando é promulgada uma nova constituição? O que acontece com a constituição pretérita? O que acontece com todas as demais leis antigas, editadas na vigência de constituições pretéritas? O que acontece com os contratos em andamento no momento da promulgação da nova constituição?** Será que estes contratos serão afetados pela nova constituição, caso esta traga alguma nova disposição sobre a matéria neles pactuada? Ou será que a nova constituição só terá aplicação aos futuros contratos, pactuados a partir de sua entrada em vigor?

Essas são apenas algumas das dúvidas que podem surgir no momento em que é promulgada a nova constituição de um dado País.

Antes de começarmos efetivamente a examinar todas essas questões, uma sugestão de amigo, de quem se sente concursando até hoje, depois de oito anos de estrada na preparação de candidatos (a única distinção entre mim e vocês é que eu já ralei mais, devo ter estudado um pouco mais, só isso!), e, especialmente, de quem já estudou muito Direito na vida, sem possuir formação jurídica, sem ser bacharel em Direito.

Digo sempre em sala de aula que a maior dificuldade que os candidatos têm no estudo do Direito Constitucional é que eles não conseguem trazer os assuntos ministrados nas aulas para o cotidiano, para o dia a dia; ficam estudando tópicos e mais tópicos do Direito Constitucional em abstrato, como se eles fossem uma nuvem, muito longe do alcance; aprendem tudo sobre ADIN, sobre princípio da razoabilidade etc., memorizam que a decisão proferida em ADIN é dotada de efeitos ex tunc e vinculantes, mas não se preocupam em saber, em imaginar, de fato, o que isso significa, ou que poderá significar no nosso dia a dia; moral da história: chega o dia da prova, o examinador muda um pouquinho a maneira de cobrar a matéria, ou cobra a aplicação dos conceitos numa situação hipotética, e pronto, todos aqueles conceitos memorizados não servirão para nada, para absolutamente nada...

Então, vamos começar da maneira correta: tentem trazer os assuntos que serão por nós estudados para o dia a dia, para o seu cotidiano, mesmo você não sendo bacharel em Direito isso não será difícil, pois, na verdade, todos esses assuntos jurídicos poderão nos afetar amanhã ou depois; ao estudar mandado de segurança, pense que amanhã você poderá necessitar ajuizar essa ação em seu favor, contra uma ilegalidade praticada na realização de um concurso público, e até para conversar com o advogado será interessante você conhecer um pouco do assunto; ao estudar ADIN, pense que amanhã ou

depois você poderá ser beneficiado (ou prejudicado) por uma decisão do STF nessa espécie de ação, mesmo você não tendo tomado nenhuma iniciativa, mesmo você não tendo autorizado ninguém a ajuizar a ação em seu nome (agora mesmo, nesses dias - maio de 2004 -, o STF começou a apreciar duas ADIN contra a cobrança da contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos e dos pensionistas, criada pela Emenda Constitucional nº 41/2003, e a decisão do STF provavelmente afetará o nosso futuro enquanto servidores públicos ou pensionistas); ora, não vamos mais ficar estudando Direito Constitucional como “aquela nuvem que passa, ao longe”, senão no dia da prova você também voará, como a nuvem...

Nesse assunto de hoje, vamos pensar assim: o que aconteceu no Brasil em 05/10/1988, data em que foi promulgada a vigente Constituição Federal? O que aconteceu com a Constituição pretérita, de 1969? O que aconteceu com o Código Penal, com o Código Civil, com o Código Comercial antigos? Enfim, o que aconteceu com todas as espécies normativas editadas em data anterior à 05/10/1988, sob a vigência de constituições pretéritas?

Ou, se você for futurista, pode também pensar assim: o que acontecerá com a atual Constituição de 1988 e com todas as demais leis hoje existentes se no ano de 2006 for promulgada uma nova constituição no Brasil?

Bem, vamos então analisar todas essas situações, começando com o confronto entre a constituição nova e a constituição pretérita.

1) CONSTITUIÇÃO NOVA (X) CONSTITUIÇÃO ANTIGA

O confronto entre constituição nova e a constituição pretérita não oferece maiores problemas, o entendimento é simplório: a nova constituição revoga integralmente a constituição antiga, independentemente da compatibilidade entre os seus dispositivos.

Muito fácil: promulgada a nova constituição, a antiga é retirada do ordenamento jurídico, globalmente, ainda que supostamente haja compatibilidade entre os seus dispositivos, ainda que não haja conflito entre os dispositivos das duas constituições. A revogação é completa, global. Não vamos nem perder tempo analisando se os artigos da constituição antiga são compatíveis (ou não) com a nova constituição; promulgada a nova, a antiga é retirada integralmente do ordenamento jurídico.

Super tranquilo, não? Nada mais cristalino: promulgada uma nova constituição, fica automaticamente revogada a constituição antiga. Essa a posição dominante no nosso País, e que é adotada, sem maiores discussões, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), órgão do Poder Judiciário que dispõe da competência para ditar a última palavra quando o assunto é Direito Constitucional.

Entretanto (e é melhor vocês irem acostumando com isso, infelizmente Direito não é como matemática, em que $2 + 2$ são sempre 4!), nem toda a doutrina aceita essa posição, há uma corrente doutrinária minoritária que defende, no confronto entre constituição nova e constituição pretérita, a aplicação da “tese da desconstitucionalização”, explicada a seguir.

1.1) TESE DA DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO

Conforme dito antes, nem todos os constitucionalistas brasileiros aceitam o entendimento de que a nova constituição revoga globalmente a constituição antiga, independentemente da compatibilidade entre os dispositivos das duas constituições.

Defendem alguns autores que com a promulgação da nova constituição, teríamos que examinar dispositivo por dispositivo da constituição antiga, para verificarmos quais deles entram em conflito com a nova constituição, e quais deles são compatíveis com a nova constituição. Aqueles (os dispositivos incompatíveis) serão revogados pela nova constituição; estes (os dispositivos compatíveis) serão recepcionados pela nova constituição, como se fossem leis, como se fossem normas infraconstitucionais.

Portanto, a tese da desconstitucionalização prescreve o seguinte: os dispositivos da constituição antiga que não entrarem em conflito com a nova constituição serão recepcionados por esta, mas não como normas constitucionais; serão eles recepcionados com força de lei, como se fossem leis, significando dizer que, daí por diante, no novo ordenamento constitucional, poderão eles ser alterados e revogados por simples leis supervenientes (não haveria necessidade de emenda à constituição para alterá-los ou revogá-los).

Daí a denominação “desconstitucionalização”: os dispositivos da constituição antiga passariam por um processo de desconstitucionalização, isto é, perderiam eles sua natureza de normas constitucionais, sua roupagem de normas constitucionais, e ingressariam e se comportariam no novo ordenamento como se fossem meras leis.

Concluindo este item, alerto que vocês deverão levar para a prova as seguintes orientações: (a) que a posição dominante, válida no Brasil é aquela descrita no item 1, isto é, que a constituição nova revoga integralmente a constituição antiga; (b) que, entretanto, a matéria não é pacífica, isto é, nem todos os estudiosos do direito (doutrina) pensam dessa maneira; (c) que alguns defendem a aplicação, nessa situação, da tese da desconstitucionalização; (d) mas que, porém, a tese da desconstitucionalização não é aceita no Brasil, aqueles que a defendem são uma minoria.

Visto o que acontece com a constituição pretérita, veremos agora o que acontece com as demais leis antigas, de todas as espécies.

2) NOVA CONSTITUIÇÃO (X) DIREITO ORDINÁRIO ANTERIOR

Agora, a análise diz respeito ao que acontecerá com as demais normas antigas do ordenamento jurídico quando é promulgada uma nova constituição. Enfim, o que acontecerá com as antigas leis complementares, com as antigas leis ordinárias, com as antigas leis delegadas, com os antigos decretos legislativos, com as antigas resoluções, com os antigos regimentos dos tribunais do Poder Judiciário, com os antigos regimentos das Casas do Poder Legislativo etc.

Ora, aqui é fácil perceber que não seria razoável afirmar que todas essas normas desaparecem automaticamente em razão da promulgação da nova

constituição, que todas elas, qualquer que seja o seu conteúdo, são integralmente revogadas pela nova Constituição. Se isso acontecesse, teríamos um caos jurídico no País, imaginem o que aconteceria se com a promulgação da nova constituição ficássemos sem Código Penal, sem Código Civil, enfim, sem nenhuma lei publicada em data anterior!

Então, aqui sim, para evitarmos o caos jurídico no País, teremos que aproveitar algumas leis antigas, desde que elas não se mostrem conflitantes com o novo texto constitucional. Com a promulgação da nova constituição, teremos que separar “o joio do trigo”, isto é, separar entre as leis antigas aquelas que são compatíveis e aquelas que são incompatíveis com a nova Constituição.

2.1) NOVA CONSTITUIÇÃO (X) DIREITO ORDINÁRIO ANTERIOR INCOMPATÍVEL

Se o direito ordinário anterior é incompatível com a nova constituição, esta não permitirá que ele ingresse no novo ordenamento constitucional, pois seria uma incongruência a nova constituição permitir que leis antigas, contrárias aos seus princípios, continuassem a ter vida. Assim, todas as leis pretéritas conflitantes com a nova constituição serão revogadas por esta.

Esse entendimento vale para todas as espécies normativas pretéritas infraconstitucionais, subconstitucionais, alcançando não só as leis formais, mas os decretos, regimentos, portarias, atos administrativos em geral etc.

Esse o entendimento consagrado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e aceito pela doutrina dominante no Brasil.

Entretanto, mais uma vez, nem todos os constitucionalistas pensam dessa maneira, nem todos os constitucionalistas entendem que a nova constituição revoga o direito anterior incompatível.

Defendem alguns autores que para se falar em “revogação” temos que pressupor o confronto entre normas de mesma natureza, de mesma hierarquia. Assim, para esses doutrinadores, constituição revoga constituição, lei revoga lei, decreto revoga decreto e assim por diante. Não se poderia afirmar, portanto, que constituição revoga lei (pois não são normas de mesma natureza, de mesmo nível hierárquico).

Logo, defendem eles, teríamos nesse caso a ocorrência da denominada “inconstitucionalidade superveniente” – e não revogação. O direito ordinário anterior incompatível não seria revogado pela nova constituição, mas tornar-se-ia inconstitucional em face dela.

Portanto, inconstitucionalidade superveniente é o fenômeno jurídico pelo qual uma norma tornar-se-ia inconstitucional em momento futuro, depois de sua entrada em vigor, em razão da promulgação de um novo texto constitucional em sentido contrário.

Exemplificando: uma lei “K” seria publicada hoje, de acordo com a constituição “X”, hoje em vigor, e tornar-se-ia inconstitucional no futuro, em razão da promulgação de uma nova constituição “Y”, que trouxesse um tratamento em

sentido contrário. A lei “K” não seria revogada pela constituição “Y”; a lei “K” tornar-se-ia inconstitucional frente à constituição “Y”.

Porém, essa tese – ocorrência da inconstitucionalidade superveniente – não é aceita pelo Supremo Tribunal Federal, para o qual teremos na situação descrita uma mera revogação da lei “K” pela constituição “Y”.

Para o STF, não se pode falar em inconstitucionalidade nessa situação (confronto de uma lei antiga com uma nova constituição), porque “o juízo de constitucionalidade pressupõe contemporaneidade entre a lei e a constituição, isto é, pressupõe lei e constituição de uma mesma época”.

Assim, uma lei só poderá ser considerada inconstitucional em confronto com a constituição de sua época, em vigor no momento de sua publicação; não poderá uma lei ser considerada inconstitucional em confronto com uma constituição futura, pelo seguinte fundamento: inconstitucionalidade nada mais é do que um desrespeito à constituição, e o legislador, ao editar a lei “K”, não tinha como desrespeitar a constituição “Y”, pela razão óbvia de que ela ainda não existia.

Portanto, fixe o seguinte: (a) uma lei só poderá ser considerada inconstitucional (ou constitucional) em confronto com a constituição de sua época; (b) o confronto entre uma lei e constituição futura não se resolve pelo juízo de constitucionalidade, mas sim pela revogação (se a lei pretérita for incompatível com a nova constituição) ou pela recepção (se a lei pretérita for compatível com a nova constituição).

2.2) NOVA CONSTITUIÇÃO (X) DIREITO ORDINÁRIO ANTERIOR COMPATÍVEL

Se as leis antigas forem compatíveis com a nova constituição, se não entrarem em conflito com o texto e princípios da nova constituição, serão **recepcionadas** por esta, ganharão nova vida no ordenamento constitucional que se inicia.

Pelo até aqui estudado, podemos concluir o seguinte a respeito do confronto entre o direito pré-constitucional e a nova constituição: (a) no caso de compatibilidade, será ele recepcionado pela nova constituição; (b) no caso de incompatibilidade, será ele revogado pela nova constituição.

Resta-nos avaliar, ainda, como se dá, efetivamente, esse confronto, como se chega a uma conclusão a respeito dessa compatibilidade ou incompatibilidade. Estudaremos esses pontos a partir da elaboração de respostas a algumas relevantes indagações.

Pergunta 1: Quais os critérios são levados em conta, quais os aspectos são considerados e quais são desconsiderados nesse confronto entre norma antiga e a nova constituição? O que se leva em conta para se chegar à conclusão de que uma norma pré-constitucional é compatível ou incompatível com a nova constituição?

Resposta: No confronto entre norma antiga e uma nova constituição, só se leva em conta a denominada “compatibilidade material”, isto é, o conteúdo da norma. Se o conteúdo da norma antiga for compatível com a nova constituição, será ela recepcionada; se o conteúdo da norma antiga for incompatível com a nova constituição, será ela revogada. Enfim: no caso de

compatibilidade material, teremos recepção; no caso de incompatibilidade material, teremos revogação.

Significa dizer que não nos interessa em nada, em absolutamente nada, a chamada "compatibilidade formal", que diz respeito aos aspectos formais de elaboração da norma. Esses, os aspectos formais, são absolutamente irrelevantes para a realização desse confronto entre norma antiga e a nova constituição. Eventual incompatibilidade formal não prejudicará, em nada, a recepção da norma, desde que haja compatibilidade material entre a norma antiga e a nova constituição.

Assim, não nos interessa, por exemplo, saber se há ou não correspondência entre o processo legislativo da época em que foi elaborada a norma antiga e o processo legislativo de elaboração da mesma espécie hoje, na vigência da nova constituição. Uma norma pré-constitucional que tenha sido elaborada na vigência da Constituição Imperial de 1824 poderá ser recepcionada pela Constituição Federal de 1988, ainda que os processos legislativos dessas duas épocas sejam absolutamente distintos. Diga-se de passagem, o Código Comercial atualmente em vigor (recepcionado pela CF/88) foi elaborado na fase imperial do Brasil (Lei nº 556, de 26/06/1850).

Não nos interessa, também, saber se existe ou não, na nova constituição, a espécie normativa antiga, que disciplinava a matéria. Não é por outro motivo que temos atualmente diversos decretos-leis em pleno vigor, mesmo sabendo que essa espécie normativa não integra mais o nosso processo legislativo, na vigência da Constituição Federal de 1988 (como se sabe, os decretos-leis foram substituídos pelas malsinadas medidas provisórias!).

Finalmente, não nos interessa saber se houve (ou não) mudança na exigência de formalidade para o tratamento da matéria. O fato de a constituição antiga exigir lei ordinária para o tratamento da matéria e a nova constituição só permitir que a mesma matéria seja disciplinada por meio de lei complementar não prejudicará em nada a recepção da norma antiga (ou vice-versa).

Pergunta 2: Qual será a força (status) da norma antiga no novo ordenamento constitucional? Será que as leis ordinárias antigas, quando recepcionadas, continuarão, necessariamente, com força de lei ordinária no novo ordenamento constitucional? Será que as leis complementares antigas continuarão, necessariamente, com status de lei complementar no novo ordenamento constitucional que as recepcionou?

Resposta: As normas pré-constitucionais não continuarão, necessariamente, com a mesma força (status) no novo ordenamento constitucional que as recepcionou. A força da norma pré-constitucional no novo ordenamento constitucional será determinada pela nova constituição, de acordo com o tratamento por ela dado à matéria. Só ela, a nova constituição, determinará qual será o novo status da norma pré-constitucional.

Assim, se na vigência da constituição antiga a matéria era disciplinada por lei ordinária, e a nova constituição passou a exigir lei complementar para o tratamento da mesma matéria, esse fato não prejudicará em nada a recepção da norma antiga, se houver compatibilidade material entre elas. O que

teremos, no caso, é que a lei ordinária antiga adquirirá, na vigência da nova constituição, status de lei complementar, vale dizer, será recepcionada com força de lei complementar, significando dizer que, no novo ordenamento constitucional, só poderá ser alterada ou revogada por outra lei complementar (ou por norma de superior hierarquia, como uma emenda à constituição, por exemplo).

Foi o que aconteceu, por exemplo, com a Lei Ordinária nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional), que, embora editada à época como lei ordinária, possui hoje, na vigência da Constituição Federal de 1988, força de lei complementar, pelo simples fato de que esta CF/88 exige lei complementar para dispor sobre normas gerais em matéria de legislação tributária (CF, art. 146, III).

Poderemos ter, também, perda de status: se a constituição antiga exigia lei complementar para o tratamento da matéria e a nova constituição permite que a matéria seja disciplinada por lei ordinária, a lei complementar será recepcionada com status de lei ordinária, podendo, no novo ordenamento constitucional, ser alterada ou revogada por lei ordinária.

Poderemos ter, ainda, mudança de competência do ente federado para o tratamento da matéria, sem prejuízo para a recepção da lei. Assim, se na vigência da constituição pretérita a competência para o tratamento da matéria pertencia à União e a nova constituição outorgou essa competência para os Estados ou para os Municípios, a lei federal pretérita poderá ser recepcionada com força de lei estadual ou municipal, conforme o caso.

Exemplificando: uma lei federal pré-constitucional aprovada, à época, com base na competência da União definida na constituição pretérita é considerada recepcionada pela Constituição Federal de 1988 com status de lei estadual ou municipal se a matéria por ela disciplinada passou, segundo esta nova Constituição de 1988, para o âmbito de competência dos Estados ou dos Municípios, conforme o caso. A simples mudança de competência do ente federado não prejudicará a recepção da norma antiga, se houver compatibilidade material entre esta e a nova constituição. Na hipótese, os entes federados, Estados e Municípios, continuarão dando aplicação à lei federal antiga (agora com status de norma estadual ou municipal, conforme o caso), até que editem suas próprias leis sobre a matéria (alterando ou revogando a antiga lei federal recepcionada).

Ainda a respeito, considere a seguinte situação hipotética: na vigência da constituição pretérita a competência para legislar e explorar o gás canalizado pertencia à União, que havia editado a norma federal, que se encontrava em pleno vigor no momento da promulgação da Constituição Federal de 1988. Nessa situação, como a Constituição Federal de 1988 outorgou essa competência para os Estados-membros (CF, art. 25, § 2º), a lei federal pretérita sobre o assunto seria recepcionada com força de lei estadual (para evitar a descontinuidade jurídica, os Estados-membros continuariam aplicando a lei federal pretérita sobre o assunto até editarem suas próprias leis).

Finalmente, poderá acontecer de uma norma pré-constitucional permanecer com a mesma força no novo ordenamento constitucional. Basta, para isso, que a nova constituição continue a exigir o mesmo tratamento para a respectiva matéria. Se na vigência da constituição antiga determinada matéria era disciplinada por lei ordinária, e a nova constituição continua a exigir lei ordinária para o seu tratamento, tal norma será recepcionada com a mesma força, vale dizer, como norma ordinária (mas, frise-se: não pelo fato de ter sido ela lei ordinária no regime constitucional anterior; e sim pelo fato de a nova constituição exigir lei ordinária para a disciplina da matéria).

Pergunta 3: Como se dá a recepção? A norma antiga terá que ser integralmente recepcionada (ou revogada), ou poderemos ter recepção parcial, de apenas alguns dispositivos da norma antiga?

Resposta: A análise quanto à compatibilidade material há que ser feita de maneira individualizada, dispositivo por dispositivo. Assim, é muito comum, numa lei antiga de 100 artigos, termos a recepção de apenas 8 artigos. Temos, ainda, situações em que somente parte de um dispositivo da lei antiga foi recepcionada (por exemplo: há julgados do STF reconhecendo que “a parte final do caput do art. 20 da lei tal não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988”).

E mais: numa mesma lei antiga, poderemos ter dispositivos recepcionados com diferentes status pela nova constituição. Imagine que de uma lei ordinária antiga, composta de 10 artigos, 2 foram recepcionados pela nova constituição e 8 foram por esta revogados. Imagine, agora, que os 2 artigos recepcionados tratam de matérias distintas, e que a nova constituição tenha passado a exigir lei complementar para o tratamento da matéria disciplinada num deles, e continuado a permitir que lei ordinária trate da matéria constante do outro. Nessa situação hipotética, um dos artigos seria recepcionado com força de lei complementar, e o outro com força de lei ordinária.

Pergunta 4: Para aplicação dessas regras (de recepção ou revogação do direito pré-constitucional) será necessária previsão expressa na nova constituição?

Resposta: Não, essa força da nova constituição dá-se tacitamente, com a simples promulgação de seu texto, independentemente de disposição expressa. Promulgada a nova constituição, ocorrerá, tacitamente, naquele momento, a revogação das normas pré-constitucionais com ela materialmente incompatíveis, e a recepção daquelas com ela materialmente compatíveis. Não há necessidade de disposição expressa dessa regra no texto da nova constituição.

Pergunta 5: E se houver dúvida sobre o que aconteceu com uma lei antiga, diante da promulgação da nova constituição? Se alguns entenderem que ela foi recepcionada, e outros entenderem que ela foi revogada pela nova constituição, como será resolvida a questão?

Resposta: De fato, afirmar que a revogação e a recepção ocorrem tacitamente, com a simples promulgação da nova constituição, não significa que amanhã ou depois não possamos ter uma controvérsia sobre a recepção ou revogação de determinada lei antiga. Por exemplo: num dado contrato, celebrado hoje, uma

das partes poderá entender que se aplica a ele determinada lei antiga, que fora recepcionada pela Constituição Federal de 1988, enquanto a outra parte poderá entender que tal lei antiga não é aplicável ao contrato, em razão ter sido ela revogada pela Constituição Federal de 1988.

Assim, havendo controvérsia a respeito da revogação (ou da recepção) de alguma norma pré-constitucional, caberá ao Poder Judiciário decidir se tal norma foi recepcionada ou revogada pela nova constituição. De acordo com a interpretação dada ao texto e princípios da nova constituição, fixará o Poder Judiciário o entendimento a respeito da recepção (ou da revogação) da norma antiga.

Só não vamos, nesse momento, estudar como o Poder Judiciário poderá ser chamado a apreciar essa controvérsia (se na via concreta, ou se na via abstrata etc.), pois essa questão será melhor compreendida no momento oportuno, quando estudarmos o assunto controle de constitucionalidade.

Pergunta 6: E quando temos a promulgação de uma emenda à constituição, como se resolve o conflito entre as leis até então existentes e o novo texto constitucional, resultante da emenda?

Resposta: Esse mesmo entendimento até aqui estudado, levando-se em conta a promulgação de uma nova constituição, é aplicável, também, quando ocorre a promulgação de uma emenda à atual Constituição de 1988.

Assim, quando é promulgada uma emenda à atual Constituição, não podemos afirmar que as leis até então existentes com ela materialmente incompatíveis tornaram-se inconstitucionais frente à emenda, e sim que foram revogadas pela emenda – e assim por diante.

Temos que avaliar, ainda, uma terceira situação: o que ocorre com o direito pré-constitucional que não se encontrava em vigor no momento da promulgação da nova constituição? Será ele repristinado pela nova constituição, ou não?

2.3) NOVA CONSTITUIÇÃO (X) DIREITO ORDINÁRIO ANTERIOR NÃO VIGENTE

Nesse item, a questão estudada é a seguinte: o que acontece com uma lei pré-constitucional que, no momento da promulgação da nova constituição, não estava no ordenamento jurídico, não estava em vigor? Será que a nova constituição restaurará automaticamente a sua vigência, no caso de compatibilidade de tal lei com o novo texto constitucional? Ou será que não haverá essa restauração?

Imagine que uma lei pré-constitucional, editada em 1980, sob a vigência da Constituição Federal de 1969, tenha permanecido no ordenamento jurídico até 03/10/1988, dois dias antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, data em que foi revogada (ou retirada do ordenamento jurídico pela declaração de inconstitucionalidade, por ofensa à Constituição Federal de 1969). Dois dias depois é promulgada a Constituição Federal, que confere um novo tratamento à matéria, de forma que tal lei, se estivesse no ordenamento jurídico, estaria em plena compatibilidade com o novo texto constitucional, em plena harmonia. Mas o fato é que ela não está mais no ordenamento jurídico, foi dele retirada

há dois dias. Então, nessa situação, é que se faz a pergunta: a nova constituição restaurará automaticamente essa lei?

Nessa situação, teremos o seguinte: (a) se a nova constituição nada disser a respeito, não haverá a restauração da vigência da lei (não haverá repristinação tácita); (b) a nova constituição poderá restaurar a vigência da lei, desde que o faça expressamente (poderá ocorrer repristinação expressa).

Note-se que nesse caso não há que se falar em recepção, e sim em repristinação. Só há que se falar em recepção (ou em revogação) se a norma antiga estiver no ordenamento jurídico na data da promulgação da nova constituição. Se a norma não estiver no ordenamento jurídico no momento da promulgação da nova constituição, a situação há que ser resolvida levando-se em conta o fenômeno da repristinação, que, conforme visto, só ocorrerá se houver disposição expressa na nova constituição (na situação descrita, nada impede que a nova constituição possua um artigo específico que estabeleça "fica restaurada a vigência da lei "X", de 1980).

3) APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS (RETROATIVIDADE MÍNIMA)

Um outro ponto ainda merece ser estudado nesse assunto: a denominada aplicabilidade imediata das normas constitucionais, ou, em outras palavras, a retroatividade mínima das normas constitucionais.

O enfoque aqui é um pouco diferente: qual a incidência das novas normas constitucionais sobre os contratos em curso? Quando é promulgada uma nova norma constitucional, tem ela incidência sobre os contratos em curso, celebrados em data anterior, ou será que ela só atingirá os novos contratos, celebrados a partir da entrada em vigor da nova regra constitucional? Em 05/10/1988, quando foi promulgada a Constituição Federal de 1988, os dispositivos desta passaram a regular, de imediato, os contratos então em andamento, ou será que os novos ditames constitucionais só foram aplicáveis aos novos contratos, celebrados daí por diante?

Para bem entendermos essa questão, teremos que obter uma breve noção sobre os diferentes graus de retroatividade que poderão ser atribuídos às normas em geral, de acordo com a opção de cada País. Assim, temos os seguintes graus de retroatividade das normas:

a) **retroatividade máxima:** quando a nova norma alcança atos constituídos, já consolidados no passado, podendo atingir, até mesmo, a coisa julgada (exemplo: uma nova norma que determine o refazimento de partilhas já encerradas, para o fim de inclusão de novos sucessores);

b) **retroatividade média:** quando a nova norma alcança as prestações pendentes de fatos celebrados no passado (exemplo: uma nova norma que determine o pagamento das prestações vencidas e não pagas de determinado contrato celebrado no passado de acordo com um novo índice de reajuste por ela estabelecido);

c) **retroatividade mínima:** quando a nova norma alcança as prestações futuras de fatos celebrados no passado (exemplo: uma nova norma que determine o

pagamento das prestações futuras, vencíveis a partir da sua entrada em vigor, de acordo com o novo índice de reajuste por ela estabelecido).

Em vez de adotar um desses graus de retroatividade, poderá o legislador optar por outorgar às normas a chamada "irretroatividade", significando dizer que as novas leis somente serão aplicadas aos novos negócios jurídicos, celebrados após a sua vigência.

Uma consideração relevante: não se trata de afirmar que um desses graus de retroatividade seja o correto, e que os demais sejam inválidos; significa que cada ordenamento constitucional poderá optar por conferir às suas normas um desses graus, de acordo com suas tradições; por exemplo: a Itália poderá adotar para suas leis o grau de retroatividade média; a Alemanha, querendo, poderá adotar para suas leis o grau de retroatividade mínima e assim por diante.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que as normas constitucionais, salvo disposição expressa em sentido contrário, são dotadas de retroatividade mínima, isto é, que elas se aplicam, de imediato, às prestações futuras de contratos celebrados no passado.

Entre nós, a regra geral de aplicabilidade das normas constitucionais, portanto, é a chamada "retroatividade mínima".

Entretanto, nada impede que a Constituição Federal adote, em situações específicas, outros graus de retroatividade para suas normas (retroatividade média ou máxima). Por exemplo: o art. 51 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) é norma constitucional dotada de "retroatividade máxima", porque determina a revisão de todas as vendas, doações e concessões de terras públicas com área superior a três mil hectares realizadas no período de 1º de janeiro de 1962 a 31 de dezembro de 1987.

No silêncio da Constituição Federal de 1988, seus dispositivos serão dotados da retroatividade mínima, incidindo, de imediato, sobre os efeitos futuros de fatos celebrados no passado.

Um bom exemplo para visualizarmos a aplicação desse entendimento do STF é o disposto no art. 7º, IV, da Constituição Federal, que veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim.

Como se sabe, essa vedação constante da parte final do artigo 7º, IV, da Constituição visa evitar que ele seja usado como fator de indexação, para que, evitando essa utilização, não se crie empecilho ao aumento do salário mínimo em face da cadeia de aumentos que daí decorrerão se admitida essa vinculação. Enfim: a utilização do salário mínimo como fator de indexação de reajuste tornaria mais difícil a concessão de aumento ao seu valor, pois toda vez que fosse aumentado o valor do salário mínimo, teríamos uma cadeia de aumentos na economia do País (em razão da vinculação).

A cláusula impede, por exemplo, que salários, pensões etc. sejam vinculados ao salário mínimo, como se estabelecer que o salário de certo trabalhador será o de "valor correspondente a algumas vezes o salário mínimo", ou que alguma pensão será equivalente "a seis vezes o salário mínimo", pois implicaria dizer

que o salário mínimo seria utilizado para o aumento automático do salário / pensão em causa sempre que houvesse majoração de seu valor.

Pois bem, com fundamento nesse entendimento – de que as normas constitucionais são dotadas de retroatividade mínima -, o STF fixou a seguinte orientação a respeito da aplicabilidade do disposto no art. 7º, IV, da CF às situações constituídas em data anterior à promulgação do atual texto constitucional (RE 143812-6/GO, rel. Min. Ilmar Galvão, 27/08/1996):

“A vedação da vinculação do salário mínimo, constante do inciso IV do art. 7º da Carta Federal, que visa impedir a utilização do referido parâmetro como fator de indexação para obrigações, aplica-se imediatamente sobre as pensões que anteriormente foram estipuladas, não havendo que se falar em direito adquirido”.

Significa dizer, em simples palavras, que a vedação de vinculação do salário mínimo teve **aplicabilidade imediata**, incidindo sobre os efeitos futuros (prestações futuras) de fatos celebrados no passado (na hipótese, pensões estipuladas com base no salário mínimo em período anterior à promulgação da CF/88). Mesmo as pensões (e demais negócios jurídicos, como o pagamento de salários, aluguéis etc.) celebradas no passado com vinculação ao salário mínimo foram automaticamente atingidas pela nova regra constitucional, no que se refere às prestações futuras, vencíveis a partir de 05/10/1988, data de promulgação da CF/88 (a partir dessa data, houve uma desvinculação, uma desindexação automática desses negócios em relação ao salário mínimo, por força da retroatividade mínima do art. 7º, IV, da CF/88).

Por último, quero ressaltar que o STF fixou entendimento de que a retroatividade mínima só alcança as normas da Constituição Federal de 1988, não contemplando as normas das constituições dos Estados-membros, visto que estas estão sujeitas à vedação do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal (irretroatividade, não podendo atingir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada).

Da mesma forma, tal aplicabilidade imediata não alcança as normas infraconstitucionais (leis e atos normativos em geral), visto que estas também se submetem à regra geral da irretroatividade (admitidas certas exceções, que serão por nós estudadas no momento oportuno), prescrita no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

4) DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM FACE DE CONSTITUIÇÃO PRETÉRITA

Assunto de altíssimo nível este que agora estudaremos: seria possível hoje, sob a vigência da Constituição Federal de 1988, requerer perante o Poder Judiciário a declaração da invalidade de uma lei antiga em confronto com a constituição antiga, da época em que tal lei foi editada? **Seria possível hoje, sob a vigência da Constituição Federal de 1988, discutir perante o Poder Judiciário a validade de uma lei de 1970, em confronto com a constituição de sua época (Constituição de 1969, neste caso)?**

A resposta é afirmativa. Mesmo quando promulgada uma nova constituição continua sendo possível a discussão da validade das leis antigas em confronto

com as constituições antigas, da época da edição de tais leis. Por exemplo: mesmo hoje, sob a vigência da Constituição Federal de 1988 é possível discutir a validade de uma lei antiga, de 1970, em confronto com a constituição de sua época (Constituição de 1969, neste caso).

Isso porque o indivíduo pode ter sido afetado por essa lei no período de vigência da Constituição de 1969 (até 04/10/1988, último dia de vigência da Constituição de 1969). Logo, ele poderá ter interesse em afastar a aplicação dessa lei àquele período (de 1970 até 04/10/1988), e, para isso, deverá ele obter perante o Poder Judiciário a declaração da invalidade da lei referentemente a tal período.

E veja que nesta hipótese, embora se trate de direito pré-constitucional, será caso para declaração de inconstitucionalidade, e não de revogação ou recepção, visto que o confronto é com a Constituição de 1969, da época da edição da lei (e não com a Constituição Federal de 1988). Se o confronto dessa lei de 1970 fosse com a Constituição Federal de 1988, aí sim, seria hipótese de se decidir pela sua revogação ou pela sua recepção (mas, na hipótese, discute-se a validade da lei de 1970 em confronto com a constituição de sua época, e, portanto, é caso para declaração de sua constitucionalidade ou de sua inconstitucionalidade).

Mais adiante, ao estudarmos o assunto controle de constitucionalidade veremos que essa controvérsia não poderá ser solucionada no âmbito do controle em abstrato de normas (em sede de ADIN, ADECON e ADPF), visto que, segundo o STF, o controle em abstrato de normas visa a proteger, somente, a atual Constituição Federal de 1988, isto é, só pode ser instaurado em confronto com a Constituição Federal de 1988, jamais para fazer valer os termos de constituições pretéritas. Caberá, então, ao indivíduo, discutir a validade dessa lei antiga, em confronto com a constituição de sua época, no âmbito do controle concreto, podendo levar a questão ao conhecimento do STF, por meio do recurso extraordinário (RE).

Essa questão, de altíssimo nível, já foi abordada pela Esaf em dois recentes concursos públicos, Procurador do Banco Central e Procurador do Distrito Federal, nos seguintes termos:

(Esaf/Banco Central/2001) “Não se pode discutir em juízo a validade de uma lei em face da Constituição que vigorava quando o diploma foi editado, se a lei é plenamente compatível com a Constituição que se encontra atualmente em vigor.”

(Esaf/Procurador do DF/2004) “É possível em recurso extraordinário julgado na vigência da Constituição de 1988 declarar a inconstitucionalidade de lei anterior a essa Carta por incompatibilidade material ou formal com a Constituição pretérita.”

O primeiro enunciado está ERRADO; o segundo está CERTO – parabéns para quem acertou!

Bem, para encerrarmos a aula de hoje, vejamos alguns exercícios retirados de concursos públicos, para vermos como a Esaf e o Cespe exigem esse assunto

em suas provas (o gabarito é apresentado ao final das questões, com breves comentários).

1) (CESPE/AFCE/TCU/96) As normas jurídicas devem ser editadas em conformidade com a Carta Política vigente. É certo, porém, que, sobrevindo uma nova Constituição, a norma jurídica anterior, cuja origem seja **formalmente** compatível com o novo processo legislativo, não será recepcionada.

2) (CESPE/AFCE/TCU/96) **Posição hierárquica de uma norma é definida pelas regras constitucionais vigentes.** Por essa razão, pode-se encontrar, hoje, decreto presidencial vigendo com força de lei, tendo sido recepcionado como tal pela Constituição superveniente.

3) (ESAF/AFTN/94) Quanto ao direito ordinário pré-constitucional é correto afirmar-se: deve ser considerado como recebido pela nova ordem constitucional, desde que se mostre com ela compatível tanto sob o aspecto formal, quanto sob o **aspecto material.**

4) (ESAF/AFTN/94) Quanto ao direito ordinário pré-constitucional é correto afirmar-se: a incompatibilidade entre lei anterior e **lei** constitucional superveniente refere-se apenas a **aspectos materiais** (conteúdo).

5) (CESPE/TÉCNICO LEGISLATIVO/MPE/GO) Na vigência do regime jurídico anterior à Constituição Federal de 1988 (CF), determinado tema havia sido disciplinado por meio de lei ordinária. **A CF passou a exigir que o mesmo assunto fosse disciplinado por lei complementar.** Em face dessa situação, a antiga lei foi recepcionada pelo novo ordenamento jurídico com status de lei complementar.

6) (CESPE/DELEGADO PC/GO) Caso determinada lei se torne materialmente incompatível com a Constituição Federal em decorrência de aprovação de Emenda Constitucional, é correto afirmar que a lei tornou-se **inconstitucional.**

7) (ESAF/AFRF/2001) Sabe-se que a Constituição em vigor não prevê a figura do Decreto-Lei. Sobre um Decreto-Lei, editado antes da Constituição em vigor, cujo conteúdo é compatível com esta, é possível afirmar que deve ser considerado formalmente **inconstitucional** e, por isso, insuscetível de produzir efeitos, pelo menos a partir da Constituição de 1988.

8) De acordo com a **opinião predominante,** as normas da Constituição anterior, não incompatíveis com a nova Lei Maior, continuam válidas e em vigor, embora com status infraconstitucional.

9) As normas ordinárias anteriores à nova Constituição, com esta materialmente compatíveis, mas elaboradas por procedimento diverso do previsto pela nova Carta, tornam-se **constitucionalmente inválidas.**

10) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a superveniência de norma constitucional materialmente incompatível com o direito ordinário anterior opera a **revogação** deste.

11) Dá-se o nome de repristinação ao fenômeno da novação de fontes, que garante a **continuidade da vigência**, sob certas condições, do direito ordinário em vigor imediatamente antes da nova Constituição.

12) (ESAF/AFRF/2001) A lei ordinária anterior à nova Constituição, que com esta é materialmente incompatível, **continua em vigor** até que seja revogada por outra lei do mesmo status hierárquico.

(CESPE/DELEGADO/PF/2002) Considere que a Constituição da República de 1988, em relação a determinada matéria, tenha passado a exigir regulação por lei complementar, ao passo que a Constituição anterior previa que a mesma matéria fosse disciplinada por lei ordinária, que fora editada e encontrava-se vigente e eficaz ao tempo da promulgação da nova Constituição. À luz dessa situação hipotética, julgue os dois itens a seguir (13 e 14), relativos ao direito constitucional.

13) Na hipótese proposta, não há possibilidade de exceção formal da lei ordinária, porque o quórum qualificado da lei complementar é maior.

14) Em hipótese inversa - a Constituição anterior requerendo lei complementar e a atual exigindo lei ordinária -, poderia ser excepcionada a legislação preexistente, mas as alterações posteriores deveriam ser procedidas por meio de lei complementar.

15) As normas da Constituição de 1967/1969, que não entram, quanto ao seu conteúdo, em linha colidente com a Constituição de 1988, são consideradas como recebidas pela nova ordem, com status de lei complementar.

16) Todo Decreto-Lei editado antes da Constituição de 1988 perdeu eficácia depois da promulgação desta, uma vez que a nova ordem constitucional em vigor não previu tal instrumento normativo.

17) Lei ordinária anterior à Constituição de 1988, com ela materialmente compatível, é tida como recebida pela nova ordem constitucional, mesmo que esta exija lei complementar para regular o assunto.

18) (Esaf/Bacen/2001) Uma norma do poder constituinte originário pode afetar efeitos ainda por ocorrer de fato ocorrido no passado.

19) O instituto da desconstitucionalização das normas da Constituição anterior é pacificamente aceito pela doutrina brasileira.

20) Uma norma editada em data anterior à atual Constituição poderá ser declarada inconstitucional em face desta, caso venha a ferir um de seus preceitos fundamentais.

21) Substituída uma Constituição por outra, as normas da Constituição antiga que não forem, no seu conteúdo, incompatíveis com o novo Texto Magno, continuam em vigor, mas com hierarquia de lei ordinária.

22) Normas da Constituição pretérita continuam valendo como normas constitucionais, naquilo que não contrariarem a nova Lei Maior, em face do mecanismo conhecido como recepção.

GABARITO OFICIAL

- 1) ERRADO; no confronto entre norma pré-constitucional e a nova constituição só nos interessa a compatibilidade material, sendo irrelevante a compatibilidade formal; assim, a incompatibilidade formal não prejudica, em nada, a recepção da norma.
- 2) CERTO; temos diversos decretos antigos do Presidente da República que foram recepcionados pela atual Constituição Federal de 1988 com força de lei; foram recepcionados porque são materialmente compatíveis com a nova constituição; ganharam força de lei no novo ordenamento porque a nova constituição passou a exigir lei para o tratamento da matéria.
- 3) ERRADO; conforme dito antes, no confronto entre norma pré-constitucional e a nova constituição só nos interessa a compatibilidade material; portanto, não se exige a compatibilidade formal, como dito no enunciado.
- 4) CERTO; perfeito o enunciado, ao afirmar que no confronto entre norma pré-constitucional e a nova constituição só nos interessam os aspectos materiais (conteúdo da norma, a chamada compatibilidade material).
- 5) CERTO; a constituição pretérita disciplinava a matéria por meio de lei ordinária; a nova constituição exige lei complementar para a disciplina da mesma matéria; logo, a lei ordinária antiga será recepcionada, mas com status de lei complementar.
- 6) ERRADO; se determinada lei tornar-se incompatível materialmente com o novo texto constitucional, em face da promulgação de uma Emenda à Constituição, referida lei será revogada por essa Emenda à Constituição; não há que se falar, no Brasil, na figura da “inconstitucionalidade superveniente”; uma lei só pode ser considerada inconstitucional em face de texto constitucional de sua época, e não de texto constitucional futuro (introduzido pela Emenda à Constituição, neste caso).
- 7) ERRADO; se o conteúdo do decreto-lei é compatível com a nova constituição, será ele recepcionado por esta, mesmo sabendo que não mais existe essa figura legislativa no atual processo legislativo; essa questão formal (não existência da espécie decreto-lei na atual Constituição) não prejudicará em nada sua recepção.
- 8) ERRADO; o enunciado reproduz o conceito de desconstitucionalização, que, conforme vimos, não é aceita no Brasil; entre nós, o entendimento válido é que a nova constituição revoga integralmente a constituição antiga, mesmo aqueles dispositivos supostamente compatíveis com o novo texto constitucional.
- 9) ERRADO; as normas ordinárias anteriores à nova constituição, com ela materialmente compatíveis, são recepcionadas pela nova constituição, pouco importando o procedimento pelo qual elas foram elaboradas (não nos interessa a compatibilidade formal).
- 10) CERTO; a promulgação de uma nova norma constitucional (nova constituição ou emenda) materialmente incompatível com o direito anterior opera a revogação deste; não podemos falar, nessa situação, que o direito

anterior tornou-se inconstitucional frente ao novo texto constitucional, pela não aceitação, no Brasil, da tese da inconstitucionalidade superveniente.

11) ERRADO; dá-se o nome de recepção ao fenômeno que garante a continuidade da vigência do direito ordinário em vigor antes da nova constituição; repristinação seria o revigoramento do direito anterior que não integrasse o ordenamento jurídico no momento da promulgação da nova constituição, fenômeno que, como estudado, só ocorrerá se a nova constituição trazer dispositivo expresso nesse sentido (não haverá repristinação tácita; poderá ocorrer repristinação expressa).

12) ERRADO; lei ordinária anterior à nova constituição com esta materialmente incompatível é tácita e automaticamente revogada pela nova constituição, na data de sua promulgação; cuida-se de fenômeno tácito, imediato: promulgada uma nova constituição, neste exato momento as normas anteriores incompatíveis são revogadas e as normas anteriores compatíveis são recepcionadas, independentemente de qualquer ato expresso nesse sentido.

13) ERRADO; a mudança de status no tratamento da matéria (aspecto meramente formal) não prejudicará em nada a recepção da norma: se a lei ordinária for materialmente compatível com a nova constituição, será ela recepcionada com status de lei complementar.

14) ERRADO; se na vigência da constituição antiga a matéria era disciplinada por lei complementar e a nova constituição passou a permitir que a matéria seja disciplinada por lei ordinária, a norma será recepcionada com status de lei ordinária, podendo, daí por diante, ser alterada por outras normas diversas de mesma hierarquia (lei ordinária, medida provisória, lei delegada, lei complementar) ou de superior hierarquia (emenda à Constituição) – e não necessariamente por meio de lei complementar, como diz o enunciado.

15) ERRADO; as normas da Constituição de 1967/1969 são consideradas integralmente revogadas pela Constituição de 1988, independentemente da compatibilidade entre os seus dispositivos; o texto enuncia, novamente, a tese da desconstitucionalização, que, conforme vimos, não é aceita entre nós.

16) ERRADO; a não existência da espécie normativa decreto-lei no atual ordenamento constitucional (aspecto formal) não prejudica em nada a recepção dos decretos-leis antigos, desde estes sejam materialmente compatíveis com a Constituição Federal de 1988.

17) CERTO; se a lei ordinária anterior é materialmente compatível com a nova constituição, será ela recepcionada pela nova constituição, ainda que esta passe a exigir lei complementar para o tratamento da matéria; o que teremos, nessa situação, é que a lei ordinária anterior será recepcionada com status de lei complementar.

18) CERTO; as normas constitucionais, salvo disposição expressa em contrário, são dotadas de retroatividade mínima, isto é, afetam efeitos futuros de fato ocorrido no passado.

19) ERRADO; o instituto da desconstitucionalização não é aceito entre nós pela doutrina e jurisprudência dominantes.

20) ERRADO; uma norma editada em data anterior à atual Constituição de 1988 não poderá ser, em hipótese alguma, declarada inconstitucional em face desta; caso ela contrarie preceitos da Constituição de 1988 será simplesmente revogada por esta (não se trata de inconstitucionalidade, não há inconstitucionalidade superveniente).

O que poderemos ter, conforme estudado, é a declaração da inconstitucionalidade dessa lei antiga em confronto com a constituição antiga, de sua época (mesmo hoje, sob a vigência da Constituição Federal de 1988, uma lei pré-constitucional - de 1980, por exemplo - poderá ser declarada inconstitucional em confronto com a Constituição Federal de 1969).

21) ERRADO; o enunciado reproduz o conceito de desconstitucionalização, que não é aceito no Brasil; as normas da constituição antiga serão integralmente revogadas pela nova constituição, sejam elas compatíveis ou não com o novo texto constitucional.

22) ERRADO; o mesmo ponto do exercício anterior, ou seja, as normas da constituição pretérita serão, todas elas, revogadas pela nova constituição, na data de sua promulgação, sejam elas compatíveis ou incompatíveis com o novo texto constitucional; não há que se falar em recepção das normas da constituição antiga, mas, tão-somente, das normas infraconstitucionais anteriores.

Fiquem com Deus – e até a próxima.

Ah, sei que alguns candidatos devem ter achado o texto – na parte teórica e também nos exercícios – muito repetitivo, meio cansativo; e se realmente acharem, eu fico muito feliz com isso, pois o intuito é esse mesmo: cansar vocês agora, com a repetição desses conceitos, para que na hora da prova vocês achem facilísimos os enunciados cobrados pelo examinador!

Caminho por essa linha da repetição (e de explicar tudo, mesmo o que parece óbvio) há quase uma década, e, com o devido respeito aos que pensam diferente, não vejo razões para mudar, para começar a me preocupar com escrever um texto enxuto, sem repetições; ainda prefiro um texto assim, repleto de repetições, mas que dê resultado no momento da prova – acredito que os meus ex-alunos, aprovados em concursos diversos nestes anos passados, sabem bem do que eu estou falando...

Vicente Paulo

AULA 1: DIREITO CONSTITUCIONAL; CONSTITUIÇÃO; CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES

Na aula de hoje, estudaremos os principais pontos sobre **Direito Constitucional** (surgimento, conteúdo científico, evolução e tendências) e **Constituição** (surgimento, diferentes concepções e classificação).

Infelizmente, esse assunto é extremamente teórico, não há muito como torná-lo agradável, certamente será a aula menos amistosa, menos interessante do curso, mas o fato é que as bancas examinadoras (especialmente a Esaf) começaram a cobrar esses aspectos em recentes concursos, conforme veremos nas questões apresentadas ao final do texto.

Entre esses assuntos, o que é mais cobrado em concursos públicos, sem dúvida, é **classificação das constituições**, que, por essa razão, receberá maior ênfase nessa minha aula.

1) DIREITO CONSTITUCIONAL

O Direito Constitucional é o ramo do direito público que tem por objeto a constituição política do Estado, estabelecendo a sua estrutura, a organização de suas instituições e o modo de aquisição, exercício e limitação do poder.

Podemos visualizar o Direito Constitucional como o ramo do direito **“pai” de todos os outros**, pois ele, ao traçar o arcabouço básico de organização do Estado, termina por estabelecer os princípios norteadores dos demais ramos do direito, tanto de **direito privado (comercial, civil e trabalho)** como de **direito público (penal, administrativo etc.)**. Por exemplo: ao estudarmos o art. 5º da Constituição Federal, que versa sobre os direitos e deveres individuais e coletivos, estamos, em verdade, conhecendo as regras básicas dos diferentes ramos do direito, como do direito civil (direito de propriedade, direito de herança etc.), do direito penal (retroatividade da lei penal benigna, princípio da presunção da inocência), do direito processual civil (princípios do devido processo legal, do juízo natural etc.).

Vejam, a seguir, em que seara se deu o **surgimento do Direito Constitucional, a sua evolução e o seu conteúdo científico.**

1.1) ORIGEM

A origem da expressão “Direito Constitucional” está ligada a duas preocupações básicas: **organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio do estabelecimento de direitos e garantias fundamentais ao indivíduo.**

A partir da influência dos ideais da **Revolução Francesa** (liberdade, igualdade e fraternidade), firmou-se a noção sobre a necessidade de estabelecer, num **documento escrito e rígido**, as **regras de organização do Estado e de limitação do poder estatal**, por meio do **reconhecimento de certos direitos fundamentais ao indivíduo**. Nesse cenário é que surgiram as **constituições dos Estados Unidos da América (1787) e da França (1791)**, consideradas o **marco inicial do constitucionalismo escrito.**

Em sua origem, o Direito Constitucional esteve diretamente ligado aos ideais do **Estado liberal-burguês**, que, sob as influências da **Revolução Francesa**, dominava o pensamento da época. Em verdade, o Estado liberal fez da

Constituição o expediente para formalização de seus valores ideológicos, políticos, doutrinários e filosóficos, ou seja, para a defesa dos seus interesses concretos.

Num período seguinte, o Direito Constitucional foi, aos poucos, se desprendendo, se separando dos ideais do Estado liberal e começou a firmar-se como elemento de organização do Estado e de proteção dos direitos humanos, independentemente da forma de organização política adotada. Assim, deixou o Direito Constitucional de representar exclusivamente a forma de organização política liberal e passou a ser o núcleo de garantia de um Estado de Direito, estabelecendo as regras fundamentais de estruturação, funcionamento e organização do poder em toda e qualquer forma de organização política.

Mais recentemente, as pressões e os conflitos sociais levaram à constatação da necessidade de uma maior intervenção do Estado em favor dos hipossuficientes, fazendo surgir o denominado Estado social, em substituição ao pensamento individualista do Estado liberal. Assim, o constitucionalismo da sociedade liberal (Estado liberal) abre passagem para o constitucionalismo social e político (Estado social).

1.2) CONTEÚDO CIENTÍFICO

O Direito Constitucional contempla três diferentes ciências jurídicas, que integram o elenco de matérias que se ocupam do ordenamento constitucional do Estado, a saber: o Direito Constitucional Especial, o Direito Constitucional Comparado e o Direito Constitucional Geral.

Para facilitar o entendimento, vamos pensar assim: são três frentes distintas de atuação do Direito Constitucional, a partir de diferentes critérios.

O Direito Constitucional especial (particular, positivo ou interno) é o que estuda os princípios e normas de uma Constituição concreta, de um determinado Estado, nacional ou estrangeiro (estudo do vigente Direito Constitucional brasileiro; ou do vigente Direito Constitucional italiano; ou do vigente Direito Constitucional argentino etc.).

O Direito Constitucional comparado tem por fim o estudo comparativo de uma pluralidade de Constituições, destacando os contrastes e semelhanças entre elas. Esse confronto entre diferentes constituições pode ser realizado a partir de um dos seguintes critérios:

(a) **critério temporal**, pelo qual são confrontadas diferentes constituições de um mesmo Estado, isto é, realiza-se o estudo das normas constitucionais de um mesmo Estado em diferentes momentos histórico-temporais (estudo comparativo das constituições brasileiras, da época imperial até a vigente Constituição de 1988; estudo das diferentes constituições vigentes na Itália no último século etc.).

(b) **critério espacial**, pelo qual são comparadas constituições de diferentes Estados, vinculando estes, de preferência, a áreas geográficas contíguas (confronto da Constituição do Brasil com as Constituições dos demais países integrantes da América Latina; estudo comparativo dos textos constitucionais

dos países que integram o MERCOSUL; ou estudo comparativo das Constituições dos países que integram a União Européia etc.).

c) **critério da mesma forma de Estado**, pelo qual confrontam-se constituições de países que adotam a mesma forma de Estado (estudo comparativo das Constituições de países que adotam a forma federativa de Estado, por exemplo).

O **Direito Constitucional geral** (ou **comum**) tem por fim delinear, sistematizar e dar unidade aos **princípios, conceitos e instituições que se acham presentes em vários ordenamentos constitucionais**. Sua função é, portanto, sistematizar e reunir, numa visão unitária, os princípios, conceitos e instituições presentes em diferentes ordenamentos constitucionais, tais como: **conceito de Direito Constitucional; fontes do Direito Constitucional; conceito de Constituição; classificação das Constituições; conceito de poder constituinte; métodos de interpretação da Constituição** etc.

Importante destacar que o Direito Constitucional especial, o Direito Constitucional comparado e o Direito Constitucional geral **não atuam de maneira isolada**. Ao contrário, estão eles em constante convívio, guardando entre si vários pontos de contato, de interconexão. Assim, o Direito Constitucional comparado, ao realizar o confronto de constituições de diferentes países, contribui para o aperfeiçoamento do Direito Constitucional especial de determinado país, bem assim para o enriquecimento do Direito Constitucional geral. O Direito Constitucional geral, partindo do estudo comparativo realizado pelo Direito Constitucional comparado, contribui para a formação do Direito Constitucional especial, e assim por diante.

2) **CONSTITUIÇÃO**

A Constituição, **objeto de estudo do Direito Constitucional**, deve ser entendida como a **lei fundamental e suprema de um Estado**, que tem por fim **estabelecer o conteúdo referente à composição e ao funcionamento da ordem política desse Estado (organização do poder, distribuição da competência, exercício da autoridade, direitos fundamentais etc.)**.

O alargamento do âmbito de ação do Estado tem levado ao considerável aumento da importância do Direito Constitucional nos estudos jurídicos, bem assim à tendência de ampliação de seu conteúdo material.

No seu **conceito clássico**, marcado pelas **ideologias liberais**, a constituição tinha por fim determinar, **estritamente**, a **forma de Estado**, a **forma de Governo** e o **reconhecimento dos direitos fundamentais do homem**.

No **Estado moderno**, de cunho marcadamente **social**, a doutrina constitucionalista aponta o fenômeno da **expansão do objeto das constituições**, que têm passado a tratar de temas cada vez mais amplos, estabelecendo, por exemplo, **finalidades para a ação estatal** (conteúdo programático das constituições). Por isso, a **tendência contemporânea de elaboração de constituições de conteúdo extenso (analíticas ou prolixas) e preocupadas com os fins estatais, com o estabelecimento de programa e linha de direção para o futuro (constituições dirigentes ou programáticas)**.

Importante fixar esta idéia: a tendência contemporânea é de ampliação do objeto das constituições, que passaram a estabelecer novas finalidades para a atuação estatal (normas programáticas), resultando em constituições de conteúdo extenso (analíticas ou prolixas).

2.1) ANTECEDENTES DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA

A idéia de constituição escrita não surgiu como um evento isolado, mas como uma criação coletiva, apoiada em precedentes históricos e doutrinários, que floresceram a partir da idade média. Esses antecedentes é que fizeram surgir a idéia da necessidade de um texto escrito, para maior garantia dos direitos individuais frente ao Estado.

Assim, historicamente, a idéia de uma Constituição escrita, consagrada após o sucesso da Revolução Francesa, tem entre seus antecedentes históricos os pactos, os forais, as cartas de franquia, os contratos de colonização e os pactos sociais.

Os pactos eram acordos entre o rei e a nobreza ou representantes do burgo, em que se limitava a atuação do monarca frente aos seus súditos. Advindos da tradição inglesa, os pactos funcionavam como convenções entre o monarca e seus súditos, gerindo o modo de governo e as garantias dos direitos individuais.

O mais conhecido dos pactos ingleses é a *Magna Carta Libertatum*, *Concordiam inter regem Johannem et Barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni Angliae* (Carta Magna das Liberdades, ou Concórdia entre o rei João e os Barões para outorga das liberdades da igreja e do reino inglês), um acordo entre João Sem Terra e seus súditos, que assegurou direitos e garantias para os cidadãos ingleses, ao limitar o poder do rei com relação aos súditos.

Os forais, encontrados em toda a Europa medieval, foram documentos que permitiam aos burgos se auto-governarem.

As cartas de franquia eram documentos que asseguravam às corporações independência para exercer suas atividades.

Os contratos de colonização surgiram na América do Norte, com as colônias que lá se formaram e que traziam a idéia de que é preciso estabelecer uma ordem (estes contratos, celebrados consensualmente pelos colonos, de regra, recebiam, ainda, uma sanção dos reis). Chegados ao Novo Mundo, os peregrinos, mormente puritanos ingleses, imbuídos de igualitarismo, não encontrando na nova terra Poder estabelecido, decidiram fixar, por mútuo consenso, as regras por que haveriam de se governar, fazendo então surgir tais contratos de colonização.

Outro importante antecedente próximo da constituição escrita foi a doutrina do Pacto Social, que floresceu na idade média, sob a idéia de que a autoridade dos governantes se fundava num contrato com os súditos - o pactum subjectionis. Por este pacto, o povo se sujeitava a obedecer ao príncipe enquanto este se comprometia a governar com justiça, ficando Deus como árbitro fiel do cumprimento do contrato. Assim, violando o príncipe a obrigação de justiça, exoneravam-se os súditos da obediência devida, pela intervenção do Papa, representante da divindade sobre a Terra.

2.2) CONSTITUIÇÃO EM SENTIDO SOCIOLÓGICO, POLÍTICO E JURÍDICO

O Direito Constitucional, como qualquer ciência de conteúdo científico, não se encontra absolutamente desgarrado de outras ciências, tais como a política, a sociologia, a filosofia etc.

Em maior ou menor grau, tais ciências possuem laços de interconexão, o que permite sejam construídas diferentes concepções para o termo “Constituição”, como norma básica de um Estado, a saber: constituição em sentido sociológico, constituição em sentido político e constituição em sentido jurídico.

2.2.1) CONSTITUIÇÃO EM SENTIDO SOCIOLÓGICO

Na visão sociológica, a constituição é concebida como fato social, e não propriamente como norma. O texto positivo da constituição seria resultado da realidade social do País, das forças sociais que imperam na sociedade, em determinada conjuntura histórica. Caberia à Constituição escrita, tão-somente, reunir e sistematizar esses valores sociais num documento formal, documento este que só teria valor se correspondesse a tais valores presentes na sociedade.

Representante típico da visão sociológica de Constituição é Ferdinand Lassalle, segundo o qual a constituição de um País é, em essência, a soma dos fatores reais de poder que regem nesse País.

Segundo Lassalle, convivem num País, paralelamente, duas constituições: uma constituição real, efetiva, que corresponde à soma dos fatores reais de poder que regem nesse País; uma constituição escrita, por ele denominada “folha de papel”. Esta, a constituição escrita (“folha de papel”), só teria validade se correspondesse à constituição real, isto é, se tivesse suas raízes nos fatores reais de poder. Assim, em caso de conflito entre a constituição real (“soma dos fatores reais de poder”) e a constituição escrita (“folha de papel”), esta sempre sucumbirá perante aquela, em virtude da força dos fatores reais de poder que regem no País.

É também sociológica a concepção marxista de Constituição, para a qual a constituição não passaria de um produto das relações de produção e visaria a assegurar os interesses da classe dominante. Para Marx, a constituição seria um mero instrumento nas mãos da classe dominante, com o fim de assegurar os interesses desta, dentro de um dado tipo de relações de produção.

2.2.2) CONSTITUIÇÃO EM SENTIDO POLÍTICO

A concepção política de constituição foi desenvolvida por Carl Schmitt, para o qual a constituição é uma decisão política fundamental.

Para Schmitt, a validade de uma constituição não se apóia na justiça de suas normas, mas na decisão política que lhe dá existência. O poder constituinte equivale, assim, à vontade política, cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre modo e forma da própria existência política, determinando assim a existência da unidade política como um todo.

A constituição surge, portanto, a partir de um ato constituinte, fruto de uma vontade de produzir uma decisão eficaz sobre modo e forma de existência política de um Estado.

Schmitt estabeleceu uma distinção entre constituição e leis constitucionais: a constituição disporia somente sobre as matérias de grande relevância jurídica, sobre as decisões políticas fundamentais (organização do Estado, princípios democráticos, direitos fundamentais entre outras); as demais normas integrantes do texto da constituição seriam, tão-somente, leis constitucionais.

2.2.3) CONSTITUIÇÃO EM SENTIDO JURÍDICO

Em sentido jurídico, a constituição é vista como um sistema de normas jurídicas, como norma fundamental do Estado e da vida jurídica de um país, paradigma de validade de todo o ordenamento jurídico e instituidora da estrutura primacial desse Estado.

A visão jurídica de constituição contrapõe-se, frontalmente, à posição sociológica, defendida por Ferdinand Lassalle.

O pensador que mais pregou a visão jurídica de constituição foi o austríaco Hans Kelsen, que desenvolveu a denominada "teoria pura do direito".

Para Kelsen, a constituição é considerada como norma, e norma pura, como puro dever-ser, sem qualquer consideração de cunho sociológico, político ou filosófico. Embora reconheça a relevância dos fatores sociais numa dada sociedade, Kelsen sempre defendeu que seu estudo não compete ao jurista como tal, mas ao sociólogo e ao filósofo.

Segundo a visão de Hans Kelsen, a validade de uma norma jurídica positivada é completamente independente de sua aceitação pelo sistema de moral instalado, e a validade das normas jurídicas não corresponde à ordem moral, pelo que não existiria a obrigatoriedade do direito se enquadrar dentro dos ditames por esta (moral) impostos. A ciência do direito não tem a função de promover a legitimação do ordenamento jurídico pelas normas morais existentes, devendo unicamente conhecê-lo, e descrevê-lo de forma genérica, hipotética e abstrata.

Nisto praticamente consistia sua teoria pura do direito: afastar a ciência jurídica de toda classe de juízo de valor moral, político, social ou filosófico.

Kelsen desenvolveu dois sentidos para a palavra Constituição: (a) sentido lógico-jurídico; (b) sentido jurídico-positivo.

Em sentido lógico-jurídico, constituição significa a norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da constituição em sentido jurídico-positivo.

Nesse sentido, temos o seguinte: como Kelsen não admitia como fundamento da constituição positiva algo de real, de índole sociológica, política ou filosófica, foi obrigado a desenvolver um fundamento também meramente formal, normativo para a constituição positiva. Esse fundamento foi a denominada norma fundamental hipotética (pensada, pressuposta), que existiria, segundo ele, apenas como pressuposto lógico de validade das normas constitucionais positivas. Essa norma fundamental hipotética, fundamento da constituição positiva, teria, basicamente, o seguinte comando: conduza-se na forma ordenada pelo autor da primeira constituição.

Enfim, como para Kelsen é impossível derivar a norma jurídica da realidade social, política ou filosófica, deve-se examinar a validade das normas a partir da hierarquia existente entre elas. Assim, uma norma inferior tem fundamento na norma superior, e esta tem fundamento na constituição positiva. Esta, por sua vez, se apóia na norma básica fundamental, que não é uma norma positiva (posta), mas uma norma hipotética, pressuposta, pensada.

Em sentido jurídico-positivo, constituição corresponde à norma positiva suprema, conjunto de normas que regulam a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau; ou certo documento solene, conjunto de normas jurídicas que somente podem ser alteradas observando-se certas prescrições especiais.

2.3) FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO (KONRAD HESSE)

Conforme vimos antes (no subitem “Constituição em sentido sociológico”), a visão sociológica de Ferdinand Lassalle negava força normativa à constituição jurídica, pois, no seu entender, caberia a esta, tão-somente, a representação dos fatores reais do poder que regem a nação.

Contraopondo-se à tese defendida por Ferdinand Lassalle, o constitucionalista Konrad Hesse desenvolveu importante estudo no intuito de realçar a denominada “força normativa” da constituição.

Hesse concorda com Lassalle no tocante ao fato de ser a constituição jurídica condicionada pela realidade histórica, não podendo ser separada da realidade concreta do seu tempo. Concorda, também, que a pretensão de eficácia da constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade.

Entretanto, não concorda com Lassalle quando este conceitua a constituição jurídica como “pedaço de papel”, pois, para Hesse, é inconcebível reduzir a constituição jurídica à mísera função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes.

Com efeito, segundo Hesse, a constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma realidade, dos fatores reais do poder. Ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, das forças sociais e políticas. Ainda que não de forma absoluta, a constituição jurídica possui significado próprio, autônomo. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. Ela logra conferir forma e modificação à realidade, bem assim despertar “a força que reside na natureza das coisas”, tornando-a ativa. Assim, ela própria, a constituição jurídica, converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social.

Para Hesse, a constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado (força normativa da constituição). Assim, a constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa. Embora não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.

Em síntese, podemos afirmar que Hesse não nega a influência dos fatores reais do poder na realização da constituição jurídica, visto que esta não está – e nem poderia estar – desvinculada da realidade histórica e concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. A constituição jurídica e a constituição real estão em relação de coordenação, condicionando-se mutuamente. Assim, em caso de eventual conflito, a constituição jurídica não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca, pois existem pressupostos realizáveis que, mesmo no caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da constituição jurídica.

Ferdinand Lassale	Konrad Hesse
A Constituição consiste na soma dos fatores reais de poder que regem uma determinada nação	A Constituição, embora influenciada pelos fatores reais do poder, possui força normativa própria
No caso de conflito entre a Constituição real (“fatores reais de poder”) e a Constituição jurídica (“folha de papel”), esta sempre sucumbirá frente àquela	No caso de conflito entre a Constituição real e a Constituição jurídica, não se pode afirmar que esta necessariamente sucumbirá
Visão sociológica da Constituição	Visão sobre a força normativa da Constituição

3) CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES

As constituições, de acordo com as características que assumem, recebem da doutrina uma classificação, conforme exposto nos itens seguintes.

3.1) QUANTO À ORIGEM

Quanto à origem, as constituições podem ser outorgadas ou democráticas (estas últimas também denominadas populares ou promulgadas).

As constituições outorgadas são aquelas que nascem sem a participação popular, por meio da imposição do poder. São resultado de um ato unilateral de vontade do detentor do poder político, que resolve estabelecer certas limitações ao seu próprio poder absoluto, por meio da outorga de um texto constitucional.

As constituições democráticas são elaboradas com a participação popular, na forma de democracia direta (plebiscito ou referendo) ou de democracia representativa, em que o povo escolhe seus representantes – Assembléia Constituinte – e estes elaboram a constituição.

Na história do constitucionalismo brasileiro, tivemos constituições democráticas (1891, 1934, 1946 e 1988) e constituições outorgadas (1824, 1937 e 1967/1969).

Alguns doutrinadores (Paulo Bonavides, Alexandre de Moraes) referem-se, também, à existência das denominadas “constituições Pactuadas”, que são aquelas em que se efetiva um compromisso entre o Rei e o Poder Legislativo,

sujeitando-se o monarca aos esquemas constitucionais, e resultando a constituição de dois princípios: o monárquico e o democrático.

Essa Constituição pactuada seria, assim, o resultado da relação entre a Monarquia debilitada de um lado, e a nobreza e a burguesia de outro, estabelecendo-se um pacto de governabilidade entre essas duas forças rivais.

2) QUANTO À FORMA

Quanto à forma, as constituições podem ser escritas ou não escritas.

Constituição escrita é aquela formalizada num determinado momento, por um órgão que tenha recebido a incumbência especial para o desempenho dessa tarefa, sendo codificada num documento escrito e único (são chamadas por alguns doutrinadores de "constituição instrumental").

Nas constituições não escritas, as normas constitucionais não são elaboradas num determinado e específico momento, por um órgão especialmente encarregado desta tarefa, tampouco estão codificadas num documento único. Tais normas são baseadas em leis esparsas, costumes, jurisprudência e convenções, como é o caso da Constituição inglesa, em que parte das normas sobre organização do Estado é consuetudinária.

Importante deixar claro que tanto nos Estados que adotam constituição escrita quanto nos Estados que adotam constituição não-escrita existem normas constitucionais escritas (na Inglaterra, que adota constituição do tipo não-escrita, parte das normas constitucionais é escrita: leis esparsas, convenções, jurisprudência). A distinção é que num regime de constituição escrita as normas constitucionais são elaboradas, num determinado momento, por um órgão que tenha recebido essa incumbência, que as codifica num documento único. Ao invés, nos regimes de constituição não-escrita, as normas constitucionais, quando escritas, estão cristalizadas em leis e outras espécies normativas esparsas, que surgiram ao longo do tempo e que, dada a sua dignidade, adquiriram *status constitucional*; não foram elas elaboradas por um órgão especial, tampouco por processo específico, criado para a produção de normas constitucionais – são normas que a prática ou o costume sancionaram ou impuseram.

3) QUANTO AO MODO DE ELABORAÇÃO

Quanto ao modo de elaboração, as constituições podem ser dogmáticas ou históricas (estas últimas também denominadas costumeiras ou consuetudinárias).

As constituições dogmáticas são aquelas elaboradas num dado momento, por um órgão constituinte, segundo as idéias, os dogmas reinantes nesse momento.

A Constituição da República de 1988 é tipicamente dogmática, eis que elaborada num dado momento, segundo as idéias nele reinantes (o fato de a nossa constituição ter sido elaborada num período em que o Estado brasileiro deixava a triste realidade de um regime de exceção fez com que, entre outros aspectos, resultasse ela num documento extenso, analítico, muitas vezes prolixo).

As constituições históricas são aquelas que surgem com o lento passar do tempo, a partir dos valores consolidados pela própria sociedade.

As constituições dogmáticas são necessariamente escritas, enquanto as históricas são não escritas.

As constituições dogmáticas tendem a ser mais instáveis, porque elaboradas momentaneamente, segundo as idéias então reinantes. As constituições históricas tendem a apresentar uma maior estabilidade, pois resultam do amadurecimento e da consolidação de valores da sociedade.

4) QUANTO AO CONTEÚDO

Quanto ao conteúdo, temos constituição material (ou substancial) e constituição formal.

Nesse ponto, farei uma breve introdução, no intuito de facilitar o entendimento dessa dualidade de visão sobre as normas constitucionais.

Primeiro, que não se cuida, aqui, de se afirmar que uma dessas concepções (material e formal) esteja correta, e a outra incorreta. São duas concepções doutrinárias, duas visões distintas para se enxergar uma norma constitucional: uma tradicional, antiga, que leva em conta o conteúdo da norma (material), e outra moderna, surgida a partir das denominadas constituições escritas e rígidas, que leva em conta o processo de elaboração da norma (formal).

Segundo, que as mesmas normas constitucionais poderão ser vistas tanto sob o ponto de vista formal, quanto sob a ótica material. Assim, um mesmo artigo da nossa Constituição Federal de 1988 poderá ser avaliado sob o ponto de vista material e, também, sob o ponto de vista formal.

Na concepção material de constituição, leva-se em conta o conteúdo da norma: são constitucionais aquelas normas substancialmente constitucionais, que cuidam dos aspectos relevantes do Estado (especialmente: organização do Estado, meios de aquisição e exercício do poder e direitos fundamentais), pouco importando se integram ou não o texto de uma constituição escrita.

Observe que nessa concepção material, a constituição confunde-se com o conteúdo das normas: se a norma tratar de um dos elementos essenciais de organização do Estado será ela norma constitucional, nada importando onde ela esteja (se integra ou não o texto de uma constituição escrita etc.).

No ponto de vista formal, leva-se em conta o processo de elaboração da norma: todas as normas que estejam numa constituição escrita, elaborada por um processo especial (rígida), são constitucionais, pouco importando o seu conteúdo. Se a norma integra o texto de uma constituição escrita, solenemente elaborada, é ela constitucional, independentemente de seu conteúdo.

Observe que nessa visão formal, as normas constitucionais são identificadas pelo processo de sua elaboração, isto é, pelo simples fato de terem sido enxertadas no corpo de uma constituição escrita e rígida (e não porque se refiram aos elementos básicos e institucionais da organização política, como é o caso da visão material).

Acredito que a compreensão ficará mais fácil a partir desta idéia: imagine uma sala de aula em que metade dos alunos enxerga as normas constitucionais sob o ponto de vista material (a partir de seu conteúdo), enquanto a outra metade identifica as normas constitucionais sob a ótica formal (a partir do seu processo de elaboração).

A partir dessa situação hipotética (divisão da sala de aula em dois grupos), vamos avaliar o enfoque dessas duas concepções jurídicas.

É sabido que a Constituição Federal de 1988 é do tipo escrita (foi solenemente elaborada por um órgão especial, num determinado momento, que codificou todo o texto constitucional num documento único) e rígida (exige um processo especial para modificação do seu texto, mais difícil do que aquele de elaboração das leis).

Assim, se eu entrego a Constituição Federal de 1988 para um aluno da turma que está sob a visão **formal** e peço a ele que identifique nela as normas constitucionais, ele me responderá que todos os dispositivos da nossa Constituição Federal são constitucionais. Isso porque, para ele, na visão formal, são constitucionais todas as normas inseridas numa constituição escrita e rígida (como a nossa), independentemente do conteúdo tratado.

Agora, se eu entrego a mesma Constituição Federal de 1988 para um outro aluno que está sob a **visão material** a resposta não será a mesma, pois para ele nem todos os dispositivos que constam do texto da nossa Constituição são normas substancialmente constitucionais. Para este aluno, só serão normas constitucionais aquelas que versarem sobre os elementos essenciais da organização política do Estado. Então, ele percorrerá o texto da nossa Constituição e o examinará, dispositivo por dispositivo, para identificar, a partir do seu conteúdo, quais são materialmente constitucionais e quais não são.

Podemos então dizer que na nossa Constituição Federal de 1988 todos os seus dispositivos são formalmente constitucionais, pelo simples fato de constarem do seu texto. Porém, nem todos os seus dispositivos são materialmente constitucionais, pois há diversos artigos na nossa Constituição que nada têm a ver com organização do Estado. Esses dispositivos, portanto, serão apenas formalmente constitucionais (têm forma de norma constitucional, por constarem do texto de uma constituição escrita e rígida, mas não são substancialmente constitucionais, pois não versam sobre os elementos essenciais da organização do nosso Estado).

Enfim: (1) todos os dispositivos que integram a Constituição Federal de 1988 são formalmente constitucionais, pelo simples fato de integrarem o seu texto, que é escrito e rígido; (2) alguns são, simultaneamente, formal e materialmente constitucionais, por integrarem o texto da Constituição escrita e rígida (formal) e por cuidarem de matérias substancialmente constitucionais (material); (3) outros, são apenas formalmente constitucionais, por integrarem o texto da Constituição, mas versarem sobre matérias que nada têm a ver com organização do Estado.

Mas, cuidado: não é correto afirmar que a Constituição Federal de 1988 é parte formal e parte material. O correto é dizer que a nossa Constituição é do

tipo formal, contendo algumas normas formal e materialmente constitucionais e outras apenas formalmente constitucionais.

Sob o ponto de vista material, podemos afirmar que todo Estado possui constituição, visto que, para se falar em Estado temos que pressupor uma organização básica das instituições, mínima que seja. Essa organização básica, formalizada ou não num documento escrito, constituirá a constituição material desse Estado. Porém, não podemos dizer o mesmo sob o enfoque formal, pois nessa visão só possui Constituição aquele Estado que formalizou suas normas constitucionais num texto escrito e rígido (anote-se que, sob a ótica formal, a Inglaterra, que não adota constituição escrita e rígida, não possui normas constitucionais).

Segundo a concepção material, podem existir normas constitucionais fora do texto escrito da constituição, pois, nesta concepção, o que determina a identificação da norma constitucional é o seu conteúdo (e não o processo de elaboração da norma). Assim, sob a ótica material, caso o Estado possua constituição escrita, poderemos: (a) ter dispositivos no texto desta constituição que não são normas constitucionais (por tratarem de matérias que nada têm a ver com organização do Estado); (b) ter normas constitucionais fora do texto dessa constituição escrita (quaisquer outras normas, fora do texto da constituição, que tratarem dos elementos de organização básica do Estado serão consideradas constitucionais, devido a esse conteúdo).

Assim, na visão material de constituição, é possível, em tese, o reconhecimento da invalidade de uma norma em face de outra, embora nenhuma delas integre o texto da constituição escrita. Poderá, por exemplo, uma Lei "A" (ordinária, de conteúdo não-constitucional) vir a ser declarada inválida em face de uma Lei "B" (de conteúdo substancialmente constitucional), mesmo sabendo que ambas estão situadas fora do texto escrito da constituição.

Ao contrário, na visão formal, todas as normas constitucionais integram a constituição escrita, solenemente elaborada (rígida). Nessa visão formal, não é juridicamente possível se declarar a inconstitucionalidade de uma lei em confronto com alguma norma que não integre o texto da constituição escrita (exatamente porque, nessa concepção, o que caracteriza uma norma como constitucional é justamente o fato dela integrar o texto escrito de uma constituição solenemente elaborada, rígida).

Essas duas visões acerca das normas constitucionais (formal e material) fizeram surgir os conceitos de supremacia material (ligada ao conteúdo das normas constitucionais) e supremacia formal (ligada ao processo legislativo distinto para elaboração das normas constitucionais).

Numa constituição escrita, rígida, todas as normas constitucionais são dotadas de supremacia formal, visto que foram elaboradas segundo um procedimento mais solene do que aquele de elaboração das demais leis. Assim, num sistema de constituição formal, podemos afirmar que todas as normas constitucionais se equivalem em termos de hierarquia e, também, que todas elas são dotadas de supremacia formal em relação às demais leis do ordenamento.

Ao contrário, se estamos diante de uma constituição não escrita, flexível, não podemos falar em supremacia formal, porque não há distinção entre os processos legislativos de elaboração das normas constitucionais e das leis ordinárias. Num sistema de constituição não-escrita, flexível, as normas constitucionais são dotadas, tão-somente, de supremacia material (devido à dignidade de seu conteúdo).

Cabe assinalar, ainda, que essa distinção entre norma formal e materialmente constitucional, num Estado de constituição escrita e rígida, como o nosso, não possui significativa relevância jurídica, visto que, nesse tipo de Estado, todas as normas que integram o texto constitucional têm o mesmo valor, pouco importando sua dignidade, isto é, se são normas materialmente constitucionais, ou apenas formalmente constitucionais.

Assim, todas as normas integrantes de uma constituição formal, rígida, têm o mesmo valor, têm *status* constitucional e, como tais, deverão ser respeitadas – independentemente da natureza do seu conteúdo. É o caso da nossa Constituição Federal de 1988, em que o artigo 5º, que versa sobre os direitos e deveres individuais e coletivos (dispositivo formal e materialmente constitucional) tem o mesmo valor e força hierárquica do artigo 242, § 2º, que estabelece que “o Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal” (dispositivo apenas formalmente constitucional).

Enfim, num sistema de constituição rígida, como o nosso, todo o processo de fiscalização da validade das leis leva em conta a supremacia formal da constituição, vale dizer, todo o controle de constitucionalidade das leis é realizado sob o enfoque estritamente formal. Se a norma integra o texto da constituição rígida, seja qual for o seu conteúdo, será dotada de supremacia e, portanto, não poderá ser desobedecida pelo legislador infraconstitucional.

Por outro lado, num sistema de constituição do tipo não escrita, flexível, aí sim, torna-se relevante o conhecimento da noção de norma materialmente (substancialmente) constitucional, visto que nessa espécie de ordenamento jurídico todas as leis (constitucionais e ordinárias) são elaboradas segundo o mesmo procedimento, pelo mesmo processo legislativo. Logo, a distinção entre uma e outra – leis constitucionais e leis ordinárias – só é possível levando-se em conta o conteúdo abordado pela norma: serão constitucionais as leis que tiverem conteúdo substancialmente constitucional; as demais serão leis ordinárias.

Finalmente, é importante ter em mente que não há um rol taxativo de normas consideradas materialmente constitucionais, e daquelas que são apenas formalmente constitucionais, tampouco há unanimidade doutrinária a respeito dessa separação. São conceitos abertos, dinâmicos, que aceitam – e acompanham – a evolução social do Estado. São conceitos abertos, que admitem mutações no tempo e no espaço: uma norma considerada apenas formalmente constitucional no Brasil poderá ser considerada materialmente constitucional na Itália, a depender da organização política daquele Estado (mutação no espaço); ou, uma norma que hoje é considerada apenas formalmente constitucional no Brasil poderá, no amanhã, ser tida por substancialmente constitucional entre nós (mutação no tempo).

Ademais, no constitucionalismo moderno há uma reconhecida tendência de as constituições tratarem cada vez mais de novos temas, ampliando seu conteúdo, de passarem a preocupar-se com o estabelecimento de fins, programas e diretrizes para a atuação futura dos órgãos estatais (tendência atual de constituições analíticas e dirigentes, conforme veremos adiante).

5) ESTABILIDADE

A classificação das constituições quanto ao grau de estabilidade leva em conta a maior ou a menor facilidade para a modificação do seu texto, dividindo-as em: imutáveis, rígidas, flexíveis ou semi-rígidas.

A constituição imutável é aquela que não admite modificação do seu texto (essa espécie de constituição está em pleno desuso, em razão da impossibilidade de sua atualização, em face da evolução política e social do Estado).

A constituição rígida é aquela que exige um processo especial para modificação do seu texto, mais difícil do que o processo de elaboração das demais leis do ordenamento.

A constituição flexível é aquela que permite sua modificação pelo mesmo processo legislativo de modificação das demais leis, como ocorre na Inglaterra, em que as partes escritas de sua constituição podem ser juridicamente alteradas pelo Parlamento com a mesma facilidade com que se altera a lei ordinária.

A constituição semi-rígida é aquela que exige um processo mais difícil para alteração de parte de seus dispositivos e permite a mudança de outros dispositivos por procedimento simples, de elaboração das demais leis.

No Brasil, tivemos um exemplo de constituição semi-rígida, que foi a Constituição de 1824, da época imperial.

A rigidez tem como decorrência imediata o denominado "princípio da supremacia formal da constituição", significando dizer que a rigidez situa a constituição numa posição de superioridade formal em relação às demais leis, posicionando-a no ápice do ordenamento jurídico do Estado. A partir dessa supremacia formal, decorrente da rigidez, todas as demais normas do ordenamento jurídico para terem validade deverão estar de acordo com o que prescreve o texto constitucional. Em caso de conflito, as leis inferiores deverão ser declaradas inconstitucionais, para o fim de serem retiradas do ordenamento, prevalecendo a supremacia da constituição.

Assim, a rigidez é apontada como o pressuposto para o surgimento do denominado "controle de constitucionalidade das leis", visto que, pelo fato de a constituição ser rígida e, por isso, ocupar o ápice do ordenamento jurídico, há que se verificar quais as leis desse ordenamento estão de acordo com as suas prescrições (e, portanto, são constitucionais) e quais as leis estão em desacordo com os seus comandos (e, são, pois, inconstitucionais, devendo ser retiradas do ordenamento jurídico);

Em face dessa realidade, a doutrina moderna assenta que o surgimento da técnica "controle de constitucionalidade" deu-se em razão do desenvolvimento

das constituições do tipo rígida, sendo a rigidez, portanto, o pressuposto para se falar, num dado ordenamento jurídico, em controle de constitucionalidade das leis.

Isso porque num sistema de constituição flexível – o da Inglaterra, por exemplo – descabe cogitar de impugnação de inconstitucionalidade, pois o mesmo Parlamento elabora, segundo o mesmo processo legislativo, as leis constitucionais e as leis ordinárias. As decisões do Parlamento não poderão, portanto, ser impugnadas perante os tribunais do Poder Judiciário. Somente os atos praticados em decorrência de ato do Parlamento é que poderão ser examinados pelo Poder Judiciário, a fim de verificar se não excederam os poderes conferidos.

Importante frisar, também, que a rigidez não assegura, necessariamente, estabilidade à constituição, da mesma forma que a flexibilidade não implica, necessariamente, instabilidade da constituição. Por exemplo: a nossa Constituição Federal de 1988 é do tipo rígida, mas pouco estável (já sofreu várias modificações, por algumas dezenas de emendas); já a Constituição inglesa, que é do tipo flexível, conserva-se intacta há séculos (em verdade, a estabilidade da constituição tem mais a ver com as características, com o amadurecimento da sociedade e das instituições do Estado, do que propriamente com o processo legislativo de modificação do texto constitucional).

Embora modernamente seja a regra, nem toda constituição escrita será, necessariamente, rígida (já tivemos, na Itália, constituição escrita do tipo flexível).

Finalmente, cabe destacar que a rigidez constitucional não tem relação jurídica com a existência (ou não) de cláusulas pétreas, isto é, com a presença de um núcleo insuscetível de abolição na constituição. A rigidez ou flexibilidade da Constituição guarda relação, apenas, com o processo de modificação do seu texto. Assim, a constituição poderá ser rígida e não possuir cláusulas pétreas (todos os seus dispositivos podem ser abolidos, desde que haja obediência ao procedimento especial, mais dificultoso), ou, ao invés, poderá ser flexível e possuir cláusulas pétreas (admite alteração de seus dispositivos por processo simples, mas estabelece um núcleo insuscetível de abolição).

6) QUANTO À CORRESPONDÊNCIA COM A REALIDADE

O constitucionalista Karl Loewenstein desenvolveu uma classificação para as constituições, levando em conta a correspondência existente entre o texto constitucional e a realidade política do respectivo Estado.

Para ele, as constituições de alguns Estados conseguem, verdadeiramente, regular o processo político do Estado; outras constituições, apesar de elaboradas com esse mesmo intuito, não conseguem, de fato, normatizar a realidade política do Estado; outras constituições sequer têm esse intuito, visando, tão-somente, à manutenção da atual estrutura de poder.

Nasceu, assim, a classificação das constituições quanto à concordância com a realidade, que divide os textos constitucionais em três grupos: constituições normativas, constituições nominativas e constituições semânticas.

As constituições normativas são aquelas que conseguem, efetivamente, regular a vida política do Estado; são as constituições que estão em plena consonância com a vida do Estado, que conseguem, de fato, dirigir o cotidiano do Estado.

As constituições nominativas são aquelas que, embora tenham sido elaboradas com o intuito de regular a vida política do Estado, não conseguem efetivamente cumprir esse papel; são constituições em descompasso com a realidade do Estado, que não guardam correspondência com o cotidiano do Estado – embora tenham esse intuito.

As constituições semânticas são aquelas que, desde sua elaboração, não têm o objetivo de regular a vida política do Estado, mas sim de formalizar e manter o poder político atual, de dar legitimidade formal aos atuais detentores do poder; não tem ela a pretensão de limitar o poder real, mas sim de formalizar e manter o poder existente. Nas palavras de Karl Loewenstein, seria “uma constituição que não é mais que uma formalização da situação existente do poder político, em benefício único de seus detentores”.

7) QUANTO À EXTENSÃO

No tocante à extensão, as constituições são classificadas em analíticas e sintéticas.

Constituição analítica (ou prolixa) é aquela de conteúdo extenso, que versa sobre matérias outras que não a organização básica do Estado. Em regra, contém normas substancialmente constitucionais, normas apenas formalmente constitucionais e normas meramente programáticas, que estabelecem fins, diretrizes e programas para a atuação futura dos órgãos estatais.

Exemplo de constituição analítica é a nossa Constituição Federal de 1988, que, nos seus mais de 300 artigos (entre disposições permanentes e transitórias), exagera no regramento detalhado de determinadas matérias, não substancialmente constitucionais, que nada têm a ver com a organização do Estado.

Constituição sintética (ou concisa) é aquela que possui conteúdo abreviado, e que versa, tão-somente, sobre os elementos básicos de organização do Estado, isto é, sobre matérias substancialmente constitucionais. É o caso, por exemplo, da Constituição dos Estados Unidos da América, composta de apenas sete artigos originais e vinte e sete emendas.

A tendência contemporânea é de adoção pelos diferentes Estados de constituições do tipo analítica (embora essas tendam a ser menos estáveis, em razão da exigência de seguidas modificações do seu texto).

8) QUANTO À FINALIDADE

Uma classificação moderna, de grande relevância, é a que distingue as constituições em “constituição garantia” e “constituição dirigente”, no tocante à sua finalidade.

Constituição garantia, de texto reduzido (sintética), é constituição negativa, construtora de liberdade-negativa ou liberdade-impedimento, oposta à autoridade (José Afonso da Silva). É constituição que se preocupa, basicamente, em assegurar as garantias dos indivíduos frente ao Estado, por

meio da imposição de limites à atuação deste e do estabelecimento de direitos fundamentais em favor daqueles.

Constituição dirigente, de texto extenso (analítica), é aquela que define fins e programas de ação futura, apresentando em seu texto programas, planos e diretrizes para a atuação futura dos órgãos estatais. O termo “dirigente” significa que o legislador constituinte “dirige” a atuação futura dos órgãos governamentais, por meio do estabelecimento de programas e metas a serem perseguidos por estes.

O conceito de constituição dirigente está diretamente relacionado à existência, no texto constitucional, das denominadas “normas programáticas”, que são aquelas que requerem dos órgãos estatais uma determinada atuação, na consecução de um objetivo traçado pelo legislador constituinte.

As normas programáticas, como o próprio termo indica, estabelecem um programa, um rumo inicialmente traçado pela constituição – e que deve ser perseguido pelos órgãos estatais. São normas que têm como destinatários os órgãos estatais, requerendo destes uma atuação numa determinada direção, apontada pelo legislador constituinte. Não são normas voltadas para o indivíduo – e sim para os órgãos estatais, exigindo destes a consecução de determinados programas traçados pela constituição.

Assim, pode-se concluir que o fato caracterizador de uma constituição como dirigente (ou programática) é a existência, no seu texto, de normas programáticas.

9) CLASSIFICAÇÃO DA CF/88

A Constituição Federal de 1988 é classificada como: escrita; democrática; dogmática; rígida; formal; analítica; dirigente e normativa.

EXERCÍCIOS DE CONCURSOS.

- 1) (Cespe/TCU/2003) As constituições classificadas como não escritas, produto de lenta síntese histórica, são compostas exclusivamente por normas costumeiras, jurisprudências e convenções. 
- 2) (Esaf/AFC/CGU/2003) Um dos objetos do Direito Constitucional Comparado é o estudo das normas jurídicas positivadas nos textos das Constituições de um mesmo Estado, em diferentes momentos histórico-temporais. 
- 3) (Esaf/AFC/CGU/2003) A concepção de constituição, defendida por Konrad Hesse, não tem pontos em comum com a concepção de constituição defendida por Ferdinand Lassale, uma vez que, para Konrad Hesse, os fatores históricos, políticos e sociais presentes na sociedade não concorrem para a força normativa da constituição. 
- 4) (Esaf/AFT/2003) Para Hans Kelsen, a norma fundamental, fato imaterial instaurador do processo de criação das normas positivas, seria a constituição em seu sentido lógico-jurídico. 

- 5) O conceito sociológico de Constituição considera-a como a norma fundamental de um Estado, destinada a regular a produção de outras normas jurídicas, que regerão a sociedade. 
- 6) Para o direito, o sentido relevante de Constituição é o jurídico, que trata do efetivo poder social em um determinado Estado, isto é, o que busca definir os chamados fatores reais de poder. 
- 7) (Esaf/AFT/2003) A constituição, na sua concepção formal, seria um conjunto de normas legislativas que se distinguem das não constitucionais em razão de serem produzidas por processo legislativo mais dificultoso, o qual pode se materializar sob a forma da necessidade de um órgão legislativo especial para elaborar a Constituição – Assembléia Constituinte – ou sob a forma de um quorum superior ao exigido para a aprovação, no Congresso Nacional das leis ordinárias. 
- 8) (Esaf/AFC/CGU/2003) Em sua concepção materialista ou substancial, a Constituição se confundiria com o conteúdo de suas normas, sendo pacífico na doutrina quais seriam as matérias consideradas como de conteúdo constitucional e que deveriam integrar obrigatoriamente o texto positivado. 
- 9) (Esaf/AFC/CGU/2003) A existência de supremacia formal da constituição independe da existência de rigidez constitucional. 
- 10) (Esaf/AFC/CGU/2003) Na história do Direito Constitucional brasileiro, apenas a Constituição de 1824 pode ser classificada, quanto à estabilidade, como uma constituição semi-rígida. 
- 11) (Esaf/AFC/CGU/2003) As constituições outorgadas, sob a ótica jurídica, decorrem de um ato unilateral de uma vontade política soberana e, em sentido político, encerram uma limitação ao poder absoluto que esta vontade detinha antes de promover a outorga de um texto constitucional. 
- 12) (Esaf/AFC/CGU/2003) Segundo a melhor doutrina, a tendência constitucional moderna de elaboração de Constituições sintéticas se deve, entre outras causas, à preocupação de dotar certos institutos de uma proteção eficaz contra o exercício discricionário da autoridade governamental. 
- 13) (Esaf/AFC/CGU/2003) Segundo a classificação das Constituições, adotada por Karl Lowenstein, uma constituição nominativa é um mero instrumento de formalização legal da intervenção dos dominadores de fato sobre a comunidade, não tendo a função ou a pretensão de servir como instrumento limitador do poder real. 
- 14) Conhece-se como constituição-dirigente aquela que atribui ao legislador ordinário, isto é, infraconstitucional, a missão de dirigir os rumos do Estado e da sociedade. 
- 15) Uma das classificações das constituições leva em consideração os mecanismos previstos para a mudança delas, do que resultam as categorias de constituições rígidas, flexíveis e semi-rígidas; as flexíveis são aquelas que não exigem mecanismos especiais de alteração, mais

solenes e complexos que os aplicados à produção do direito infraconstitucional; em todas essas espécies, devido à supremacia formal da Constituição, deve haver mecanismos adequados de controle de constitucionalidade. 

- 16) Toda constituição escrita é rígida. 
- 17) Toda norma constitucional, qualquer que seja o tipo de Constituição, é dotada de supremacia sobre as demais, em todos os aspectos. 
- 18) A rigidez das constituições é o pressuposto do controle de constitucionalidade. 
- 19) Considerando a classificação das normas constitucionais em formais e materiais, seriam dessa última categoria, sobretudo, as normas concernentes à estrutura e à organização do Estado, à regulação do exercício do poder e aos direitos fundamentais. Desse ângulo, outras normas, ainda que inseridas no corpo da Constituição escrita, seriam constitucionais tão-somente do ponto de vista formal. 
- 20) A Supremacia material e formal das normas constitucionais é atributo presente tanto nas constituições rígidas quanto nas flexíveis. 
- 21) O princípio da supremacia formal da Constituição é a primordial consequência da rigidez constitucional. 
- 22) Apenas as normas das constituições escritas possuem supremacia. 
- 23) Considerando a noção de constituição material, o ato de um agente público pode ser considerado inconstitucional, mesmo que afete norma não-constante do texto da Constituição escrita. 
- 24) Em relação à supremacia material e formal das constituições, podemos afirmar que a material está relacionada à produção de um documento escrito. 
- 25) Numa Constituição classificada como dirigente, não se encontram normas programáticas. 
- 26) (Esaf/AFT/2003) A idéia de Constituição escrita, consagrada após o sucesso da Revolução Francesa, tem entre seus antecedentes históricos os pactos, os forais, as cartas de franquia e os contratos de colonização.

GABARITOS

- 1) ERRADO; numa constituição do tipo não escrita, além de normas costumeiras, jurisprudenciais e convenções, temos, também, normas escritas, formalizadas em leis esparsas – como acontece na Inglaterra.
- 2) CERTO; o enunciado refere-se, corretamente, ao estudo do Direito Constitucional comparado segundo o critério temporal (estudo de Constituições de um mesmo Estado, em diferentes momentos histórico-temporais).
- 3) ERRADO; a concepção de Constituição defendida por Konrad Hesse tem pontos em comum com a concepção defendida por Ferdinand Lassalle, uma vez que ambos reconhecem a influência dos fatores reais de poder que regem uma sociedade na construção da Constituição de um Estado. Este, portanto, o ponto de convergência entre Hesse e Lassalle: ambos reconhecem a

importância dos fatores reais de poder da sociedade na construção da respectiva Constituição.

A diferença nas suas concepções reside no fato de que, para Lassalle, a Constituição escrita de um Estado não possui nenhuma força normativa, não passando de uma “folha de papel”, ao passo que, para Konrad Hesse, a Constituição escrita, embora sofra influência dos fatores reais de poder na sua elaboração, adquire, a partir daí, força normativa própria, motivadora do ordenamento jurídico.

4) CERTO; Conforme visto, Kelsen desenvolveu dois sentidos para a palavra Constituição: (a) sentido lógico-jurídico; (b) sentido jurídico-positivo.

Em sentido lógico-jurídico, Constituição significa a norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da Constituição em sentido jurídico-positivo.

Em sentido jurídico-positivo, Constituição corresponde à norma positiva suprema, conjunto de normas que regulam a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau; ou certo documento solene, conjunto de normas jurídicas que somente podem ser alteradas observando-se certas prescrições especiais.

O enunciado refere-se, corretamente, ao conceito de Constituição em sentido lógico-jurídico desenvolvido por Kelsen.

5) ERRADO; o conceito apontado no enunciado refere-se ao sentido jurídico de Constituição; o conceito sociológico é aquele que considera a Constituição como a soma dos fatores reais de poder que regem numa determinada sociedade.

6) ERRADO; o sentido de Constituição que se preocupa com o efetivo poder social em um determinado Estado (fatores reais de poder) é o sociológico, e não o jurídico. No sentido jurídico, a Constituição é vista numa perspectiva estritamente formal (desvinculada de quaisquer considerações sociológicas, políticas ou ideológicas), apresentando-se como norma jurídica, como norma fundamental do Estado e da vida jurídica de um país, paradigma de validade de todo o ordenamento jurídico e instituidora da estrutura primacial desse Estado.

7) CERTO; conforme visto, a concepção formal de constituição decorre, precisamente, da existência de um processo especial, mais difícil (rígido), para a elaboração das normas constitucionais.

8) ERRADO; a parte inicial, quando expressa que “em sua concepção materialista ou substancial, a Constituição se confundiria com o conteúdo de suas normas” está corretíssimo; porém, invalida o enunciado a afirmação de que é pacífico na doutrina quais seriam as matérias consideradas como de conteúdo constitucional e que deveriam integrar obrigatoriamente a Constituição. Conforme vimos, não há unanimidade sobre esse assunto, haja vista as variações temporais e espaciais que sofrem esse conceito de norma materialmente constitucional.

9) ERRADO; a supremacia formal da constituição é decorrência imediata da existência da rigidez constitucional.

10) CERTO; de fato, a Constituição de 1824, da época do Império, era do tipo semi-rígida, exigindo um processo especial para modificação de parte do seu texto e permitindo a modificação de outra parte por processo simples.

11) CERTO; são estas as duas idéias centrais de uma Constituição do tipo outorgada, que é imposta, elaborada sem participação popular: (a) ato de vontade unilateral do governante (haja vista que não há participação popular); (b) imposição de certas limitações ao próprio poder, até então absoluto, do governante.

12) ERRADO; a tendência constitucional moderna é de elaboração de constituições do tipo analítica ou prolixa, de conteúdo extenso.

13) ERRADO; esse conceito, apresentado no enunciado, corresponde ao de Constituição semântica. Constituição nominativa é aquela que, embora possua a intenção de regular efetivamente a vida política do Estado, não consegue cumprir tal papel.

14) ERRADO; constituição dirigente é aquela que, no seu próprio texto, são fixados os programas e fins para atuação futura dos órgãos estatais; ela própria estabelece tais programas, e não atribui tal competência ao legislador ordinário, como afirmado no enunciado.

15) ERRADO; o enunciado está errado por dois motivos: (a) afirma existir supremacia formal em sistema de constituição flexível, o que, como vimos, não é verdade, haja vista que não se pode falar em supremacia do tipo formal em ordenamentos que adotam constituição flexível, pois não há distinção, nesses regimes, entre os processos legislativos de elaboração das normas constitucionais e normas ordinárias; (b) afirma que deverá existir mecanismo de controle de constitucionalidade em sistema de constituição flexível, o que não é correto, pois, conforme vimos, a rigidez é pressuposto para se falar em controle de constitucionalidade.

16) ERRADO; conforme vimos, nem toda constituição escrita é, necessariamente, rígida (já tivemos, na Itália, constituições escritas e flexíveis).

17) ERRADO; as normas constitucionais de uma constituição do tipo não escrita, flexível, não são dotadas de supremacia formal (portanto, não se pode afirmar que toda norma constitucional, qualquer que seja o tipo de Constituição, é dotada de supremacia **em todos os aspectos**).

18) CERTO; conforme visto, a expressão “controle de constitucionalidade” nasceu a partir da elaboração das constituições do tipo rígidas; enfim: para se falar em controle de constitucionalidade, temos que pressupor supremacia formal das normas constitucionais sobre as demais; para se falar em supremacia formal, temos que pressupor rigidez; logo, para se falar em controle de constitucionalidade, temos que pressupor uma Constituição do tipo rígida.

19) CERTO; o enunciado traz uma ótima e irretocável síntese das concepções materialista e formalista de Constituição.

20) ERRADO; não há supremacia formal em constituição do tipo flexível.

21) CERTO; a decorrência imediata da rigidez constitucional é situar a Constituição num patamar de superioridade formal em relação a todas as demais normas, significando que a Constituição é o fundamento de validade de todas as demais normas do ordenamento; essa idéia é consagrada no denominado “princípio da supremacia da Constituição”.

22) ERRADO; podemos afirmar que apenas as normas das constituições escritas (e rígidas) possuem supremacia **formal** sobre as demais leis; mas as normas das constituições não escritas também são dotadas de supremacia, só que de índole **material**; como o enunciado não especificou, está incorreto.

23) CERTO; conforme visto, na concepção material de constituição, poderemos ter normas constitucionais fora do texto da constituição escrita; logo, uma norma ordinária (de conteúdo não constitucional) poderá ser declarada inconstitucional frente a uma norma constitucional (de conteúdo substancialmente constitucional), mesmo sabendo-se que ambas não integram o texto da constituição escrita.

24) ERRADO; a supremacia material não tem nada, absolutamente nada a ver com o processo de elaboração da norma, se escrita ou não escrita; a supremacia material tem a ver, unicamente, com o conteúdo das normas.

25) ERRADO; o que caracteriza uma constituição como dirigente é, exatamente, a presença nela de normas programáticas.

26) CERTO; conforme vimos, os pactos, os forais, as cartas de franquia e os contratos de colonização foram antecedentes importantes, que levaram à consagração da idéia da necessidade de se formalizar as regras constitucionais em documentos escritos, dando origem às Constituições escritas.

Um forte abraço – e até a próxima semana, se Deus quiser.
Vicente Paulo

AULA Nº 2: CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUANTO AO GRAU DE EFICÁCIA E APLICABILIDADE

Na aula de hoje, discorreremos a respeito dos diferentes graus de eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, segundo os ensinamentos doutrinários dominantes no nosso País.

Antes de passarmos à classificação propriamente dita, quero chamar atenção para um ponto importantíssimo: não estaremos, nesse tópico, classificando o texto constitucional em “normas constitucionais eficazes” e “normas constitucionais ineficazes”, isto é, em normas constitucionais dotadas de eficácia jurídica e normas constitucionais desprovidas de eficácia jurídica.

Não. Não se cuida disso. O constitucionalismo moderno refuta a idéia da existência de normas constitucionais desprovidas de eficácia jurídica. Enfim, “não existe letra morta na Constituição”. Todas as normas constitucionais, qualquer que seja o seu conteúdo, são dotadas de eficácia jurídica. O que se admite é que nem todas as normas constitucionais possuem o mesmo grau de eficácia; embora todas sejam possuidoras de eficácia jurídica, o grau dessa eficácia poderá variar de norma para norma: algumas normas constitucionais produzirão seus plenos efeitos com a simples entrada em vigor da Constituição, outras não etc.

É, portanto, sob este enfoque que temos que estudar esse assunto: todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia jurídica; porém, nem todas possuem o mesmo grau de eficácia, surgindo, por esta razão, a classificação que será apresentada nas próximas linhas.

Esse assunto – grau de eficácia das normas constitucionais - é debatido em todo o mundo, e não são poucos os doutrinadores que elaboraram suas classificações para os diferentes graus de eficácia das normas constitucionais.

No Brasil, merecem especial destaque as classificações elaboradas pelos constitucionalistas Ruy Barbosa e José Afonso da Silva (em verdade, para o fim de concurso público, toda a ênfase deve ser dada à classificação do Prof. José Afonso da Silva, pois é esta que tem sido, reiteradamente, cobrada pelas bancas examinadoras).

1) CLASSIFICAÇÃO DE RUY BARBOSA

A tradicional classificação do jurista Ruy Barbosa, inspirada na doutrina americana, divide as normas constitucionais em dois grupos:

(a) normas “auto-executáveis” (self-executing; self-enforcing; self-acting);

(b) normas “não auto-executáveis” (not self-executing; not self-enforcing provisions ou not self-acting).

As normas constitucionais auto-executáveis (self-executing; self-enforcing; self-acting) são preceitos constitucionais completos, que produzem seus plenos efeitos com a simples entrada em vigor da constituição.

As normas constitucionais não auto-executáveis (not self-executing; not self-enforcing provisions ou not self-acting) são normas indicadoras de princípios, sem estabelecerem normas que lhes dêem plena eficácia. Exigem atuação legislativa posterior para efetivação, possibilitando, só então sua plena execução.

Observa-se que essa classificação Ruy Barbosa divide as normas constitucionais em apenas dois grupos: normas constitucionais auto-aplicáveis (que produzem seus plenos efeitos com a simples entrada em vigor da Constituição, imediata e diretamente, sem necessidade de quaisquer regulamentações por lei) e as não auto-aplicáveis (que, para produzirem seus plenos efeitos, exigem uma posterior regulamentação legislativa).

2) CLASSIFICAÇÃO DE JOSÉ AFONSO DA SILVA

O Professor José Afonso da Silva formulou uma classificação própria e autônoma das normas constitucionais, hoje largamente adotada pela doutrina e jurisprudência do nosso País.

Para José Afonso da Silva, as normas constitucionais não podem ser classificadas em apenas dois grupos, pois há uma terceira espécie de normas que não se encaixa, propriamente, em nenhum dos dois grupos da doutrina americana. Assim, as normas constitucionais, quanto ao grau de eficácia, são classificadas em:

- (a) normas constitucionais de eficácia plena;
- (b) normas constitucionais de eficácia contida;
- (c) normas constitucionais de eficácia limitada.

2.1) NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA PLENA

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.

As normas de eficácia plena não exigem a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados. São, por isso, normas de aplicabilidade **direta, imediata e integral**.

2.2) NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA CONTIDA

As normas constitucionais de eficácia contida são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação **restritiva** por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados.

Em regra, as normas de eficácia contida exigem a atuação do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura. Entretanto, a atuação do legislador ordinário não será para tornar exercitável o direito nelas previsto (este já é exercitável desde a promulgação do texto constitucional), mas sim para restringir, para impor restrições ao exercício desse direito.

Entenda-se: (1) o direito previsto numa norma constitucional de eficácia contida é **imediatamente exercitável** (eficácia direta e imediata), desde o momento de promulgação da Constituição; (2) a legislação ordinária futura, se vier, será para restringir o exercício desse direito, para impor limites e condições ao exercício de tal direito.

Assim, temos o seguinte: enquanto o legislador ordinário não expedir a norma restritiva referente à norma de eficácia contida, sua eficácia será plena, vale dizer, o direito nela previsto poderá ser amplamente exercido; quando editada a norma ordinária, o exercício do direito será limitado, restringido.

Um bom exemplo para o entendimento da aplicabilidade de uma norma constitucional de eficácia contida é o disposto no art. 5º, XIII: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Cuida-se de típica norma constitucional de eficácia contida, **sujeita à imposição de restrições por parte do legislador ordinário, e que deve ser interpretada da seguinte maneira: (1) enquanto não estabelecidas em lei as qualificações profissionais necessárias para o exercício de determinada profissão, o seu exercício será amplo, vale dizer, qualquer pessoa poderá exercê-la; (2) num momento seguinte, quando a lei vier e estabelecer as qualificações profissionais necessárias para o exercício de tal profissão, a partir de então só poderão exercê-la aqueles que atenderem essas qualificações previstas em lei.**

Outro exemplo, nessa mesma linha, é o disposto no art. 37, I, que prescreve, no tocante aos brasileiros, que “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei”.

Novamente, o raciocínio é o mesmo: (1) a princípio, enquanto não estabelecidos em lei os requisitos específicos para o exercício de determinado cargo, emprego ou função pública, o acesso a ele será amplo aos brasileiros; (2) num momento seguinte, quando a lei vier e fixar os requisitos necessários e específicos para o ingresso nesse cargo público (idade máxima, altura mínima, graduação específica entre outros, a depender das peculiaridades das atividades do cargo), a partir daí somente aqueles brasileiros que cumprirem com tais requisitos poderão ingressar em tal cargo.

Finalmente, para que não reste dúvida, um bom terceiro exemplo é o inciso VIII do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual:

“ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

Esse dispositivo nos assegura a liberdade de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, e deve ser assim interpretado: (1) a princípio, a liberdade religiosa ou de convicção filosófica ou política é ampla, sendo certo que ninguém será privado de direito por esses motivos; (2) porém, a lei poderá fixar prestação alternativa àqueles que invocarem alguma crença/convicção diante de obrigação legal a eles imposta; (3) enquanto a lei não fixar a prestação alternativa, ninguém poderá ser privado de direitos por motivo de crença religiosa ou convicção filosófica ou política; (4) uma vez fixada a prestação alternativa em lei, aquele que se negar a cumpri-la poderá ser privado de direito, diante da invocação de crença religiosa ou convicção filosófica ou política.

Mais uma vez, importante repisar o seguinte aspecto: nas normas de eficácia contida, a legislação ordinária não vem para tornar exercitável o direito previsto na Constituição; o direito é imediata e diretamente exercitável desde o momento da promulgação da Constituição; a norma ordinária virá para restringir, para impor limites e condições ao exercício do direito previsto na Constituição (esse aspecto é facilmente verificado nos três exemplos acima, por mim citados).

Ensina-nos o Professor José Afonso da Silva que as normas de eficácia contida poderão ser restringidas:

(a) pelo legislador infraconstitucional (exemplos: art. 5º, VIII; art. 5º, XIII; art. 37, I, conforme explicado acima);

(b) por outras normas constitucionais (exemplos: artigos 136 a 141, que, diante do estado de defesa e estado de sítio, impõem restrições aos direitos fundamentais);

(c) por certos conceitos jurídicos amplamente aceitos, tais como ordem pública, segurança nacional ou pública, integridade nacional, bons costumes, necessidade ou utilidade pública, perigo público eminente (pois, ao fixar esses conceitos, o Poder Público poderá limitar o alcance de normas constitucionais, como é o caso do art. 5º, XXV).

As normas de eficácia contida são, assim, normas constitucionais dotadas de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, porque sujeitas a restrições que limitem sua eficácia e aplicabilidade (impostas por lei, por outras normas constitucionais ou por certos conceitos jurídicos amplamente aceitos).

2.3) NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA LIMITADA

As normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que não produzem, com a simples entrada em vigor da Constituição, os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.

São de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente após uma legislação ordinária ulterior que lhes desenvolva a eficácia.

Vejamos, então, as distinções entre normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada:

(a) com a promulgação da Constituição, a força de tais normas é distinta: as normas de eficácia contida são de aplicabilidade direta e imediata, vale dizer, o direito nelas previsto é imediatamente exercitável, desde a promulgação da Constituição; as normas de eficácia limitada são de aplicabilidade indireta e mediata, vale dizer, não produzem seus plenos efeitos desde a promulgação da Constituição, ficando o exercício do direito nelas previsto dependente da edição de regulamentação ordinária;

(b) ambas requerem normatização legislativa, mas a finalidade dessa normatização ordinária é distinta: nas normas de eficácia contida, a norma regulamentadora virá para restringir, para impor limites ao exercício do direito (que, até então, desde a promulgação da Constituição, era amplamente exercitável); nas normas de eficácia limitada, a norma regulamentadora virá para assegurar, para tornar viável o exercício do direito (cujo exercício, até então, estava impedido);

(c) a ausência de regulamentação implica conseqüências distintas: em se tratando de norma de eficácia contida, enquanto não houver regulamentação ordinária, o exercício do direito é amplo (a legislação ordinária virá para impor restrições ao exercício desse direito); em se tratando de norma de eficácia limitada, enquanto não houver regulamentação ordinária, o exercício do direito permanece obstado, impedido (a legislação ordinária virá para tornar viável o exercício desse direito).

Pensem no direito de greve assegurado constitucionalmente ao servidor público, dependente de regulamentação por lei ordinária específica (CF, art. 37, VII: “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”).

De acordo com as considerações acerca das normas constitucionais de eficácia contida e limitada, acima expendidas, podemos afirmar o seguinte: (a) se o direito de greve dos servidores públicos for norma de eficácia contida, diante da falta de norma regulamentadora (lei específica) os servidores poderão exercer amplamente tal direito; (b) se o direito de greve dos servidores públicos for norma de eficácia limitada, diante da falta de norma regulamentadora (lei específica) os servidores não poderão realizar movimentos grevistas, haja vista que, nesta espécie de normas constitucionais, o direito só poderá ser exercido após a devida regulamentação.

Moral da história: como o Supremo Tribunal Federal (STF) firmou entendimento de que o direito de greve dos servidores públicos (CF, art. 37, VII) é norma constitucional de eficácia limitada, dependente de regulamentação para a produção de seus plenos efeitos, e até hoje a lei específica ainda não foi editada, o fato é que os servidores públicos permanecem impedidos de exercerem o direito de greve (só poderão exercê-lo após a publicação da requerida lei específica regulamentadora).

O Professor José Afonso da Silva divide as normas de eficácia limitada em dois grupos distintos:

- (a) definidoras de princípio institutivo ou organizativo;
- (b) definidoras de princípio programático.

As normas definidoras de princípio institutivo ou organizativo são aquelas pelas quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei. São exemplos: “a lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios” (art. 33); “a lei disporá sobre a criação, estruturação e atribuições dos Ministérios” (art. 88); “a lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho de Defesa Nacional” (art. 91, § 2º); “a lei

disporá sobre a constituição, investidura, jurisdição, competência, garantias e condições de exercício dos órgãos da Justiça do Trabalho” (art. 113).

Essas normas constitucionais definidoras de princípio institutivo podem ser **impositivas** ou **facultativas**.

São **impositivas** aquelas que determinam ao legislador, em termos peremptórios, a emissão de uma legislação integrativa, isto é, que estabelecem uma obrigação para o legislador. Exemplos: “a faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização **serão** reguladas em lei” (art. 20, § 2º); “lei federal **disporá** sobre a utilização, pelo Governo do Distrito Federal, das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar” (art. 32, § 4º); “a lei **disporá** sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios” (art. 33); “a lei **disporá** sobre a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública” (art. 88); “a lei **regulará** a organização e o funcionamento do Conselho de Defesa Nacional” (art. 91, § 2º).

São **facultativas** ou permissivas quando não impõem uma obrigação, mas limitam-se a dar ao legislador ordinário a possibilidade de instituir ou regular a situação nelas delineada, isto é, quando estabelecem uma mera faculdade para o legislador. Exemplos: “lei complementar **poderá** autorizar os Estados a legislar sobre...” (art. 22, parágrafo único); “a lei estadual **poderá** criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual...” (art. 125, § 3º); “os Estados **poderão**, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas...” (art. 25, § 3º); “a União **poderá** instituir, mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior...” (art. 154, I).

As **normas constitucionais definidoras de princípios programáticos** são aquelas pelas quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a lhes traçar os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.

Constituem **programas a serem realizados pelo Poder Público**, disciplinando os interesses econômico-sociais, tais como: realização da justiça social; valorização do trabalho; amparo à família; combate à ignorância etc. Esse grupo de normas consubstancia o que a doutrina constitucional denomina “normas programáticas”, como são exemplos: “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, **nos termos da lei**” (art. 7º, XX); “proteção em face da

automação, **na forma da lei**" (art. 7º, XXVII); "**a lei** reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros" (art. 173, § 4º).

Finalmente, cabe esclarecer que uma **norma constitucional de eficácia limitada, de conteúdo programático, perde essa sua natureza (programática) quando o programa nela previsto é concretizado pelo legislador, mediante a edição da lei reclamada. Assim, quando a lei reclamada é editada, a norma deixa de ser programática, concretizando-se.** É o que ocorre, por exemplo, com o disposto no art. 7º, XI, que estabelece o direito do trabalhador à participação nos lucros ou resultados da empresa, conforme definido em lei. Como a referida lei já existe, tal dispositivo constitucional deixou de ser norma programática, concretizando-se, produzindo seus **plenos efeitos.**

2.3.1. **EFICÁCIA DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS**

Conforme dito antes, as **normas constitucionais programáticas** são aquelas de **eficácia limitada** que requerem dos órgãos estatais uma determinada **atuação, na consecução de um objetivo traçado pelo legislador constituinte.** Como a própria denominação indica, **estabelecem um programa, um rumo** inicialmente traçado pela constituição – e **que deverá ser perseguido pelos órgãos estatais.**

A presença desse tipo de normas no texto da Constituição é que a qualifica como **Constituição dirigente,** que é aquela que se preocupa com os caminhos que serão perseguidos pelo Estado, prescrevendo, ela mesma, certos programas para a atuação futura dos órgãos estatais.

Agora vejam o seguinte: (1) **as normas programáticas são normas constitucionais de eficácia limitada;** (2) **se são normas de eficácia limitada significa dizer que o direito nelas previsto não poderá ser exercido antes da devida regulamentação;** (3) **ora, se o direito não pode ser exercido antes da devida regulamentação, fica-se com a impressão de que tais normas não são dotadas de eficácia jurídica enquanto não regulamentadas.**

Aliás, é o que ocorre presentemente com o direito de greve do servidor público: (1) **o servidor público tem assegurado na Constituição Federal o direito de greve, no art. 37, VII;** (2) **esse direito, porém, é norma constitucional de eficácia limitada, dependente de regulamentação por lei específica;** (3) **se é norma de eficácia limitada, significa dizer que tal direito só poderá ser exercido após a devida regulamentação por lei específica;** (4) **como até hoje ainda não foi editada essa lei específica, os servidores públicos não podem realizar movimentos grevistas, sob pena de responsabilidade funcional;** (5) **fica-se, então, com a idéia de que a norma programática, enquanto não complementada pelo**

legislador ordinário, não possui nenhuma eficácia jurídica (afinal, o servidor público tem o direito de greve assegurado na Constituição, mas não pode exercê-lo!)

Foi a partir dessa idéia que se desenvolveu na doutrina a tese de que as normas constitucionais programáticas não seriam dotadas de eficácia jurídica enquanto não houvesse a implementação do programa nelas previsto. Para os ideólogos dessa tese, enquanto não implementado o programa previsto na norma programática seria esta absolutamente desprovida de eficácia jurídica, seria, vamos assim dizer, "letra morta na Constituição".

Essa tese, porém, **não** é aceita pelo constitucionalismo moderno, que refuta a idéia da existência de normas sem eficácia jurídica no texto da Constituição.

Assim, o que se admite é que as normas constitucionais programáticas não produzem seus **plenos efeitos** enquanto não regulamentadas, isto é, enquanto não efetivamente implementado o programa nelas previsto (pois, afinal, elas representam, exatamente, um programa para a atuação futura do Estado).

Mas, repise-se, não se pode afirmar que nesse período, entre a promulgação da Constituição e a edição da norma regulamentadora, elas permaneçam sem eficácia jurídica. Isso porque, desde a entrada em vigor da Constituição, as normas programáticas já produzem a chamada "eficácia negativa", isto é, revogam as disposições em contrário aos seus comandos e impedem a produção legislação ulterior em disparidade com o programa por elas estabelecido.

Assim, com a simples entrada em vigor de uma norma constitucional programática, pode-se afirmar que ela opera, automaticamente:

- (1) a revogação de todas as disposições em sentido contrário aos seus comandos;
- (2) a proibição de que sejam produzidas normas ulteriores que contrariem o programa por ela estabelecido.

Voltando ao exemplo do direito de greve do servidor público, temos o seguinte (CF, art. 37, VII): embora essa norma não tenha ainda produzido seus **plenos efeitos** até o momento (pela falta da norma regulamentadora), não se pode afirmar que ela não possua eficácia jurídica, pois, com a simples entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, ela já irradiou os seguintes efeitos:

a) revogação das normas anteriores em sentido contrário (se no regime constitucional anterior – Constituição Federal de 1969 - houvesse leis que vedassem o direito de greve ao servidor, tais leis não teriam sido recepcionadas pela atual Constituição, mas sim revogadas por esta);

b) impedimento à produção de novas leis e/ou atuação do Estado em sentido contrário (embora atualmente o servidor público não possa deflagrar um movimento grevista, seria flagrantemente inconstitucional a publicação de uma lei que vedasse ao servidor público o direito à greve, por contrariar o disposto na norma programática, isto é, por ser contrária ao programa estabelecido pela Constituição Federal).

Além dessa eficácia negativa, a norma programática também serve de parâmetro para interpretação do texto constitucional, uma vez que o intérprete da constituição deve levar em conta todos os seus comandos, com o fim de estabelecer uma harmonia e unidade de todos os valores constitucionais.

EXERCÍCIOS DE CONCURSOS.

1) (Esaf/AFT/2003) Segundo a melhor doutrina, as normas de eficácia contida são de aplicabilidade direta e imediata, no entanto, podem ter seu âmbito de aplicação restringido por uma legislação futura, por outras normas constitucionais ou por conceitos ético-jurídicos. 

2) (Esaf/AFT/2003) Segundo a melhor doutrina, as normas constitucionais de eficácia limitada são do tipo normas declaratórias de princípios institutivos quando: determinam ao legislador, em termos peremptórios, a emissão de uma legislação integrativa; ou facultam ao legislador a possibilidade de elaborar uma lei, na forma, condições e para os fins previstos; ou possuem esquemas gerais, que dão a estrutura básica da instituição, órgão ou entidade a que se referem, deixando para o legislador ordinário a tarefa de estruturá-los, em definitivo, mediante lei. 

3) As normas programáticas são, na sua maioria, normas auto-aplicáveis. 

4) Normas constitucionais programáticas somente se tornam normas jurídicas depois de reguladas por lei, uma vez que, antes disso, não são capazes de produzir efeito jurídico. 

5) Um direito previsto numa norma constitucional de eficácia contida pode ser restringido por meio de lei ordinária. 

6) Uma lei ordinária que destoa de uma norma programática da Constituição não pode ser considerada inconstitucional. 

GABARITO

1) CERTO; o enunciado aponta as duas características das normas constitucionais de eficácia contida, quais sejam: (a) são dotadas de aplicabilidade direta e imediata; (b) podem ser objeto de restrições impostas por lei, por outras normas constitucionais ou por conceitos ético-jurídicos geralmente aceitos.

2) CERTO; o enunciado apresenta, literalmente, a definição dada pelo Prof. José Afonso da Silva às normas constitucionais de eficácia limitada definidoras de princípios institutivos.

3) ERRADO; as normas programáticas, conforme vimos, são espécie do gênero normas constitucionais de eficácia limitada (normas constitucionais de eficácia limitada definidoras de princípios programáticos) e, como tais, não são normas auto-aplicáveis.

4) ERRADO; vimos que a tese segundo a qual as normas programáticas são desprovidas de eficácia enquanto não regulamentadas por lei não é aceita modernamente, pois, com a simples promulgação da Constituição, elas já produzem os seguintes efeitos jurídicos: (a) revogam as disposições anteriores em sentido contrário; (b) impedem a futura produção de normas em sentido contrário; (c) servem de parâmetro de interpretação do texto constitucional.

5) CERTO; norma constitucional de eficácia contida, por definição, é justamente aquela que admite a imposição de restrição ao direito nela previsto, seja por meio de lei, por meio de outras normas constitucionais ou por meio da fixação de conceitos ético-jurídicos geralmente aceitos.

6) ERRADO; uma lei ordinária que contraria uma norma programática é inconstitucional, pois, como vimos, a norma programática impede a produção de leis em sentido contrário, contrárias aos seus programas.

Pois é, fácil, super tranquila essa aula de hoje, para compensar o cansaço da semana passada - e guardar fôlego para as próximas (que serão imensas, tratando dos assuntos "Modificação da Constituição Federal de 1988" e "Direitos Fundamentais").

Um forte abraço – e até a próxima semana.

Obs: Àqueles que desejarem um estudo mais aprofundado sobre esse assunto recomendo a leitura da obra "Aplicabilidade das Normas Constitucionais", do Prof. José Afonso da Silva (Editora Malheiros), que foi a base para a elaboração dessa minha breve aula.

AULA Nº 3: MODIFICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Na aula de hoje, de conteúdo extenso, estudaremos os processos de modificação da nossa Constituição Federal de 1988 – e eu quero todo mundo animado, apaixonado por esse assunto!

Este é um assunto em relação ao qual eu não admito preguiça, desinteresse por parte do aluno, por dois motivos: primeiro, porque ele é um dos tópicos mais exigidos em concursos públicos; segundo, porque só o fato de termos a oportunidade de estudar um tema como este, de tamanha grandiosidade, já é estímulo mais do que suficiente para um bom estudo!

Direito Constitucional, acredite, é uma disciplina apaixonante, é a disciplina, ao lado do Direito Penal, que mais desperta no candidato a paixão pelo estudo do Direito. Então, se você ainda não se despertou para isso, se ainda não “rolou esse sentimento”, é porque você não está estudando de coração aberto, não está pensando na grandiosidade dessa missão lhe foi confiada, de estudar Direito Constitucional para concurso público!

E esse ponto, então, é uma paixão! Pare e pense no que vamos fazer nas próximas páginas: estudar como se modifica a Constituição Federal de 1988, a Lei Maior do nosso País! Ao final, saberemos como poucas pessoas no País sobre o processo legislativo de aprovação de uma emenda constitucional; o que pode e o que não pode ser suprimido da Constituição por meio de emenda; como pode ser fiscalizado pelo Poder Judiciário o processo de modificação da Constituição etc.

Caramba, sinta a emoção: estaremos “modificando” a obra da Assembléia Nacional Constituinte de 1988!

Bem, contenha um pouco dessa emoção e vamos aos estudos. (risos)

1) RIGIDEZ / PODER CONSTITUINTE

Vimos em aula pretérita que a nossa Constituição Federal de 1988 é do tipo rígida, pois exige um processo especial para modificação de seu texto, mais dificultoso do que aquele de elaboração das demais normas.

Assim, num Estado como o nosso, que adota Constituição do tipo rígida, temos dois processos legislativos distintos: um processo legislativo solene, para elaboração das normas constitucionais; um processo legislativo simples, para elaboração das normas infraconstitucionais.

Surgem, também a partir dessa distinção, dois legisladores distintos: o legislador constituinte, competente para a elaboração de normas constitucionais; e o legislador ordinário, que elabora as normas ordinárias, infraconstitucionais.

No Brasil, por exemplo, o Congresso Nacional ora atua como legislador constituinte (quando elabora emendas à Constituição), ora atua como legislador ordinário (quando elabora as normas infraconstitucionais, tais como: leis, decretos legislativos, resoluções etc.).

Portanto, só faz sentido falar-se nessa distinção – legislador constituinte e legislador ordinário – num regime de Constituição rígida. Se o Estado adota Constituição do tipo flexível não há que se falar nessa distinção, pois o mesmo legislador elaborará tanto as normas ordinárias, quanto as normas constitucionais. Na Inglaterra, país que adota Constituição do tipo não-escrita, as normas constitucionais escritas são elaboradas pelo mesmo legislador que elabora as demais normas ordinárias do ordenamento jurídico, segundo o mesmo processo legislativo.

O que estudaremos hoje, portanto, é como se manifesta no Estado brasileiro o chamado “poder constituinte”, que é o poder de elaborar normas constitucionais.

2) MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Porém, antes de estudarmos as manifestações do poder constituinte derivado temos que conhecer um outro meio de modificação de uma Constituição, que é a chamada “mutação constitucional”.

Mutação constitucional é o fenômeno jurídico pelo qual a Constituição é modificada sem que haja alterações da literalidade do seu texto. A Constituição é modificada sem que haja qualquer alteração do seu texto, em decorrência da mudança dos costumes, da jurisprudência etc.

No Brasil, por exemplo, ocorre mutação constitucional quando o Supremo Tribunal Federal muda a sua interpretação sobre o alcance, sobre o conteúdo de algum dispositivo da Constituição. Até certa data, entendia o Tribunal que determinado artigo da Constituição tinha o alcance “X”; num momento seguinte, passa a entender o Tribunal que o mesmo artigo tem o alcance “Y”, sem ter ocorrido nenhuma modificação formal no texto constitucional. Foi o que ocorreu, por exemplo, no tocante ao alcance do foro especial por prerrogativa de função, matéria em que o STF já teve, na vigência da atual Constituição, posições diferentes (num primeiro momento, entendia o STF que a autoridade, em certas hipóteses, continuava a fazer jus ao foro mesmo após o término do mandato ou cargo; num segundo momento, passou a entender que o término do cargo ou mandato fazia expirar, também, o direito ao foro etc.).

Assim, podemos afirmar que mutação constitucional é o processo **informal** de modificação da Constituição (“modifica-se a Constituição sem mudar o seu texto”). Não se cuida de obra do poder constituinte derivado, mas sim decorrência de fatores tais como os costumes e a jurisprudência.

3) PODER CONSTITUINTE

Poder constituinte é o poder de elaborar normas constitucionais. É tradicionalmente classificado em: originário, derivado e decorrente.

Poder constituinte originário é o poder de elaborar uma nova Constituição, tendo por características ser ilimitado, incondicionado e soberano. Significa dizer que, no momento de elaboração da Constituição, o poder constituinte originário é soberano, não se sujeitando a regras impostas pelo ordenamento constitucional anterior, podendo, inclusive, afastar direitos adquiridos sob a

vigência da Constituição pretérita. Em 1988, por exemplo, ao elaborar a vigente Constituição, a Assembléia Nacional Constituinte (poder constituinte originário) não estava sujeita à observância do regime constitucional anterior, da Constituição de 1969. É também denominado poder constituinte primário ou de primeiro grau.

Poder constituinte derivado é o poder de modificar a Constituição. É criado pelo poder constituinte originário, para modificação/atualização de sua obra. Tem por características ser limitado, condicionado e relativo. Significa dizer que o poder constituinte originário, ao criar o poder constituinte derivado para modificar o texto originário da Constituição, estabelece certas limitações, certos limites que deverão ser observados no exercício dessa tarefa. Logo, o poder constituinte derivado está sujeito à observância das limitações impostas pelo poder constituinte originário. É também denominado secundário, de segundo grau, de reforma, reformador ou de emenda.

Poder constituinte decorrente é o poder conferido aos entes federados para a elaboração de suas normas organizativas (o Estado-membro, ao elaborar sua Constituição, está exercendo o poder constituinte decorrente, que lhe foi outorgado pelo legislador constituinte originário, no art. 25 da Carta Política Federal). Também é um poder derivado, criado pelo poder constituinte originário, e sujeito a limitações impostas por este, visto que os entes federados, ao elaborarem suas normas organizativas, deverão observar os princípios estabelecidos na Constituição Federal.

Nosso estudo de hoje será o poder constituinte derivado na CF/88: como ele se manifesta, quais as limitações que lhe foram impostas pelo poder constituinte originário, o que ele pode (ou não) abolir no exercício de sua tarefa etc.

4) PROCEDIMENTOS PARA MODIFICAÇÃO DA CF/88

Em 1988, ao elaborar a Constituição Federal, o legislador constituinte originário estabeleceu dois procedimentos distintos para modificação do texto constitucional: (a) revisão constitucional; (b) reforma constitucional.

Esses dois procedimentos foram estabelecidos para a atuação do poder constituinte derivado, vale dizer, nos dois procedimentos temos manifestação do poder constituinte derivado. Isso é importante para sabermos que nos dois procedimentos houve limitações, isto é, tanto na revisão constitucional, quanto na reforma constitucional, o poder constituinte derivado está sujeito à observância das limitações impostas pelo poder constituinte originário (não abolição das cláusulas pétreas etc.).

Passemos, então, ao estudo das distinções entre esses dois procedimentos de modificação da Constituição Federal de 1988.

4.1) REVISÃO CONSTITUCIONAL

A revisão constitucional está prevista no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que estabelece que a revisão constitucional será realizada cinco anos após a promulgação da Constituição, por deliberação de maioria absoluta do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

Esse procedimento de modificação da Constituição ocorreu, de fato, em 1993/1994, momento em que foram aprovadas seis emendas constitucionais de revisão (ECR), alterando alguns poucos dispositivos constitucionais.

São as seguintes as características do procedimento de revisão constitucional:

a) **procedimento simplificado**: exigia, apenas, maioria absoluta do Congresso Nacional, em sessão unicameral, para a modificação da Constituição (bem mais simples do que as exigências para a reforma constitucional, que é a aprovação, em dois turnos de votação em cada Casa Legislativa, de três quintos de seus membros);

Cabe destacar que sessão **unicameral** do Congresso Nacional não é o mesmo que sessão **conjunta** do Congresso Nacional.

Na sessão conjunta, a discussão da matéria é em conjunto (deputados e senadores), mas a votação é em separado (apura-se a maioria absoluta entre os integrantes das duas Casas Legislativas, separadamente).

Na sessão unicameral, como a própria denominação indica, temos o Congresso Nacional atuando como uma só Casa, isto é, a discussão e a votação são realizadas em conjunto, desconsiderando-se a condição de deputado e senador (a apuração da maioria absoluta não será em separado, em cada uma das Casas Legislativas, mas em conjunto). Assim, serão necessários 298 votos para se atingir a maioria absoluta (primeiro número inteiro após a metade de 513 deputados mais 81 senadores).

b) **procedimento único**: só foi prevista uma revisão constitucional, cinco anos após a promulgação da CF/88; ocorrida esta, em 1993/1994, não poderá ser realizada outra, com base na autorização do art. 3º do ADCT;

Da mesma forma, não poderá ser criado outro procedimento simplificado de revisão, mesmo que por meio de emenda constitucional aprovada nos termos do art. 60 da CF. Assim, ocorrida a revisão constitucional em 1993/1994, enquanto tiver vigência a Constituição Federal de 1988 o seu texto somente poderá ser modificado por meio do procedimento de reforma, rígido e dificultoso, previsto no art. 60 da CF.

c) **vedação aos Estados-membros**: os Estados-membros não podem criar um procedimento simplificado de revisão para modificação do texto de suas Constituições;

Segundo orientação do Supremo Tribunal Federal, o processo de modificação da Constituição do Estado-membro há que observar o procedimento rígido de reforma, previsto no art. 60 da Constituição Federal, não podendo esses entes federados estabelecer um processo simplificado de revisão, nos moldes daquele previsto para a Constituição Federal, no art. 3º do ADCT.

d) **promulgação das emendas**: as emendas constitucionais aprovadas durante a revisão constitucional são denominadas “emendas constitucionais de revisão (ECR)”, e foram promulgadas pela Mesa do Congresso Nacional (visto que estas foram aprovadas pelo Congresso Nacional, em sessão unicameral);

Anote-se que essa promulgação é distinta da promulgação das emendas constitucionais resultantes de reforma constitucional, com fundamento no art. 60 da CF/88, pois estas são promulgadas pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (CF, art. 60, § 3º), uma vez que são aprovadas em separado, pelas duas Casas do Congresso Nacional (CF, art. 60, § 2º).

4.1) REFORMA CONSTITUCIONAL

O processo de reforma constitucional está previsto no art. 60 da Constituição Federal, e é um procedimento bem mais dificultoso do que aquele acima estudado, de revisão constitucional.

São características da reforma constitucional (CF, art. 60):

a) **procedimento árduo, rígido**: exige-se discussão e votação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, devendo ser aprovada, em ambos os turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros (bem mais difícil do que o procedimento de revisão, que exigia, apenas, maioria absoluta do Congresso Nacional, em sessão unicameral);

b) **procedimento permanente, perene**: ao contrário da revisão constitucional (procedimento único), o processo de reforma é permanente, isto é, enquanto vigente a atual Constituição o seu texto poderá ser modificado por meio de reforma, segundo o procedimento estabelecido no art. 60 da CF/88;

c) **vinculação dos Estados-membros**: ao contrário do procedimento simplificado de revisão (que não pode ser copiado pelos Estados-membros), o procedimento de reforma, previsto no art. 60 da CF/88, é de observância obrigatória por parte dos Estados-membros, no tocante à modificação de suas constituições;

Assim, os Estados-membros, ao estabelecerem o procedimento de reforma de suas constituições, deverão observar as regras estabelecidas pelo art. 60, para modificação da Constituição Federal, inclusive no tocante à deliberação para aprovação, que deverá ser, necessariamente, de três quintos (o Estado não poderá adotar deliberação mais flexível – maioria absoluta, por exemplo -, tampouco mais rígida – quatro quintos, por exemplo).

d) **promulgação das emendas**: as emendas constitucionais resultantes de reforma constitucional são promulgadas pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (CF, art. 60, § 3º), ao contrário das emendas constitucionais de revisão (ECR), resultantes do procedimento de revisão, que foram promulgadas pela Mesa do Congresso Nacional (visto que estas foram aprovadas pelo Congresso Nacional, em sessão unicameral).

As orientações doutrinárias e jurisprudências a respeito do procedimento de reforma constitucional serão apresentadas mais adiante (item 6), no momento em que examinaremos todos os dispositivos do art. 60 da Constituição Federal.

QUADRO COMPARATIVO

Modificação da Constituição Federal de 1988	
Revisão (ADCT, art. 3º)	Reforma (CF, art. 60)
Procedimento único	Procedimento permanente
Procedimento simplificado	Procedimento árduo, rígido
Não pode ser criado novo por EC	Não pode ser prejudicado por EC
Não extensível aos Estados	Vinculante para os Estados
ECR promulgadas pela Mesa do Congresso Nacional	EC promulgadas pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal

5) LIMITAÇÕES AO PODER CONSTITUINTE DERIVADO NA CF/88

Conforme vimos antes, o poder constituinte derivado é um poder limitado, condicionado, isto é, sujeito às limitações impostas pelo poder constituinte originário.

Como em Direito “dá-se nome a tudo”, a doutrina estabeleceu uma classificação para essas limitações, dividindo-as em quatro grupos distintos:

- a) limitações temporais;
- b) limitações circunstanciais;
- c) limitações processuais ou formais;
- d) limitações materiais.

5.1) LIMITAÇÕES TEMPORAIS

Temos limitações temporais quando a Constituição estabelece um prazo durante o qual o seu texto não poderá ser modificado. Ao estabelecer limitações temporais, o poder constituinte originário assegura um período de absoluta imutabilidade para sua obra. Seria o caso, por exemplo, de a Constituição estabelecer que não admitiria nenhuma mudança no seu texto nos primeiros dez anos após a sua promulgação.

Na Constituição Federal de 1988 **não há limitações temporais**, vale dizer, o legislador constituinte originário não impôs à atuação do legislador constituinte derivado limitações de ordem temporal.

Significa dizer que não houve, na vigência da atual Constituição, nenhum período durante o qual ela não pudesse ser modificada. Desde a data de sua promulgação o texto constitucional sempre pôde ser modificado, desde que obedecido o procedimento de reforma constitucional, previsto no art. 60 da CF. Embora a revisão constitucional tenha sido estabelecida para ocorrer somente cinco anos após a promulgação da Constituição, durante esse quinquênio o texto constitucional poderia ser modificado, desde que pelo procedimento rígido de reforma constitucional, estabelecido no art. 60 da Constituição

Federal (aliás, só não poderia, como, de fato, foi modificado, pois nesse período foram promulgadas as quatro primeiras emendas constitucionais).

Portanto, pense assim: desde a data de promulgação da nossa Constituição (05/10/1988), o seu texto sempre pôde ser modificado, desde que pelo procedimento rígido de reforma constitucional, previsto no art. 60 da CF/88; em tese, no dia seguinte à promulgação da Constituição, um dos legitimados (art. 60, I ao III) já poderia apresentar uma proposta de emenda à Constituição (PEC) perante o Congresso Nacional, dando início ao processo de sua reforma.

5.2) LIMITAÇÕES CIRCUNSTANCIAIS

Temos limitações circunstanciais quando a Constituição estabelece certos períodos de anormalidade da vida política do Estado durante os quais o seu texto não poderá ser modificado. Como a própria denominação indica, são circunstâncias excepcionais que impedem modificação da Constituição.

A razão de limitações dessa ordem é a seguinte: o texto constitucional deve ser modificado em períodos de normalidade da vida do Estado, e não em períodos excepcionais, nos quais, em tese, o legislador constituinte derivado poderá não estar no gozo de plena imparcialidade, em razão das pressões que poderão advir desses períodos de exceção.

A nossa Constituição estabelece expressamente limitações circunstanciais, isto é, três circunstâncias excepcionais que impedem modificação do seu texto: estado de sítio, estado de defesa e intervenção federal (CF, art. 60, § 1º).

A respeito, embora a Constituição não seja expressa a respeito, o entendimento é de que, nesses períodos, poderão ser apresentadas e discutidas propostas de emenda à Constituição (PEC); o que não se admite é a deliberação sobre a PEC (votação) e a respectiva promulgação.

A respeito da intervenção, cabe destacar que a vedação alcança, somente, a intervenção **federal**, decretada e executada pela União. Portanto, só haverá vedação à modificação da Constituição Federal se houver intervenção decretada pela União em Estado-membro ou no Distrito Federal (CF, art. 34), ou em Município localizado em Território Federal (CF, art. 35). Eventual intervenção de Estado em Município não prejudica em nada a modificação da Constituição Federal.

5.3) LIMITAÇÕES PROCESSUAIS OU FORMAIS

Vimos que a nossa Constituição Federal é do tipo rígida, pois exige um processo especial para modificação do seu texto, mais difícil do que aquele de elaboração das leis. Temos, portanto, no Estado brasileiro, dois processos legislativos distintos: um processo legislativo simples, de elaboração das leis; um processo legislativo árduo, rígido, de elaboração de normas constitucionais.

Pois bem, temos limitações processuais (ou formais) sempre que a Constituição estabelece distinção entre o processo legislativo de elaboração de emendas à Constituição e o processo legislativo de elaboração das leis. As distinções entre esses dois processos legislativos perfazem as chamadas "limitações processuais ou formais".

As limitações processuais ou formais estão previstas no art. 60, I ao III, e §§ 2º, 3º e 5º.

Vamos explicar melhor essas limitações processuais, uma a uma, para que não restem dúvidas.

No tocante ao art. 60, I ao III, temos o seguinte: esses dispositivos estabelecem a iniciativa legislativa em PEC, isto é, estabelecem os legitimados no processo legislativo de reforma da Constituição, aqueles que poderão apresentar uma PEC perante o Congresso Nacional. Pois bem, verifique que o número de legitimados em PEC é infinitamente inferior ao número de legitimados no processo legislativo de elaboração das leis, apontados no art. 61 da Constituição (nem todos que podem apresentar um projeto de lei podem apresentar uma PEC). Logo, temos aí uma limitação processual ou formal (uma diferença entre os dois processos legislativos).

Quanto ao § 2º do art. 60, temos o seguinte: a proposta de emenda constitucional será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. Nota-se, facilmente, que este dispositivo estabelece um processo legislativo mais dificultoso, mais moroso (votação em dois turnos em cada uma das Casas Legislativas) do que aquele de aprovação de uma lei (votação em um só turno); da mesma forma, exige-se uma deliberação qualificada para a aprovação da emenda (3/5), bem mais rígida do que aquela de aprovação das leis (maioria simples, nos termos do art. 47 da CF). Logo, temos no § 2º do art. 60 mais uma limitação processual ou formal ao poder constituinte derivado, por representar diferenças entre os processos legislativos de elaboração das leis e de emendas à Constituição.

Em relação ao § 3º do art. 60, temos o seguinte: a emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. Aqui, três relevantes diferenças no tocante ao processo legislativo das leis:

(a) ao contrário do projeto de lei, a proposta de emenda à Constituição não se submete à sanção ou veto do Chefe do Poder Executivo;

(b) ao contrário do que ocorre com a lei, o Presidente da República não dispõe de competência para promulgar uma emenda à Constituição, pois esta será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (em verdade, no processo legislativo de emenda à Constituição, a única participação do Presidente da República é o poder de iniciativa, que lhe é facultado; apresentada a PEC, a partir daí, todo o processo legislativo desenrola-se no âmbito do Congresso Nacional);

(c) a numeração das emendas à Constituição segue ordem própria, distinta da numeração das leis (EC nº 1; EC nº 2; EC nº 3 etc).

Como se vê, são três diferenças entre os processos legislativos de elaboração das leis e de emenda à Constituição e, por isso, são, também, classificadas como limitações processuais ou formais ao poder de emenda.

A última limitação processual ou formal está prevista no § 5º do art. 60, que estabelece que “a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”. Cuida-se da chamada irrepetibilidade, na mesma sessão legislativa, de PEC rejeitada ou havida por prejudicada. Anote-se que essa irrepetibilidade é absoluta: não há possibilidade da matéria rejeitada ou havida por prejudicada constituir nova PEC na mesma sessão legislativa.

Mais uma vez, tem-se aqui uma distinção em relação ao processo legislativo das leis, pois a matéria constante de projeto de lei rejeitado poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, desde que mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional (CF, art. 67).

Assim, podemos resumir dizendo o seguinte: a irrepetibilidade de proposta de emenda constitucional rejeitada ou havida por prejudicada é absoluta (CF, art. 60, § 5º); ao contrário, a irrepetibilidade de projeto de lei rejeitado é relativa (CF, art. 67).

5.4) LIMITAÇÕES MATERIAIS

Temos limitações materiais quando a Constituição estabelece certas matérias, certos conteúdos que não poderão ser abolidos por meio de emenda, isto é, por obra do poder constituinte derivado. O legislador constituinte resolve, para manter a integridade/unidade de sua obra, estabelecer um núcleo essencial que não poderá ser afastado, suprimido, por ação do poder constituinte derivado.

A doutrina divide as limitações materiais em dois grupos:

- (a) **explícitas ou expressas**, quando constam expressamente do texto da Constituição;
- (b) **implícitas ou tácitas**, quando não constam expressamente do texto da Constituição.

No Brasil, temos tanto limitações materiais expressas ou explícitas, como limitações materiais implícitas ou tácitas.

As limitações materiais explícitas ou tácitas estão previstas no § 4º do art. 60, que estabelece que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais”.

Essas matérias expressamente apontadas pelo § 4º do art. 60 são denominadas “cláusulas pétreas expressas” e representam o núcleo insuscetível de abolição da nossa Constituição.

As limitações materiais implícitas ou tácitas não constam expressamente do texto da Constituição Federal de 1988. Se não constam do texto da Constituição, significa dizer que são resultado de criação doutrinária, obra dos estudiosos do Direito. A idéia desenvolvida pela doutrina foi mais ou menos a seguinte: além daquelas matérias apontadas expressamente na Constituição

como insuscetíveis de abolição, há outras que, embora não tenha havido uma vedação expressa nesse sentido, também não poderão ser suprimidas por obra do poder constituinte derivado, sob pena de fraude completa à obra do poder constituinte originário. Segundo a doutrina dominante, essas limitações implícitas seriam as seguintes:

a) a titularidade do poder constituinte originário;

Sabe-se que a titularidade do poder constituinte pertence ao povo, vale dizer, somente o povo tem o poder de decidir o momento e como elaborar uma nova Constituição. Então, seria flagrantemente inconstitucional a aprovação, pelo Congresso Nacional, de uma emenda à Constituição que retirasse essa soberania do povo e outorgasse a um órgão constituído o poder de elaborar a nova Constituição brasileira. Imagine-se uma emenda constitucional outorgando essa competência ao Presidente da República, ato que seria flagrantemente inconstitucional por afrontar uma **limitação material implícita ou tácita**.

b) a titularidade do poder constituinte derivado;

Pelas mesmas razões apontadas acima, seria flagrantemente inconstitucional uma emenda à Constituição em que o Congresso Nacional repassasse a sua competência para modificar a Constituição a outro órgão do Estado (ao Presidente da República, por exemplo). Ora, a competência para modificar a Constituição Federal de 1988 foi fixada pelo poder constituinte originário (afinal, a Constituição é obra dele, só ele pode fixar a competência para sua modificação!) e qualquer tentativa de alterar essa competência será inválida, por esbarrar numa **limitação material implícita ou tácita**.

c) o próprio procedimento de revisão constitucional (ADCT, art. 3º) e de reforma constitucional (CF, art. 60);

Sem dúvida, essa é a limitação material implícita que mais nos interessa para o fim de concurso público, por ser reiteradamente cobrada em provas e mais provas. Vamos estudá-la com muita atenção, a coisa é sutil, exige concentração e mente ligada (se você estiver com a mente cansada ou com preguiça, melhor ir dar uma volta, fazer um intervalo primeiro!).

Pense assim: (1) em 1988, ao elaborar a Constituição Federal e prever o procedimento para sua modificação, o legislador constituinte originário impôs certas limitações ao poder constituinte derivado na execução dessa tarefa, dessa tarefa de modificar o texto constitucional, prescrevendo dois procedimentos para tal modificação – um de revisão (ADCT, art. 3º) e outro de reforma (CF, art. 60); (2) esses procedimentos contêm certas limitações que deverão, obrigatoriamente, ser observadas pelo poder constituinte derivado, sob pena de invalidade da modificação efetivada; (3) enfim, o legislador constituinte originário chegou e prescreveu o seguinte ao poder constituinte derivado: “olha, você poderá modificar a minha obra, mas deverá, necessariamente, observar os procedimentos e limitações impostos pelos artigos 60 da CF e 3º do ADCT; não os desobedeça, senão a modificação não será válida”.

Pois é, agora pense assim: se o poder constituinte derivado pudesse, ele próprio, afastar as limitações que lhe foram impostas pelo poder constituinte originário, o valor dessas limitações seria zero, não adiantariam nada, absolutamente nada! Imagine: se “A” impõe limitações a “B”, mas se “B” pode, por ato próprio, afastar essas limitações, que força terão tais limitações? Mais uma: se o pai impõe limitações ao filho, e se o próprio filho pode afastar, por sua conta, essas limitações, que força terão tais restrições? Nenhuma, absolutamente nenhuma! Ele simplesmente afastará tais limitações e estará livre, para fazer o que quiser!

Esta, portanto, a razão do surgimento dessa limitação material implícita: se o poder constituinte derivado pudesse, por ato próprio, modificar as regras para sua atuação no tocante à modificação da Constituição, estaria ele fraudando a obra do poder constituinte originário; teríamos, nesse caso, a criatura (poder constituinte derivado) modificando a obra do criador (poder constituinte originário); não pode o destinatário das limitações afastá-las, por ato próprio, sob pena de absoluta desvalia destas.

Dessa forma, os procedimentos de revisão (ADCT, art. 3º) e de reforma (CF, art. 60) não poderão ser objeto de modificações substanciais por meio de emenda à Constituição, que afastem, que prejudiquem, que alterem substancialmente as regras ali estabelecidas pelo poder constituinte originário. Conforme dito antes, enquanto tiver vida a vigente Constituição, o seu texto somente poderá ser modificado de acordo com os procedimentos e requisitos estabelecidos no art. 60 da Constituição Federal (haja vista que o procedimento de revisão já se esgotou); qualquer tentativa de prejudicá-lo, de modificá-lo substancialmente, ou de criar outro procedimento qualquer, será flagrantemente inconstitucional, por esbarrar numa **limitação material implícita**.

Citarei, a seguir, exemplificativamente, dez exemplos de emendas à Constituição que seriam inconstitucionais por afrontar uma limitação material implícita (todos os dez exemplos estão corretos; se você não os entender, tampouco entender as minhas explicações constantes dos gabaritos das questões de concursos, envie sua dúvida para o fórum):

(1) Seria inconstitucional, por afrontar uma limitação material implícita, uma emenda à Constituição Federal que estabelecesse um novo procedimento simplificado de revisão, a ser realizado no ano de 2006.

(2) Seria inconstitucional, por afrontar uma limitação material implícita, uma emenda à Constituição Federal que suprimisse do texto constitucional a vedação de sua reforma durante o estado de defesa.

(3) Seria inconstitucional, por afrontar uma limitação material implícita, uma emenda à Constituição Federal que alterasse a exigência de deliberação para aprovação da reforma, de três quintos dos membros das Casas Legislativas para maioria absoluta desses mesmos membros.

(4) Seria inconstitucional, por afrontar uma limitação material implícita, uma emenda à Constituição Federal que alterasse o atual texto constitucional, de

forma a permitir que futuras emendas constitucionais pudessem ser aprovadas em um só turno nas Casas Legislativas.

(5) Seria inconstitucional, por afrontar uma limitação material implícita, uma emenda à Constituição Federal que suprimisse do texto da Constituição o § 4º do art. 60 da Constituição, que estabelece as cláusulas pétreas.

(6) Seria inconstitucional, por afrontar uma limitação material implícita, uma emenda à Constituição que dispusesse que matéria constante de proposta de emenda rejeitada pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

(7) Imagine que os congressistas pretendam levar a cabo, em 2005, a chamada reforma trabalhista, a fim de suprimir certos direitos dos trabalhadores hoje constantes do texto constitucional. Imagine, também, que, por acharem dificultoso demais o atual processo de reforma da Constituição Federal, e por temerem que não conseguiriam lograr êxito em seu intento, em face das pressões sociais advindas da classe trabalhadora, resolvam aprovar, previamente, uma emenda constitucional estabelecendo que, especificamente para a realização dessa reforma trabalhista, o texto constitucional poderá ser modificado mediante deliberação das duas Casas do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, por maioria absoluta de seus membros. Nessa situação, essa emenda constitucional seria flagrantemente inconstitucional, por violar uma limitação material implícita.

(8) Emenda à Constituição Federal não pode suprimir do texto constitucional o dispositivo que veda a abolição do direito ao voto direto, secreto, universal e periódico, porque essa medida implicaria ofensa a uma limitação material implícita.

(9) Emenda à Constituição Federal não pode suprimir do texto constitucional o artigo que estabelece as limitações circunstanciais ao poder constituinte derivado.

(10) Emenda constitucional não pode alterar substancialmente o artigo da Constituição Federal que estabelece o procedimento para sua modificação, com o intuito de torná-lo menos dificultoso, pois há um limite material implícito em relação a essa matéria.

Observe que em todas essas supostas emendas o poder constituinte derivado estaria alterando substancialmente a vontade do legislador constituinte originário, no tocante ao procedimento de modificação do texto constitucional, o que não se admite, por violar uma limitação material implícita.

Muito cuidado para não confundir, numa prova, uma limitação material expressa ou explícita com uma limitação material implícita ou tácita. Vamos examinar essa distinção, tendo como exemplo a suposta emenda constitucional nº 9, criada por mim, acima, que reza o seguinte:

“Emenda à Constituição Federal não pode suprimir do texto constitucional o artigo que estabelece as limitações circunstanciais ao poder constituinte derivado”.

De fato, temos aqui uma típica limitação material implícita ou tácita. Porém, os candidatos têm uma tendência a pensarem que, nessa hipótese, teríamos uma ofensa à limitação circunstancial – o que não é verdade.

Veja só: se estivermos na vigência de estado de defesa, de estado de sítio ou de intervenção federal e o Congresso Nacional, durante uma dessas medidas excepcionais, aprovar e promulgar uma emenda à Constituição, então essa emenda será inconstitucional por violar uma limitação circunstancial. Isso é fato, incontroverso e de fácil compreensão, à luz do art. 60, § 1º, da Constituição Federal.

Entretanto, não é essa a situação tratada no enunciado acima, de jeito nenhum. No enunciado a situação é bem distinta, bem distinta mesmo, conforme explicado a seguir.

A situação explorada no enunciado é a seguinte: imagine que estamos hoje numa situação de plena normalidade da vida política do Estado brasileiro, como, de fato, estamos (sem a decretação de estado de defesa, de estado de sítio ou de intervenção federal). Daí, o Congresso Nacional resolve retirar da Constituição Federal as limitações circunstanciais, isto é, resolve retirar da Constituição a vedação que hoje existe de sua reforma na vigência do estado de defesa, de estado de sítio ou de intervenção federal, por meio da aprovação de uma emenda constitucional suprimindo do texto constitucional o § 1º do art. 60 da CF/88. Enfim, decidiram os congressistas que, na dúvida, é melhor retirar essa vedação da Constituição, pois vai que amanhã ou depois é decretada uma dessas medidas e eles então ficarão impedidos de mudar o texto da Constituição; para evitar isso, pensam os congressistas, vamos logo aprovar uma emenda suprimindo esse dispositivo da Constituição (art. 60, § 1º), o quanto antes, antes que uma dessas medidas seja decretada!

Nessa situação, não poderia a emenda constitucional suprimir o § 1º do art. 60 da CF/88, pois essa medida afastaria uma limitação imposta pelo poder constituinte originário, tornando menos difícil a reforma da Constituição – o que não é juridicamente possível, em face da existência de uma limitação material implícita nesse sentido.

Observe, finalmente, o seguinte: (1) na primeira situação hipotética descrita acima (aprovação e promulgação de uma emenda na vigência de uma medida excepcional), não houve alteração no art. 60 da CF/88; houve, apenas, o descumprimento de uma vedação presente no texto constitucional, no caso, de uma limitação circunstancial; (2) na segunda situação hipotética (aprovação de emenda suprimindo do texto constitucional as limitações circunstanciais), houve modificação substancial no art. 60 da Constituição, tornando menos difícil a aprovação de futuras emendas constitucionais, pois não existiriam mais, entre nós, limitações circunstanciais – e isso não se admite, em razão da existência de um limite implícito à atuação do poder constituinte derivado.

Olha! Difícil trazer essa explicação para o papel, tomara que eu tenha conseguido; tentar eu tentei, e muito, estou há mais de três horas nesse ponto, entre pensar, escrever, deletar, reescrever... (risos)

6) CONSIDERAÇÕES DIVERSAS

Para concluirmos o estudo do processo de modificação da Constituição Federal de 1988, apresentarei a seguir breves comentários acerca das disposições do artigo 60 da Constituição Federal.

6.1) SOBRE A INICIATIVA

A respeito da iniciativa, destaco três pontos importantes:

a) **inexistência de iniciativa popular:** ao contrário do processo legislativo das **leis**, em que há iniciativa popular nas três esferas de governo (CF, artigos 27, § 4º; 29, XIII; 61, § 2º), não há previsão para que o cidadão apresente proposta de emenda à Constituição Federal (iniciativa popular);

b) **inexistência de iniciativa reservada:** ao contrário do processo legislativo das **leis**, em que há reserva de iniciativa para diversas autoridades e órgãos (exemplo: art. 61, § 1º; art. 93 etc.), não há iniciativa reservada, exclusiva ou privativa em se tratando de emenda à Constituição; assim, aquelas matérias que são de iniciativa privativa quando tratadas em texto de **lei**, não serão de iniciativa privativa se tratadas em emenda à Constituição (exemplo: o Presidente da República não mantém a sua iniciativa privativa de lei, prevista no art. 61, § 1º, se aquelas matérias ali previstas forem tratadas em emenda à Constituição);

c) **inexistência de participação dos Municípios:** os Municípios não participam, em momento algum, do processo de modificação da Constituição Federal, pois eles não dispõem de iniciativa em PEC, tampouco participam das discussões e deliberações sobre a PEC, haja vista que os Municípios não têm representação no Legislativo Federal; os Estados e o Distrito Federal participam, tanto na apresentação de PEC, por meio de suas Casas Legislativas (CF, art. 60, III), quanto nas discussões e deliberações sobre a PEC, haja vista que o Senado Federal representa os Estados e o DF; portanto, repito, os Municípios não participam da formação da vontade nacional, da ordem jurídica nacional, visto que eles não atuam, em momento algum, no processo de modificação da Constituição Federal.

6.2) SOBRE O CONTROLE JUDICIAL DA REFORMA

Estabelece a Constituição Federal que não será objeto de deliberação a emenda tendente a abolir cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4º).

Em face desse dispositivo, e considerando que o processo legislativo – de elaboração de emendas e de leis – deve fiel observância às normas constitucionais, entende o Supremo Tribunal Federal que uma emenda tendente a abolir cláusula pétrea, ou que desrespeite as prescrições constitucionais pertinentes (CF, art. 60), não pode, sequer, ser objeto de deliberação no Congresso Nacional, pois, nesse caso, o próprio processo legislativo, a própria tramitação da proposta no Congresso Nacional já desrespeita flagrantemente a Constituição Federal.

Desse modo, a simples tramitação de uma PEC que afronte o art. 60 da Constituição Federal já implica desrespeito à Constituição Federal e, como tal, já poderá ser fiscalizada, combatida pelo Poder Judiciário. Iniciada a

tramitação da PEC, o Poder Judiciário já poderá ser chamado para fiscalizar, para impedir que haja deliberação sobre a matéria no Congresso Nacional.

Esse controle, porém, só poderá ser exercido se observados os seguintes requisitos:

a) instauração por um congressista;

Segundo o STF, só os congressistas podem dar início a esse controle, pois só eles dispõem de direito líquido e certo nessa situação, que é o direito líquido e certo de não participar de uma deliberação que desrespeita a Constituição. Terceiros (que não sejam congressistas), portanto, não podem instaurar esse controle.

b) via do mandado de segurança;

O STF firmou entendimento de que a ação cabível para esse controle é o mandado de segurança, que protegerá o direito líquido e certo do congressista, de não participar de uma deliberação que afronta a Constituição Federal.

c) ajuizamento exclusivamente perante o STF.

O mandado de segurança será ajuizado exclusivamente perante o STF, visto que esse Tribunal é o foro que aprecia, originariamente, os atos emanados dos órgãos do Congresso Nacional, de suas Casas e de suas Comissões. Assim, nenhum outro juiz ou tribunal do País dispõe de competência para realizar esse excepcional controle.

Se antes do julgamento do mandado de segurança a EC é promulgada, o mandado restará prejudicado, por perda de objeto, vale dizer, o STF não mais o apreciará. Isso porque o mandado foi ajuizado com o fim de fiscalizar/sustar o processo legislativo de tramitação da PEC, que não mais existe, se esta já foi aprovada/promulgada.

Em suma, podemos afirmar que o controle judicial da modificação da Constituição Federal, enquanto proposta de emenda à Constituição (PEC), é um **controle restrito**: só por congressista, só por mandado de segurança e só perante o STF.

Situação bem distinta é quando a emenda é promulgada, isto é, quando a proposta deixa de ser proposta e passa a ser uma emenda à Constituição (EC). A partir daí, a partir da promulgação da emenda constitucional, o controle judicial passa a ser amplo, vale dizer, a emenda poderá ser questionada perante o Poder Judiciário tanto na via concreta quanto na via abstrata, caso se vislumbre ofensa a algum dos dispositivos do art. 60 da Constituição Federal.

Após a promulgação da emenda constitucional, a fiscalização do Poder Judiciário poderá ocorrer:

a) **em concreto**, a partir da iniciativa de qualquer pessoa prejudicada pelos termos da emenda constitucional, perante qualquer juiz ou tribunal do País; nesse caso, a decisão do Poder Judiciário, por si só, somente alcançará as partes do processo (*eficácia inter partes*);

b) **em abstrato**, a partir da iniciativa de um dos legitimados pela Constituição Federal, perante o Supremo Tribunal Federal; nesse caso, a decisão do STF reconhecendo a inconstitucionalidade retira a norma do ordenamento jurídico (eficácia *erga omnes*).

Para examinarmos essa distinta atuação do Poder Judiciário – antes e depois da promulgação da emenda constitucional -, vejamos o que aconteceu com a PEC 41, que resultou na Emenda Constitucional nº 41, de 19/12/2003 (Reforma da Previdência).

Fiscalização da PEC nº 41 (enquanto proposta, antes da promulgação): durante sua tramitação no Congresso Nacional, a PEC nº 41 já sofreu fiscalização pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de vários mandados de segurança ajuizados por congressistas, no intento de sustar a sua tramitação. Por que, então, não foi sustada a sua tramitação? Porque o Supremo Tribunal Federal indeferiu todos os pedidos de medida liminar nos citados mandados de segurança (aliás, que fique claro: afirmar que nessa fase de tramitação poderá ser ajuizado mandado de segurança perante o STF, com o fim de sustar o processo legislativo, não significa dizer que o pedido do congressista, necessariamente, será deferido pelo STF; o congressista, ao ajuizar o mandado de segurança, defenderá a tese de que a PEC desrespeita a Constituição Federal e por isso deve ser sustada a sua tramitação, mas o STF poderá entender que não, e indeferir o pedido).

Fiscalização da EC nº 41, de 19/12/2003 (emenda já promulgada): após a promulgação, a EC nº 41 tem sido objeto de diversas ações judiciais, tanto no âmbito do controle difuso, quanto em sede de controle concentrado. Assim, servidores públicos, ativos e inativos, e pensionistas de várias localidades do País que foram atingidos pelos termos da EC nº 41 já ajuizaram mandado de segurança pleiteando o afastamento da aplicação, em relação a eles (eficácia *inter partes*), das novas regras constitucionais (teto de remuneração, contribuição previdenciária etc.). Da mesma forma, legitimados pela Constituição Federal já ajuizaram perante o STF ações diretas de inconstitucionalidade (ADIN), requerendo a declaração da inconstitucionalidade de alguns dispositivos da EC nº 41 (contribuição previdenciária dos servidores inativos e pensionistas, por exemplo), com o fim de retirá-los do ordenamento jurídico (eficácia *erga omnes*).

Vejamos, a seguir, um quadro comparativo entre esses dois momentos de fiscalização judicial do processo de elaboração de emenda à Constituição (antes e depois da promulgação):

Controle judicial da modificação da CF/88	
PEC (antes da promulgação)	EC (após a promulgação)
Controle restrito: só congressista; só mandado de segurança; só perante o STF (lembrar, ainda, que a promulgação da EC prejudica o mandado de segurança, que perderá seu objeto).	Controle amplo: em abstrato (por iniciativa de um dos legitimados pela CF, perante o STF); em concreto (por qualquer pessoa prejudicada, perante qualquer juiz ou tribunal do País).

Valorize esse ponto, pois ele é muito cobrado em concursos públicos porque, conforme estudaremos no momento oportuno, no Direito brasileiro, em regra, o Poder Judiciário não fiscaliza projetos de normas, mas sim normas prontas, acabadas, já inseridas no ordenamento jurídico (controle repressivo ou *a posteriori*). No caso aqui estudado, porém, percebe-se facilmente que a norma ainda não existe, que se cuida de mera proposta em trâmite no Congresso Nacional, e que o Poder Judiciário já poderá fiscalizar a própria tramitação da proposta, o próprio processo legislativo. Exceção, portanto, no tocante à atuação do Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade das leis.

6.3) SOBRE A EXPRESSÃO “TENDENTE A ABOLIR”

Ao estabelecer as cláusulas pétreas, a Constituição Federal estabelece que não será objeto de deliberação a proposta de emenda **tendente a abolir** a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais (CF, art. 60, § 4º).

Essa expressão “tendente a abolir” atua como um divisor de águas no tocante a se saber se houve (ou não) ofensa à cláusula pétrea, conforme explicado a seguir.

Significa dizer que, por um lado, não é qualquer emenda que disponha sobre as matérias protegidas como cláusula pétrea que será considerada inconstitucional. Não, não é assim. As matérias gravadas como cláusulas pétreas poderão ser objeto de emenda à Constituição, desde que essas emendas não sejam “tendentes a abolir” tais matérias. O voto, os direitos e garantias individuais poderão ser objeto de emenda à Constituição, desde que a emenda não tenda à abolição, ao enfraquecimento, à supressão desses direitos gravados como cláusula pétrea. Uma emenda que suprimisse do texto constitucional a obrigatoriedade de votar, por exemplo, não ofenderia cláusula pétrea, pois tornar o voto facultativo não representaria uma tendência à abolição desse direito (com o fim da obrigatoriedade de votar, o direito de voto do cidadão permaneceria intacto, ele apenas não estaria mais obrigado a votar).

Por outro lado, não significa dizer que só serão inconstitucionais as emendas que suprimam, que provoquem a abolição total de tais matérias gravadas como cláusulas pétreas. Não é necessário que a emenda erradique, completamente, tais matérias, basta que haja uma tendência nesse sentido (tendência essa que será aferida diante de caso concreto, pelo Poder

Judiciário). Assim, por exemplo, no tocante ao voto, não é necessário que a emenda estabeleça “fica abolido o direito de voto direto”; basta que a emenda tenha uma tendência ao enfraquecimento, à supressão desse direito. Uma emenda que retirasse o direito de voto do analfabeto seria inconstitucional, por ser tendente a abolir esse direito (seria atingido o caráter universal do voto, ofendendo o texto constitucional).

A título de exemplo, vejamos algumas emendas à Constituição Federal que seriam inconstitucionais, por serem “tendentes a abolir” cláusula pétrea:

(1) Uma emenda que suprimisse do texto constitucional o mecanismo de repartição de receitas tributárias, previsto nos artigos 157/159 da Constituição Federal (tendente a abolir a forma federativa de Estado, pois esse mecanismo de repartição é de fundamental importância para a manutenção do equilíbrio entre os entes federados);

(2) Uma emenda que retirasse do Poder Judiciário todas as iniciativas de lei previstas na Constituição Federal (tendente a abolir a separação dos poderes, pois o poder de apresentar projetos de lei sobre matérias de sua competência é elemento intimamente ligado à independência do Poder Judiciário; esse mesmo raciocínio serve, também, para a supressão das iniciativas do Chefe do Poder Executivo);

(3) Uma emenda que alterasse de dezesseis para dezoito anos a idade mínima para votar (tendente a abolir a universalidade do voto, prescrita no art. 60, § 4º, II, da CF);

(4) Uma emenda que retirasse dos Municípios e repassasse para os Estados-membros a competência para legislar sobre assuntos de interesse local (tendente a abolir a forma federativa de Estado, pois essa competência é elemento essencial da autonomia dos Municípios, conforme previsto no art. 30, I, da CF);

(5) Uma emenda que retirasse do Poder Legislativo a competência para a criação de comissões parlamentares de inquérito (tendente a abolir a separação dos poderes, pois o poder de investigação das comissões parlamentares de inquérito é exemplo de função típica do Poder Legislativo).

6.3) SOBRE A CLÁUSULA PÉTREA “DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS”

O legislador constituinte originário gravou como cláusula pétrea os direitos e garantias individuais (CF, art. 60, § 4º, IV).

No Brasil, quando falamos em direitos e garantias individuais lembramos, de pronto, do artigo 5º da Constituição Federal, pois é nesse artigo que estão enumerados, em setenta e sete incisos, os direitos e deveres individuais e coletivos.

Promulgada a Constituição Federal, restou, então, a seguinte dúvida: a cláusula pétrea “direitos e garantias individuais” protege, apenas, os direitos e garantias enumerados no artigo 5º da Constituição? Ou será que outros direitos e garantias individuais dispersos ao longo do texto constitucional também estarão protegidos?

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a cláusula pétrea “direitos e garantias individuais” protege direitos e garantias dispersos ao longo do texto constitucional, e não somente aqueles enumerados no artigo 5º da Constituição Federal. Ao firmar esse entendimento, o STF considerou cláusula pétrea o princípio da anterioridade tributária (CF, art. 150, III, “b”), por representar uma garantia individual do contribuinte.

Portanto, não são somente os direitos e garantias individuais previstos no artigo 5º da Constituição Federal que estão gravados como cláusula pétrea; outros direitos e garantias individuais previstos em outros dispositivos constitucionais também são protegidos pela cláusula da não-abolição.

6.5) SOBRE O MECANISMO “DUPLA REVISÃO”

Alguns autores não aceitam a idéia de que uma cláusula pétrea não possa, nunca, ser suprimida, a não ser por obra do poder legislador constituinte originário, na elaboração de uma nova Constituição. Defendem eles que a Constituição tem por fim último regular a vida política do Estado e, sendo esta dinâmica, mutável, não se pode falar em texto definitivo, que não possa ser suprimido numa Constituição.

Assim, para esses doutrinadores, as cláusulas pétreas poderiam ser superadas, afastadas do texto constitucional, desde que por meio de um procedimento especial de “dupla revisão”, isto é, desde que por meio da aprovação de duas emendas constitucionais seqüenciais. Enfim, as cláusulas pétreas não poderiam ser superadas por meio da aprovação de **uma emenda** constitucional, mas poderiam ser superadas por meio da aprovação de **duas emendas** seqüenciais.

Dessa forma, se o Congresso Nacional pretendesse, hoje, retirar o direito de voto do analfabeto por meio da promulgação de uma emenda constitucional, não poderia fazê-lo, pois essa emenda esbarraria numa cláusula pétrea, que é o direito de voto universal (CF, art. 60, § 4º, II). Entretanto, poderia o Congresso Nacional suprimir o direito de voto do analfabeto, desde que por meio da efetivação da “dupla revisão”, isto é, por meio da aprovação de duas emendas constitucionais, da seguinte maneira:

(1) na primeira emenda, seria suprimida da Constituição Federal a cláusula pétrea “voto direto, secreto, universal e periódico”, isto é, a primeira emenda revogaria o inciso II do § 4º do art. 60 da CF;

(2) num segundo momento, já com base no novo texto constitucional (sem a cláusula pétrea do voto), aprovar-se-ia uma segunda emenda constitucional abolindo o direito de voto do analfabeto.

Anote-se que, se seguido esse procedimento, restar-se-ia superada a cláusula pétrea, por meio da realização da “dupla revisão” (aprovação de duas emendas seqüenciais).

Esse entendimento, contudo, não é aceito pela doutrina e jurisprudência dominantes no nosso País, pois, na dupla revisão, a primeira emenda à Constituição, que revogaria a limitação prevista no texto constitucional, seria

flagrantemente inconstitucional, por violar uma **limitação material implícita ou tácita**, que impede alterações prejudiciais no procedimento de modificação da Constituição Federal.

Portanto, no Estado brasileiro não se admite a superação de uma cláusula pétrea por meio do procedimento de dupla revisão.

6.6) SOBRE A IRREPETIBILIDADE DE PEC REJEITADA

Dispõe a Constituição Federal que a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa (CF, art. 60, § 5º).

Essa regra, conhecida como “irrepetibilidade de proposta de emenda rejeitada”, é de natureza absoluta: matéria de proposta rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa em hipótese alguma, não há exceção para essa situação (não confundir a irrepetibilidade de **PEC**, aqui prevista, que é absoluta, com a irrepetibilidade de **projeto de lei**, prevista no art. 67, que é relativa).

Para melhor entendermos o ponto aqui discutido, faz-se necessária uma breve recordação da disciplina das sessões legislativas no texto da Constituição Federal.

Em suma, em termos de sessão legislativa, temos o seguinte:

- a) de 15/02 até 30/06 (ou até que seja aprovada a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO) temos o primeiro período legislativo; de 1º/08 a 15/12 temos o segundo período legislativo; esses dois períodos legislativos formam a Sessão Legislativa Ordinária (SLO) do respectivo ano civil;
- b) nos intervalos da Sessão Legislativa Ordinária, isto é, nos períodos de recesso do Congresso Nacional, poderá ser convocada Sessão Legislativa Extraordinária (SLE), desde que atendidas as prescrições constitucionais sobre a matéria, estabelecidas no art. 57, § 6º, da Carta Política.

Vê-se, assim, que sessão legislativa extraordinária (SLE) é sessão legislativa distinta da ordinária (SLO). Percebe-se, também, que poderemos ter, no mesmo ano civil, sessões legislativas de natureza distinta (ordinária, que se instala automaticamente; e extraordinária, se houver convocação).

Em face dessa realidade – SLE e SLO são sessões legislativas distintas -, surgiu a seguinte dúvida: a matéria constante de PEC rejeitada numa SLE pode constituir nova PEC no mesmo ano civil, em sessão legislativa distinta (SLO)?

A resposta dada pelo Supremo Tribunal Federal foi positiva.

Assim, considere a seguinte situação hipotética: em 15 de setembro de 2004 é apresentada uma PEC, durante o período de SLO; em face da não conclusão do processo legislativo até 15/12/2004, é convocada uma SLE para esse fim específico, isto é, para concluir a apreciação da PEC; encerra-se o ano civil de 2004 e a PEC é rejeitada no início de 2005, digamos em 15/01/2005, portanto, durante a SLE.

Pergunta-se: a partir de quando essa matéria poderá constituir nova PEC? Somente no ano civil de 2006, ou já em 2005 mesmo, desde que no período de SLO?

Resposta: o entendimento é de que a matéria poderá constituir nova PEC no mesmo ano civil de 2005, desde que em sessão legislativa distinta, isto é, desde que no período de SLO (a partir de 15/02/2005, portanto).

Portanto, prevaleceu o entendimento de que a matéria rejeitada ou havida por prejudicada poderá ser objeto de nova proposta no **mesmo ano civil**, desde que em sessão legislativa diferente.

A idéia central é a seguinte: poderemos ter duas sessões legislativas distintas num mesmo ano civil (SLO e SLE); como a Constituição Federal, no art. 60, § 5º, foi genérica, vedando apenas a reapresentação da matéria “na mesma sessão legislativa”, concluiu-se que a matéria poderá retornar no mesmo ano civil, desde que em sessão legislativa distinta (SLE é distinta de SLO).

6.7) REFORMA DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, o processo legislativo federal, previsto na Constituição Federal, obriga os Estados-membros. Assim, as regras básicas de reforma da Constituição Federal são de observância obrigatória pela Constituição do Estado (deliberação de 3/5, promulgação pelo Legislativo, não sujeição à sanção ou veto do Chefe do Executivo etc.). Há que se ressaltar, apenas, o bicameralismo, haja vista que no âmbito estadual o Poder Legislativo é unicameral, composto de uma só Câmara (Assembléia Legislativa), não se podendo falar, por conseguinte, em aprovação nas “duas Casas Legislativas”, como ocorre no Congresso Nacional.

EXERCÍCIOS DE CONCURSOS:

- 1) Segundo a melhor doutrina, a aprovação de emenda constitucional, alterando o processo legislativo da própria emenda, ou revisão constitucional, tornando-o menos difícil, não seria possível, porque haveria um limite material implícito ao poder constituinte derivado em relação a essa matéria.
- 2) Segundo a melhor doutrina, o art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 (CF/88), que previa a revisão constitucional após cinco anos, contados de sua promulgação, é uma limitação temporal ao poder constituinte derivado.
- 3) Segundo o STF, é possível a declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais resultantes de aprovação de propostas de emenda à constituição, desde que o constituinte derivado não tenha obedecido às limitações materiais, circunstanciais ou formais, estabelecidas no texto da CF/88, pelo constituinte originário.
- 4) A distinção doutrinária, entre revisão e reforma constitucional, materializou-se na CF/88, uma vez que o atual texto constitucional brasileiro diferencia tais processos, ao estabelecer entre eles distinções quanto à forma de reunião do Congresso Nacional e quanto ao quorum de deliberação.

- 5) A Constituição da República prevê cláusulas pétreas apenas como limites ao poder constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo poder constituinte originário, não abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio poder constituinte originário com relação às outras que não sejam cláusulas pétreas.
- 6) Considere a seguinte situação hipotética: O Congresso Nacional instalou uma comissão de revisão constitucional com a finalidade de analisar a Constituição de 1988. Por considerar que os procedimentos de reforma constitucional vigentes seriam excessivamente difíceis, a comissão sugeriu, no início dos seus trabalhos, que se aprovasse emenda constitucional para abrandar os requisitos para a atualização pretendida, no período de revisão. Nessa situação, desde que a emenda em questão fosse aprovada em conformidade com os procedimentos em vigor, não haveria óbice, segundo entende a doutrina, à validade da emenda constitucional nem à validade das emendas que viessem a ser aprovadas de acordo com os novos requisitos constitucionais.
- 7) Todo e qualquer artigo da Constituição poderá ser abolido, desde que mediante emenda constitucional.
- 8) O membro do Congresso Nacional tem legitimidade para, mesmo que sozinho, apresentar proposta de emenda à Constituição.
- 9) Deve ser tida como inconstitucional uma proposta de emenda que proíba o voto do analfabeto.
- 10) A Constituição prevê expressamente a possibilidade de ser emendada por proposta de um determinado número de cidadãos (iniciativa popular).
- 11) Por não admitirem sanção ou veto presidencial, não podem as emendas constitucionais instituir tributo, uma vez que essa atitude implicaria ofensa à cláusula pétrea da separação dos Poderes.
- 12) As cláusulas pétreas não inibem toda e qualquer alteração da sua respectiva disciplina constante das normas constitucionais originárias, não representando assim a intangibilidade literal destas, mas compreendem a garantia do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.
- 13) Uma proposta de emenda à Constituição que tenda a abolir uma cláusula pétrea não pode sequer ser levada à deliberação do Congresso Nacional.
- 14) Emenda à Constituição não é suscetível de controle abstrato de normas perante o Supremo Tribunal Federal.
- 15) O Presidente da República tem iniciativa reservada para a proposta de emenda à Constituição sobre matéria relacionada a direitos e deveres de servidores públicos.
- 16) A matéria constante de proposta de emenda à Constituição, rejeitada num determinado ano, pode ser reapresentada no mesmo ano, desde que em sessão legislativa diferente.

- 17) Sendo os direitos e garantias individuais cláusulas pétreas, estão proibidas as emendas à Constituição que tenham por objeto esse tema.
- 18) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as cláusulas pétreas protegem direitos e garantias individuais que não integram expressamente o capítulo relativo aos direitos individuais.
- 19) Suponha que uma emenda à Constituição resolva permitir a criação de um novo tributo, não previsto na Lei Maior, afastando, com relação a ele, expressamente, a incidência do princípio da anterioridade. Nesse caso, é correto afirmar que essa emenda é inconstitucional por ferir cláusula pétrea.
- 20) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as disposições constitucionais transitórias não são modificáveis mediante emenda constitucional.
- 21) Qualquer cidadão interessado pode sustar, via mandado de segurança, o trâmite de projeto de emenda à Constituição que afronte cláusula pétrea.
- 22) Dentro do poder de conformação da sua ordem constitucional, pode o Estado-membro estabelecer "quorum" para a aprovação de emenda constitucional mais rígido do que o previsto na Constituição Federal.
- 23) A matéria constante de projeto de lei ou de emenda constitucional rejeitada somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional.
- 24) Assim como os demais produtos do processo legislativo, as emendas constitucionais estão sujeitas a controle de constitucionalidade, tanto formal quanto material; em consequência, deverá ser julgada inconstitucional a emenda à constituição que careça de sanção presidencial.
- 25) Se uma proposta de emenda à Constituição (PEC) que vise estabelecer a nomeação, pelo Presidente da República, dos governadores dos estados federados seguir as normas constitucionais e regimentais aplicáveis ao processo de tramitação das PECs, nenhum óbice jurídico haverá à sua promulgação e entrada em vigor.
- 26) Considerando que a Constituição da República confere autonomia administrativa e financeira a cada um dos Poderes e define-lhes as competências, suponha uma proposta de emenda à Constituição que pretenda atribuir ao Poder Executivo as competências do Senado Federal, extinguindo-se esse órgão, mas mantendo a Câmara dos Deputados. À luz das normas constitucionais, essa proposta poderia tramitar regularmente no Congresso Nacional.
- 27) Os Estados-membros não têm qualquer participação ou iniciativa, direta ou indireta, no processo de Emenda da Constituição Federal.
- 28) A proposta de emenda à Constituição votada e aprovada no Congresso Nacional não é submetida à sanção do Presidente da República antes de ser promulgada.

29) A Constituição vigente é rígida, pois impede deliberação sobre proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

30) Seria inconstitucional uma emenda à CF para suprimir a vedação de sua reforma na vigência do estado de sítio.

31) Emenda à Constituição não pode abolir o dever fundamental de votar.

32) Os direitos individuais estão garantidos contra o poder de reforma, mas não contra o poder de revisão constitucional.

GABARITOS:

1) CERTO; conforme vimos, não se admite modificações prejudiciais no processo legislativo da própria emenda, em face da existência de uma limitação material implícita nesse sentido.

2) ERRADO; não há, na vigência da atual Constituição, limitações temporais ao poder constituinte derivado, pois, desde a sua promulgação, ela sempre pôde ser alterada, desde que pelo procedimento rígido de reforma, previsto no art. 60 da CF.

3) CERTO; uma emenda à Constituição, por ser obra do poder constituinte derivado, que é um poder limitado, condicionado, pode ser declarada inconstitucional, tanto materialmente (por versar sobre matéria vedada à emenda, ofendendo uma cláusula pétrea), quanto formalmente (descumprimento de uma regra do processo legislativo de sua elaboração).

4) CERTO; vimos, num quadro comparativo apresentado, todas as distinções entre os procedimentos de revisão e reforma.

5) CERTO; muito boa essa questão, cobrada pelo Cespe no último concurso de Auditor-Fiscal da Previdência Social; as cláusulas pétreas são limitações impostas pelo poder constituinte originário à atuação do poder constituinte derivado; não são elas imposições ao próprio poder constituinte originário; vale dizer, o próprio poder constituinte originário não deve observância às cláusulas pétreas por ele estabelecidas; logo, não é possível a declaração da inconstitucionalidade de uma norma constitucional originária (não cláusula pétrea) por desrespeitar outra norma constitucional originária que tenha sido gravada como cláusula pétrea.

6) ERRADO; essa emenda seria flagrantemente inconstitucional, por violar uma limitação material implícita, que veda a aprovação de emendas que venham abrandar, tornar menos difícil a reforma da Constituição.

7) ERRADO; os artigos que tratam das matérias gravadas como cláusulas pétreas não poderão ser abolidos, tampouco o próprio artigo 60 da Constituição Federal, que estabelece o procedimento da própria reforma constitucional.

8) ERRADO; somente um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou dos Senadores (CF, art. 60, II).

9) CERTO; essa emenda seria tendente a abolir a universalidade do voto, cláusula pétrea estabelecida no art. 60, § 4º, II, da CF.

10) ERRADO; não há iniciativa popular no processo de reforma da Constituição Federal; a iniciativa popular existente no texto constitucional é para o processo legislativo de elaboração de leis.

11) ERRADO; não há vedação para que uma emenda constitucional venha dispor sobre tributos, como tem sido feito nos últimos anos (IPMF, CPMF, contribuição de iluminação pública etc.).

12) CERTO; as cláusulas pétreas podem ser objeto de emenda, de modificações, desde que tais modificações não sejam tendentes à sua abolição.

13) CERTO; cuida-se de disposição expressa da Constituição Federal (art. 60, § 4º); tanto não pode que, conforme vimos, um congressista poderá recorrer ao STF, por meio de mandado de segurança, para tentar sustar a tramitação da PEC.

14) ERRADO; depois de promulgada, uma EC pode ser objeto de controle em abstrato perante o STF, por iniciativa de um dos legitimados pela Constituição Federal (um dos legitimados pelo art. 103 da Constituição poderá ajuizar perante o STF uma ADIN, por exemplo).

15) ERRADO; conforme vimos, não existe iniciativa privativa em se tratando de emenda à Constituição Federal; as iniciativas privativas estabelecidas na Constituição são para o tratamento das matérias em texto de lei, vale dizer, as iniciativas privativas são para apresentação de projeto de lei, e não para apresentação de proposta de emenda à Constituição.

16) CERTO; conforme vimos, é possível a existência de duas sessões legislativas diferentes num mesmo ano (SLO e SLE); logo, PEC rejeitada numa dessas sessões legislativas (SLE) poderá retornar na outra (SLO), no mesmo ano.

17) ERRADO; as cláusulas pétreas podem ser objeto de emenda à Constituição, desde que essa emenda não tenda à sua abolição.

18) CERTO; além dos direitos e garantias previstos no art. 5º da Constituição Federal, outros, dispersos ao longo do texto constitucional, também estão protegidos como cláusula pétrea.

19) CERTO; segundo o STF, o princípio da anterioridade tributária (CF, art. 150, III, "b") é cláusula pétrea, por representar uma garantia individual do contribuinte.

20) ERRADO; não há vedação à modificação de normas constantes do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT); aliás, o ADCT já foi objeto de várias emendas constitucionais (sobre CPMF, precatórios etc.).

21) ERRADO; segundo orientação do STF, somente os congressistas poderão ajuizar esse mandado de segurança, com o fim de sustar o trâmite de PEC perante o Congresso Nacional.

22) ERRADO; segundo orientação do STF, os Estados estão vinculados ao processo legislativo federal, devendo estabelecer, obrigatoriamente, a deliberação de três quintos.

23) ERRADO; matéria constante de PEC rejeitada ou havida por rejeitada não pode constituir nova proposta, em hipótese alguma, na mesma sessão legislativa (CF, art. 60, § 5º); é possível o retorno de projeto de lei rejeitado, se houver solicitação de maioria absoluta dos membros de uma das Casas do Congresso Nacional, nos termos do art. 67 da CF.

24) ERRADO; emenda à Constituição Federal não se sujeita à sanção ou veto do Chefe do Poder Executivo.

25) ERRADO; a emenda seria tendente a abolir cláusula pétrea (forma federativa de Estado e direito de voto dos cidadãos nos Estados-membros).

26) ERRADO; a emenda seria tendente a abolir cláusula pétrea (separação dos poderes, com o enfraquecimento do Legislativo frente ao Poder Executivo).

27) ERRADO; os Estados podem propor PEC, por meio de suas assembleias legislativas (CF, art. 60, III), e, também, participam da deliberação no Congresso Nacional, por meio de seus representantes no Senado Federal; os Municípios é que não participam, em momento algum, do procedimento de modificação da CF.

28) CERTO; PEC não se sujeita à sanção ou veto do Chefe do Executivo em momento algum, nem antes, nem depois de ser promulgada.

29) ERRADO; a Constituição Federal de 1988 é rígida, mas não pelo fato de possuir cláusula pétrea; é rígida em razão de exigir um processo especial, dificultoso, para a sua modificação.

30) CERTO; essa emenda seria flagrantemente inconstitucional por afrontar uma limitação material implícita ou tácita.

31) ERRADO; suprimir da Constituição Federal o dever (obrigatoriedade) de votar não desrespeita cláusula pétrea, pois tal medida não tende a abolir o direito de voto.

32) ERRADO; os direitos e garantias individuais são cláusulas pétreas e, como tais, não podem ser abolidos, nem por revisão constitucional (ADCT, art. 3º), nem por reforma constitucional (CF, art. 60), visto que esses dois procedimentos são manifestações do poder constituinte derivado.

Um forte abraço – e até a próxima semana, se Deus quiser.

Vicente Paulo

AULA 4: DIREITOS FUNDAMENTAIS – PARTE 1

Na aula de hoje iniciaremos o estudo dos direitos fundamentais, institutos nucleares do texto constitucional de um Estado Democrático de Direito.

Em face da dimensão quase infinita desse assunto, dividiremos o seu estudo em dois encontros: neste primeiro, cuidaremos do chamado “regime jurídico dos direitos fundamentais”, isto é, da origem, evolução e das principais peculiaridades que cercam esse grupo de normas constitucionais; na próxima semana, adentraremos no texto da Constituição Federal de 1988, destacando as principais orientações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o alcance de direitos fundamentais previstos no art. 5º da nossa Lei Maior.

Serei breve nos comentários, pois, do contrário, cada uma dessas aulas seria um livro, com algumas centenas de páginas, e o propósito aqui não é este. Minha intenção, portanto, é a seguinte: conferir um tratamento o mais enxuto possível aqui nas aulas, trazendo somente as informações indispensáveis para realizar uma boa prova (até porque boa parte delas você certamente já conhece, de estudos anteriores), e deixar os esclarecimentos julgados necessários para o fórum de dúvidas. Assim, ganharemos tempo, você ficará com um material mais abreviado, e poderá tirar suas dúvidas comigo, no fórum de dúvidas.

Aliás, sobre esse assunto, tenho um breve comentário.

Recebi ontem dois e-mails reclamando que a aula da semana passada havia ficado muito extensa. “Ficou grande demais, tá parecendo um livro, e não uma aula”, dizia um dos mails. Eu também acho, e, de certa forma, lamento por isso (até porque acho que estou próximo de pegar uma tendinite, de tanto digitar!).

Em verdade, fico sempre num dilema ao elaborar uma aula, está sendo um grande desafio para mim, talvez o maior enfrentado nessa minha vida de preparador para concursos. O fato é que me comprometi a tentar levar para o papel o conteúdo das minhas aulas presenciais, ministradas em Brasília, para que não houvesse prejuízo para vocês, que tanto confiaram no meu trabalho. E tenho tentado fazer isso, só Deus sabe o quanto tenho, o quanto tenho me esforçado para não decepcionar vocês, que, com a “cara e a coragem”, de diversas partes desse País, decidiram investir alto (alto mesmo, o curso não está nada barato) e apostar na minha seriedade e responsabilidade na elaboração das aulas.

Para vocês terem uma idéia, tenho trabalhado mais ou menos assim, aula a aula: chego na minha casa, me imagino entrando em sala de aula, indo até o quadro e começando a falar sobre o assunto do dia; aos

poucos, quando pego o embalo, começo então a escrever o que eu estaria falando em sala de aula; quando me perco, leio o que já escrevi, uma ou duas vezes, até pegar novamente o fio da miada e encontrar novamente o ritmo; de tempos em tempos, paro e dou uma lida, penso na minha aula presencial e vejo se não estou deixando nada, nenhum comentário de fora; ao final, ainda ouço rapidamente a gravação da minha aula em Brasília, em fita cassete (avançando as partes que eu já tratei no texto), para ver se não esqueci nada e se houve alguma pergunta de aluno, que possa enriquecer o conteúdo.

Acontece que há temas (como o da semana passada, “Modificação da Constituição”) que são extensos pela sua própria natureza, e fica difícil, senão impossível, sintetizar mais do que o que eu já tenho feito, especialmente porque tenho a preocupação de pensar que nem todos os matriculados já estão prontos, aptos para o entendimento de uma aula muito breve, há certas noções, de introdução aos temas, que têm que ser repassadas, ainda que resumidamente.

Portanto, não se preocupem, nem todas as aulas terão quarenta páginas, há assuntos que permitem, sem prejuízo, um tratamento mais resumido, bem mais sintético. Entretanto, não posso fugir do meu compromisso de reprodução, ao máximo, das minhas aulas presenciais e, em face disso, para não perdermos em qualidade, não teremos como fugir, ao longo do curso, de alguns “aulões” de páginas e mais páginas.

Mas a crítica foi super válida, especialmente por lembrar o seu autor que certamente todos têm em casa livros, nos quais os assuntos aqui tratados poderão ser complementados - além do fórum de dúvidas aqui do site, que poderá ser utilizado para sanar eventuais dúvidas, ou incompletudes aqui verificadas. Estarei ligado nessas sugestões, daqui por diante...

Aliás, aproveitem mais do fórum de dúvidas, não só para dúvidas sobre as aulas, mas também para o envio de críticas e/ou sugestões, como esta comentada acima; aquele espaço é nosso, vamos aproveitá-lo (só não valem perguntas sobre outras disciplinas, ou sobre pontos do Direito Constitucional que ainda serão tratados no futuro, em aulas vindouras, ok?).

Vamos, então, ao estudo dos aspectos históricos dos direitos fundamentais.

1) ORIGEM

A origem dos direitos fundamentais está ligada à necessidade de se impor limites à atuação do Estado absoluto em favor da liberdade do indivíduo, isto é, de impor limites à ingerência do Estado na esfera de liberdade do indivíduo.

Surgiram, então, como normas que exigiam uma atuação negativa do Estado (não fazer) em favor da liberdade do indivíduo. As normas que consagraram os primeiros direitos fundamentais eram, portanto, normas negativas, que não exigiam uma atuação positiva do Estado (um fazer), mas sim uma atuação negativa, uma abstenção (um não fazer) em favor da liberdade individual.

Vejamos alguns exemplos.

O direito de locomoção (de ir, vir e permanecer) foi um dos primeiros direitos fundamentais reconhecidos ao homem. Note-se que não se está a exigir uma ação positiva do Estado, mas sim uma abstenção deste (o Estado **não** poderá, arbitrariamente, desrespeitar o direito de locomoção do indivíduo).

A liberdade de crença religiosa e de convicção filosófica também é um direito fundamental de índole negativa, senão vejamos: ao consagrar tais liberdades, o que a Constituição está prescrevendo é que o Estado **não** poderá discriminar os indivíduos em virtude de suas crenças ou convicções.

Portanto, sobre a origem dos direitos fundamentais, a idéia essencial é a seguinte: os direitos fundamentais surgiram como direitos negativos, limitadores da ação do Estado em favor da liberdade do indivíduo.

2) EVOLUÇÃO E CLASSIFICAÇÃO

Da sua origem até os dias de hoje, os direitos fundamentais passaram por uma significativa evolução nos diferentes ordenamentos constitucionais. As constituições modernas, a partir do século XX, passaram a reconhecer novos direitos como fundamentais aos indivíduos, em face da evolução da própria idéia de constitucionalismo. Com essa evolução, os direitos fundamentais deixaram de ter como proteção unicamente a liberdade do indivíduo (feição negativa), passando a exigir, também, uma atuação positiva do Estado (feição positiva).

Em reconhecimento a essa evolução, a doutrina elaborou uma classificação para os direitos fundamentais, a partir do critério cronológico, isto é, levando-se em conta o momento em que tais direitos foram reconhecidos como fundamentais. A idéia é a seguinte: num primeiro momento, certos direitos foram reconhecidos como fundamentais, recebendo, por isso, a denominação de direitos fundamentais de primeira dimensão (ou primeira geração); num segundo momento, novos direitos foram reconhecidos como fundamentais, fazendo surgir, então, os direitos fundamentais de segunda dimensão (ou segunda geração) e assim sucessivamente.

Assim, os direitos fundamentais podem ser classificados em quatro dimensões, isto é, direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e quarta dimensões.

2.1) DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA DIMENSÃO

Os direitos fundamentais de primeira dimensão foram os primeiros reconhecidos pelos ordenamentos constitucionais, e têm as seguintes características:

- a) surgiram nos finais do século XVIII e dominaram todo o século XIX;
- b) surgiram no Estado liberal, em oposição ao Estado absoluto;
- c) estão ligados ao ideal de liberdade;
- d) são direitos negativos, que exigiam uma abstenção do Estado em favor da esfera de liberdade do indivíduo;
- e) correspondem aos direitos civis e políticos (direito de locomoção, direito de manifestação, direito de propriedade etc.).

2.2) DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO

Num segundo momento, os ordenamentos constitucionais começaram a expressar a preocupação com os desamparados, com a necessidade de se assegurar o mínimo de igualdade entre os homens, fazendo nascer a segunda dimensão de direitos fundamentais, que têm as seguintes características:

- a) surgiram no início do século XX (note-se que durante todo o século XIX tivemos, apenas, os direitos fundamentais de primeira dimensão);
- b) surgiram no Estado social, em oposição ao Estado liberal;
- c) estão ligados ao ideal de igualdade;
- d) são direitos positivos, que passaram a exigir uma atuação positiva do Estado, no sentido de assegurar o mínimo de igualdade entre os homens (importantíssimo este aspecto: os direitos fundamentais passaram a ter uma feição positiva a partir da segunda dimensão);
- e) correspondem aos direitos sociais, culturais e econômicos (direito a condições mínimas de trabalho, à previdência e assistência social, à habitação, ao lazer, a um salário que assegure o mínimo de dignidade ao homem, à sindicalização e à greve dos trabalhadores etc.).

Mas atenção: os direitos fundamentais de segunda dimensão são, de fato, direitos tipicamente de caráter positivo, isto é, exigem uma atuação positiva do Estado, em favor dos desamparados. Entretanto, não se pode afirmar que todos os direitos de segunda dimensão são de índole positiva, pois temos alguns direitos sociais que são de natureza

negativa, como o direito de sindicalização e de greve dos trabalhadores (CF, artigos 8º e 9º, respectivamente).

2.3) DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA DIMENSÃO

Num terceiro momento, foi despertada a preocupação com os bens jurídicos da coletividade, com os denominados “interesses difusos” (pertencentes a um grupo indeterminado de pessoas), nascendo, então, os direitos fundamentais de terceira dimensão, que têm as seguintes características:

- a) surgiram no século XX;
- b) estão ligados ao ideal de fraternidade, de solidariedade que deve nortear o convívio dos diferentes povos, em defesa dos bens da coletividade (aspecto importantíssimo este: na terceira dimensão, a preocupação deixa de ser com os bens jurídicos da pessoa humana individualmente considerada, e passa a ser com os bens coletivos, com os interesses difusos);
- c) são direitos positivos, a exigir do Estado e dos diferentes povos uma firme atuação no tocante à preservação dos bens de interesse coletivo;
- d) correspondem ao direito de preservação do meio ambiente, da paz e do progresso da humanidade, do patrimônio histórico e cultural etc.

2.4) DIREITOS FUNDAMENTAIS DE QUARTA DIMENSÃO

Embora ainda não consolidados nos ordenamentos constitucionais modernos, a doutrina começa a apontar o surgimento dos direitos fundamentais de quarta dimensão. Não há, nos dias de hoje, uma unanimidade sobre a matéria, isto é, sobre quais seriam os direitos fundamentais de quarta dimensão, mas entendemos que, no Brasil, está recebendo maior atenção o pensamento desenvolvido pelo constitucionalista Paulo Bonavides, segundo o qual os direitos fundamentais de quarta dimensão são aqueles ligados à globalização política, fenômeno mundial, que atinge, em maior ou menor grau, todas as nações, correspondendo ao direito de informação, de democracia e de pluralismo.

Importante destacar que uma nova geração de direitos fundamentais não significa supressão, substituição das gerações anteriores. Cuida-se, em verdade, de acréscimo às gerações anteriores (a segunda dimensão veio acrescentar novos direitos fundamentais aos já existentes; a terceira dimensão veio somar-se às gerações já existentes etc.).

Aliás, esse acréscimo não deve ser visto apenas sob o aspecto quantitativo, mas também qualitativo. Com o surgimento de uma nova geração de direitos fundamentais, há um acréscimo quantitativo (acréscimo de novos direitos, que passam a ser considerados

fundamentais) e também qualitativo (direitos fundamentais de gerações pretéritas ganham um novo alcance, são enriquecidos pelas novas gerações).

Sobre esse aspecto qualitativo, um ótimo exemplo, é o direito de propriedade, senão vejamos:

(a) o direito de propriedade é típico direito fundamental de primeira dimensão, reconhecido como tal no Estado liberal, de índole eminentemente individualista, privatística; logo, no seu surgimento o direito de propriedade tinha uma feição estritamente privada, sem nenhuma consideração ou preocupação de ordem social;

(b) com o surgimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão, no Estado social, o direito de propriedade perdeu a sua feição estritamente privada e ganhou contornos sociais, vale dizer, a propriedade passou a ser considerada legítima apenas quando cumprida a sua função social (a nossa própria Constituição Federal de 1988 é exemplo disso, visto que estabelece que a propriedade deverá atender a sua função social e, no caso do não atendimento dessa função social, autoriza a desapropriação – art. 5º, incisos XXIII e XXIV);

(c) com o surgimento dos direitos fundamentais de terceira dimensão, a propriedade, além de cumprir com sua função social, deverá levar em conta a preservação do meio ambiente, vale dizer, o titular da propriedade terá que respeitar as leis de proteção ambiental.

3) DESTINATÁRIOS

Os direitos fundamentais surgiram tendo como destinatários (ou titulares) as pessoas naturais.

Com o passar dos tempos, os ordenamentos constitucionais passaram a reconhecer direitos fundamentais, também, às pessoas jurídicas.

Modernamente, as constituições asseguram, ainda, direitos fundamentais às pessoas estatais, isto é, o próprio Estado passou a ser considerado titular de direitos fundamentais. Aspecto importantíssimo este, senão vejamos: os direitos fundamentais surgiram colocando o Estado “contra a parede”, na condição de réu, por meio da imposição de limitações à sua atuação; hoje, em certas situações, o próprio Estado pode ser titular de direitos fundamentais.

Não significa afirmar, porém, que todos os direitos fundamentais podem ser usufruídos por todos os titulares apontados acima (pessoas naturais, pessoas jurídicas e pessoas estatais).

Assim, na nossa Constituição Federal de 1988 temos direitos fundamentais igualmente voltados para as pessoas naturais, jurídicas e estatais (direito de propriedade, por exemplo – art. 5º, XXII); temos

direitos fundamentais extensíveis às pessoas naturais e às pessoas jurídicas (assistência jurídica gratuita e integral, por exemplo – art. 5º, LXXIV); temos direitos fundamentais exclusivamente voltados para a pessoa natural (direito de locomoção, por exemplo – art. 5º, XV); temos direitos fundamentais restritos aos cidadãos (ação popular, por exemplo – art. 5º, LXXIII); temos direitos fundamentais voltados exclusivamente para a pessoa jurídica (direito de existência das associações, direitos fundamentais dos partidos políticos – art. 5º, XIX, e art. 17, respectivamente); direitos fundamentais voltados exclusivamente para o Estado (direito de requisição administrativa, por exemplo – art. 5º, XXV).

4) POLO ATIVO E POLO PASSIVO

Conforme vimos, os direitos fundamentais nasceram como normas que impunham limitações à ingerência do Estado em favor da liberdade do indivíduo. Logo, no seu surgimento, os direitos fundamentais tinham o indivíduo no pólo ativo (como titular do direito) e o Estado no pólo passivo (como réu). Em verdade, ainda hoje a maioria dos direitos fundamentais tem essa mesma natureza: particular no pólo ativo e Estado no pólo passivo.

Entretanto, com a evolução dos direitos fundamentais, poderemos ter, hoje, o Estado no pólo ativo (como titular do direito fundamental) e o particular no pólo passivo (como réu, como acontece quando é ajuizado um *habeas corpus* contra ato de particular).

Um bom dispositivo para ilustrar essa situação excepcional – Estado como titular do direito fundamental e particular no pólo passivo – é o direito de requisição administrativa, previsto no art. 5º, XXV, nos seguintes termos:

“Em caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”

Nota-se, facilmente, que esse direito fundamental não foi outorgado ao indivíduo, mas sim ao Estado (em caso de iminente perigo público, o Estado, como titular do direito fundamental de requisição administrativa, poderá usar gratuitamente de propriedade particular; o particular, na condição de pólo passivo, não poderá se opor ao uso, e somente fará jus à indenização se ulteriormente restar comprovada a ocorrência de dano decorrente desse uso).

5) NATUREZA RELATIVA

Não existem direitos fundamentais de natureza absoluta. Os bens constitucionais devem se usufruídos levando-se em conta, respeitando-se outros direitos também constitucionalmente protegidos.

Assim, nem mesmo o direito à vida é absoluto, haja vista que a própria Constituição Federal admite a pena de morte no caso de guerra declarada. Outros bens constitucionais (inviolabilidade das correspondências, de dados etc.) poderão ser afastados, se tais garantias estiverem sendo invocadas para acobertar práticas ilícitas (diante a prática de crime, seqüestro, por exemplo, poderão ser afastadas tais inviolabilidades, em homenagem ao direito à vida da vítima).

6) RESTRIÇÕES LEGAIS

Se os direitos fundamentais não possuem natureza absoluta, podem ter o seu exercício restringido por meio da expedição de atos legais (lei ordinária, lei complementar, lei delegada, medida provisória – de acordo com as exigências do texto constitucional).

Porém, esse poder da lei de restringir direito fundamental não é, por sua vez, um poder ilimitado. Ora, não é difícil perceber a razão para esse entendimento, para a existência dessa limitação: se a lei pudesse, de maneira ilimitada, impor restrições ao exercício de direitos previstos na Constituição, o legislador ordinário teria como afastar, fraudar a vontade do legislador constituinte (por meio da imposição de excessivas restrições, por lei, ao exercício do direito previsto na Constituição).

Nesse ponto – o poder da lei de impor restrições ao exercício de direitos previstos na Constituição não é um poder ilimitado – é que assume relevância o chamado princípio da razoabilidade/proporcionalidade.

O princípio da razoabilidade atua como limite que deverá ser observado pelas leis restritivas de direitos constitucionais. Assim, uma lei que imponha restrição ao exercício de direito previsto na Constituição só será válida se obedecer ao princípio da razoabilidade.

E o que determina o princípio da razoabilidade? Quais são os seus comandos?

O princípio da razoabilidade reza que as restrições impostas a direito previsto na Constituição somente serão válidas se obedecerem, cumulativamente, aos seguintes requisitos: (a) necessidade; (b) adequação; (c) proporcionalidade em sentido estrito (equivalência entre meio e fim, entre a restrição imposta e o fim almejado).

Portanto, imposta uma restrição por lei a um direito previsto na Constituição, para sabermos se tal restrição é válida ou inválida, teremos que responder às seguintes indagações: (a) a imposição dessa restrição é necessária, existe uma razão de interesse público que a justifique? (b) essa restrição é adequada para o alcance do fim almejado, para o objetivo pretendido? Será que ela produzirá, efetivamente, os efeitos esperados? (c) será que há uma relativa

equivalência entre a restrição imposta e o fim esperado? Será que não haveria outro meio menos gravoso para se atingir esse mesmo fim, uma outra restrição menos gravosa ao indivíduo que produziria o mesmo resultado?

Caso a lei restritiva não atenda aos requisitos necessidade, adequação e proporcionalidade não será válida, devendo ser retirada do ordenamento jurídico por inconstitucionalidade, por desrespeito ao princípio da razoabilidade (o princípio da razoabilidade será melhor estudado na próxima aula, quando examinaremos os princípios constitucionais do art. 5º da CF).

Essa teoria, que impõe limites ao poder da lei de limitar direito previsto na Constituição, é denominada “limites dos limites” (os direitos previstos na Constituição não são ilimitados, podem sofrer **limites** impostos pela lei; porém, o poder da lei de impor limites aos direitos constitucionais também não é ilimitado, sofre **limites** impostos pelo princípio da razoabilidade – daí, “limites dos limites”, isto é, limites ao poder de limitar).

7) RENÚNCIA

Os direitos fundamentais são, em regra, irrenunciáveis, vale dizer, o indivíduo não dispõe do poder de renunciar, de afastar direitos fundamentais que lhe foram outorgados pela Constituição.

Entretanto, excepcionalmente, diante de um caso concreto, admite-se a renúncia temporária a direito fundamental. Um bom exemplo de situação em que, diante de um caso concreto, o indivíduo renuncia legitimamente a direito fundamental seu é o que ocorre nos programas de televisão conhecidos como (caso do BIGBROTHER, da Rede Globo), nos quais o indivíduo renuncia temporariamente ao seu direito de inviolabilidade da privacidade/intimidade no intuito de participar da competição e abocanhar os prêmios oferecidos.

8) RELAÇÕES PRIVADAS

Conforme estudamos, os direitos fundamentais, na sua origem, tinham por fim estabelecer limites à atuação do Estado absoluto em favor da liberdade do indivíduo. Os direitos fundamentais regulavam, portanto, uma relação entre o Estado e o indivíduo.

Pergunta-se? E as relações entre particulares, são alcançadas pelos direitos fundamentais? Ou será que no meio privado, nas relações privadas, prevalece a autonomia da vontade das partes, não tendo aplicação os direitos fundamentais? Os particulares, na celebração de negócios privados, estão vinculados pelos direitos fundamentais, ou podem livremente afastá-los?

No constitucionalismo contemporâneo, o entendimento é de que os direitos fundamentais obrigam, vinculam as relações entre particulares. Não podem os particulares, com amparo no princípio da autonomia da vontade (que rege a celebração dos negócios privados), afastar livremente os direitos fundamentais.

9) CONFLITO (COLISÃO)

Não se pode falar em conflito, em abstrato, entre dispositivos da Constituição. O texto constitucional forma uma unidade, um todo harmônico, razão pela qual inexistente conflito, em abstrato, entre dispositivos da mesma Constituição (princípio da unidade da Constituição).

Assim, se a Constituição estabelece num artigo que homens e mulheres são iguais perante a lei (art. 5º, I) e em outro dispositivo diz que o Estado deverá proteger o mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos (art. 7º, XX), não podemos afirmar que existe incongruência, contrariedade entre tais dispositivos. Devemos harmonizá-los, buscar um equilíbrio entre eles. No caso, temos o seguinte: não poderá haver discriminações arbitrárias entre homens e mulheres, mas, tendo em vista a tradicional discriminação sofrida pela mulher no mercado de trabalho brasileiro, o legislador deverá procurar minimizar esse desequilíbrio, estabelecendo certos incentivos específicos ao mercado de trabalho da mulher.

Portanto, frise-se, não se pode falar na existência, em abstrato, de conflito entre direitos fundamentais.

Entretanto, no dia-a-dia, diante de um caso concreto, poderemos ter conflito (ou colisão) entre direitos fundamentais. Só diante de um caso concreto, portanto, é possível juridicamente falar-se em conflito entre direitos fundamentais.

Em que situações? Como surge um conflito entre direitos fundamentais?

Teremos conflito entre direitos fundamentais quando, num caso concreto, uma das partes sentir-se protegida por um direito fundamental "x", e a outra parte entender-se protegida por outro direito fundamental "y". Exemplos: numa cobertura jornalística, o órgão de imprensa entende-se protegido pelo direito fundamental de liberdade de expressão (art. 5º, IX), e o indivíduo, vítima da reportagem, entende que seu direito fundamental à inviolabilidade da intimidade foi violado (art. 5º, X); o indivíduo, utilizando-se do seu direito fundamental à liberdade de pensamento (art. 5º, IV), publica obras sobre a raça negra no Brasil, e a população negra vê nas suas publicações manifestações preconceituosas, vedadas pela Constituição (CF, art. 5º, XLII).

Nessas situações, observe, há, num caso concreto, um conflito entre dois valores igualmente protegidos pela Constituição Federal.

A respeito desse assunto - conflito entre direitos fundamentais -, o que mais nos interessa saber é como deverá atuar o intérprete, o aplicador do Direito, na resolução desse conflito? Como será resolvido esse conflito entre direitos fundamentais? Diante de um caso concreto, em que as partes se sentem protegidas por direitos fundamentais distintos (liberdade de pensamento de um lado; vedação ao racismo de outro, por exemplo), como deverá atuar o magistrado na solução dessa colisão?

Na solução de um conflito entre direitos fundamentais, deverá o aplicador do Direito:

(a) afastar, de imediato, a tese da existência de hierarquia, de subordinação entre os direitos fundamentais conflitantes;

Não deve, portanto, o aplicador do Direito pensar da seguinte maneira: “bem, entre a liberdade de pensamento e o direito à intimidade, prevalecerá sempre o direito à intimidade, pois este direito é hierarquicamente superior àquele, dispõe de uma maior dignidade frente àquele; logo, sempre que houver conflito entre esses dois direitos fundamentais, prevalecerá o direito à intimidade”.

Ora, não há hierarquia, subordinação entre quaisquer dispositivos integrantes da nossa Constituição, muito menos entre direitos fundamentais; todos eles receberam a mesma dignidade, são obra do mesmo poder constituinte e, portanto, não há que se falar em subordinação entre eles.

(b) resolver o caso concreto a partir de um juízo de ponderação entre os valores conflitantes, de acordo com as características do caso concreto.

A resolução de um conflito entre direitos fundamentais passa, necessariamente, por essas duas idéias: (i) juízo de ponderação; (ii) características do caso concreto.

Portanto, a partir das características do caso concreto, deverá o intérprete buscar uma conciliação, uma harmonização entre os direitos conflitantes; a partir das características do caso concreto, será atribuído um peso aos princípios conflitantes, e decidir-se-á, então, pela predominância, neste caso concreto, de um ou de outro direito fundamental. Assim, hoje, num conflito entre liberdade de expressão e inviolabilidade da intimidade, poderá prevalecer o direito à intimidade, em face das características do caso concreto; amanhã, num outro caso concreto envolvendo os mesmos direitos fundamentais, poderá prevalecer o direito à liberdade de expressão, em razão das características de tal caso – e assim por diante.

Em suma, as idéias que você deverá levar para a prova são as seguintes: (a) não se pode falar em conflito em abstrato entre direitos fundamentais, visto que todos os dispositivos da Constituição formam uma unidade, um todo harmônico; (b) só é admissível falar-se em conflito entre direitos fundamentais em concreto, quando, num caso concreto, uma das partes se sente protegida por um direito fundamental "x" e a outra parte se vê amparada pelo direito fundamental "y"; (c) na resolução desse conflito, não deve o aplicador do Direito partir da premissa de que existe hierarquia entre os direitos fundamentais conflitantes, para o fim de aplicar, sempre, um em detrimento do outro; (d) o conflito será resolvido por meio de um juízo de ponderação, a partir das características do caso concreto.

Assim, num linguajar singelo, podemos dizer que não há "receita de bolo" para a solução de conflito entre direitos fundamentais, isto é, não se pode falar que no caso de conflito entre os direitos fundamentais "x" e "y" o direito fundamental "y" sempre prevalecerá. Não, não se pode dizer isso. Em verdade, o conflito será sempre resolvido pelo bom senso, pela ponderação, a partir das características do caso concreto. Logo, no conflito entre os mesmos direitos fundamentais "x" e "y", hoje, num dado caso concreto, poderá prevalecer o direito fundamental "x"; amanhã, em outro caso concreto distinto, poderá prevalecer o "y" e assim por diante (o que decidirá a prevalência de um ou de outro direito fundamental serão as características do caso concreto).

10) ORGANIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CF/88

A Constituição Federal de 1988 dedicou todo um Título aos direitos fundamentais (Título II), dividindo esses direitos entre cinco grupos distintos:

- (a) direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º);
- (b) direitos sociais (art. 6º ao 11);
- (c) direitos de nacionalidade (art. 12 e 13);
- (d) direitos políticos (art. 14 ao 16);
- (e) direitos dos partidos políticos (art. 17).

Esses artigos – 5º ao 17 – perfazem o que a doutrina denomina "catálogo dos direitos fundamentais", pois é a parte da Constituição em que estão catalogados, relacionados os direitos fundamentais.

Não significa, porém, que todos os direitos fundamentais previstos na nossa Constituição estão disciplinados nesses artigos. Existem direitos fundamentais previstos em outros dispositivos da Constituição, como é o caso do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito de terceira dimensão, que está estabelecido no art.

225 da Carta Política. Esses direitos fundamentais que estão fora do catálogo (fora do intervalo do art. 5º ao 17) são chamados de direitos fundamentais não-catalogados (ou, simplesmente, direitos fundamentais fora do catálogo).

Importante notar que existe um grupo de direitos fundamentais voltado especificamente para pessoa jurídica (direitos fundamentais dos partidos políticos, no art. 17 da CF/88).

10.1) RESTRIÇÕES CONSTITUCIONAIS

A própria Constituição Federal estabelece hipóteses nas quais poderão ser impostas limitações ao exercício de certos direitos fundamentais. Nessas situações, portanto, não se poderá falar em ofensa, em fraude às garantias dos indivíduos, pois as limitações são autorizadas pela própria Constituição.

Assim, na vigência de estado de defesa, poderão ser adotadas, entre outras medidas, restrições aos direitos de reunião, de sigilo de correspondência, de sigilo de comunicação telegráfica e telefônica (CF, art. 136, § 1º).

Da mesma forma, durante o estado de sítio poderão ser impostas restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, bem assim suspensão da liberdade de reunião, busca e apreensão em domicílio entre outras medidas (CF, art. 139).

Importante frisar que essas não são as únicas hipóteses em que poderão ser impostas restrições aos direitos fundamentais, pois, como vimos, estes não possuem caráter absoluto e, portanto, podem ser objeto de restrições impostas por lei, mesmo fora dessas situações excepcionais, desde que obedecido ao princípio da razoabilidade.

10.2) APLICABILIDADE IMEDIATA

Determina a Constituição Federal que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata (CF, art. 5º, § 1º).

Certamente pretendeu o legislador constituinte outorgar a maior aplicabilidade, a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, fazendo questão de deixar expresso determinação nesse sentido.

Entretanto, nem todos os direitos fundamentais previstos na nossa Constituição são normas de aplicabilidade imediata (eficácia plena), visto que já se reconheceu a necessidade de regulamentação de certos direitos fundamentais para a produção de seus plenos efeitos, isto é, já se reconheceu a existência de direitos fundamentais que são, na verdade, normas de eficácia limitada (dependentes de regulamentação para viabilizar o exercício do direito nelas previsto). Como exemplos

típicos de normas definidoras de direitos fundamentais de eficácia limitada, dependentes de regulamentação por lei para a produção de seus plenos efeitos, temos o art. 7º, XX e XXVII da Constituição Federal.

Portanto, temos o seguinte: (a) em regra, as normas que definem direitos fundamentais são de aplicabilidade imediata (eficácia plena); (b) porém, nem todos os direitos fundamentais são dotados de aplicabilidade imediata (eficácia plena), visto que alguns estão previstos em normas de eficácia limitada, dependentes de regulamentação por lei para a produção de seus plenos efeitos.

10.3) ENUMERAÇÃO NÃO EXAUSTIVA

A enumeração constitucional dos direitos fundamentais não é limitativa, exaustiva (*numerus clausus*). O texto constitucional estabelece um mínimo de direitos, mas permite que outros direitos fundamentais sejam estabelecidos pelo legislador, desde que não contrariem princípios já estabelecidos pela Constituição Federal.

É o que nos esclarece o § 2º do art. 5º da Constituição Federal, nos termos seguintes:

“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.”

Significa dizer que além dos direitos fundamentais já previstos na Constituição Federal, outras normas (emendas constitucionais e normas infraconstitucionais, tais como leis, tratados internacionais etc.) poderão estabelecer novos direitos fundamentais, desde que não contrariem o regime e os princípios adotados pela Constituição Federal. Nada impede, por exemplo, que um tratado internacional ou a Constituição de um Estado-membro venham criar novos direitos fundamentais para os brasileiros, desde que estes não contrariem o regime e os princípios adotados pela Constituição Federal.

A respeito desse ponto há uma controvérsia doutrinária e jurisprudencial: um tratado internacional que trata de direitos fundamentais tem, por esse motivo, *status* constitucional? Se um tratado internacional tratar de direitos fundamentais ele passará a ter hierarquia de norma constitucional? Ou será que não?

É sabido que os tratados internacionais, depois de incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, têm força de **lei ordinária federal**. E quando o tratado versar sobre direitos fundamentais, continuará ele tendo apenas força de lei ordinária federal, ou passará a ter força de norma constitucional nessa situação?

A resposta a essa pergunta é extremamente relevante em termos jurídicos, pelo seguinte:

(a) se o tratado internacional continuar com sua força de norma ordinária mesmo quando versar sobre direitos fundamentais, significa afirmar que os direitos fundamentais por ele estabelecidos poderão ser afastados, revogados, por outras normas ordinárias quaisquer (lei ordinária, medida provisória, lei complementar, lei delegada);

(b) se o tratado internacional que tratar de direitos fundamentais adquirir, por esse motivo, *status* de norma constitucional, significa dizer que os direitos fundamentais por ele estabelecidos só poderão ser afastados, revogados, por meio de emenda à Constituição (ou nem mesmo por emenda, se forem direitos e garantias individuais, pois estes são gravados como cláusula pétrea – art. 60, § 4º, IV).

Bem, o fato é que depois de muita controvérsia o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que um tratado internacional, mesmo quando versa sobre direitos fundamentais, **não** adquire hierarquia de norma constitucional.

De regra, portanto, os direitos fundamentais previstos em tratados e convenções internacionais **não gozam de *status* constitucional, situando-se no mesmo plano hierárquico das diferentes espécies normativas infraconstitucionais.**

Há, porém, uma situação que foge a essa regra, disciplinada no § 3º do art. 5º da Constituição Federal (introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004), nos termos seguintes:

“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Nessa situação, portanto, uma vez cumpridos os dois requisitos constitucionais – (i) tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos; (ii) aprovação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros -, os direitos fundamentais previstos nessas normas internacionais ingressarão no ordenamento brasileiro com *status* de emenda à Constituição, no mesmo plano hierárquico das normas constitucionais.

Significa dizer que esses direitos fundamentais previstos em tais normas internacionais deverão ser observados por toda a legislação infraconstitucional superveniente, sob pena de inconstitucionalidade, e, ademais, somente poderão ser modificados pelo procedimento

legislativo rígido antes mencionado, observando-se, ainda, a limitação estabelecida pelo art. 60, § 4º, da Lei Maior (cláusulas pétreas).

O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão (CF, art. 5º, § 4º, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004).

10.4) DIREITOS FUNDAMENTAIS MATERIALMENTE CONSTITUCIONAIS

A partir da realidade estabelecida pelo art. 5º, § 2º, da Constituição Federal – possibilidade de existência de direitos fundamentais fora do texto da CF/88 -, a doutrina dividiu os direitos fundamentais em dois grupos: (a) direitos fundamentais formalmente constitucionais; (b) direitos fundamentais materialmente constitucionais.

Direitos fundamentais formalmente constitucionais são aqueles previstos no texto da Constituição Federal de 1988. Conforme vimos, esses direitos poderão ser catalogados (se enunciados entre os art. 5º e 17) ou fora do catálogo (se enunciados em outros artigos da Constituição Federal).

Direitos fundamentais materialmente constitucionais são aqueles previstos em outras normas infraconstitucionais, fora do texto da Constituição Federal de 1988. Um direito fundamental estabelecido num tratado internacional, por exemplo, é um direito fundamental materialmente constitucional.

Considero essa a noção indispensável sobre o regime jurídico dos direitos fundamentais; ficamos por aqui, e agora estamos prontos para, na próxima semana, adentrarmos no estudo dos direitos fundamentais em espécie, enunciados pela Constituição Federal de 1988.

EXERCÍCIOS DE CONCURSOS:

1) Historicamente, os direitos que hoje se conhecem como fundamentais surgiram como limitações à ingerência abusiva do Estado na esfera individual; esses direitos, essencialmente ligados à defesa da liberdade, são o que atualmente se denomina direitos de primeira geração (ou de primeira dimensão).

2) Os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, como são conhecidos, sucederam-se historicamente, de maneira que os direitos fundamentais de primeira geração hoje não são mais aplicados.

3) Os direitos fundamentais não se revestem de caráter absoluto, podendo ser, inclusive, restringidos, desde que, para tanto, seja

resguardado o seu núcleo essencial, utilizado o instrumento próprio e observado o princípio da proporcionalidade/razoabilidade. Tomando-se por base a norma de direito fundamental que prevê a liberdade do exercício de atividade profissional, não será destituído de razoabilidade ato legislativo que exija qualificação especial para aqueles que pretendam exercer, por exemplo, a Medicina.

4) As normas que prevêm direitos fundamentais de abstenção do Estado são, em sua maioria, normas não auto-aplicáveis, dependendo de desenvolvimento legislativo para produzirem todos os seus efeitos.

5) Pessoas jurídicas não podem titularizar direitos fundamentais.

6) Os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição Federal não poderão ser objeto de restrição, salvo na vigência de estado de defesa ou estado de sítio.

7) Embora os direitos sociais não estejam relacionados especificamente no art. 5º da Constituição, é, em geral, aceito pela doutrina que esses direitos integram os chamados direitos fundamentais e que não dizem respeito exclusivamente àqueles decorrentes do contrato de trabalho.

8) Historicamente, a origem do direito de propriedade imprimiu-lhe a característica privatística que até hoje possui, sem quaisquer considerações de ordem social.

9) Os direitos e garantias fundamentais, devido à importância que têm para a realização dos valores jurídicos mais relevantes em uma dada sociedade e em um determinado momento histórico, possuem caráter absoluto, de modo que não admitem limitação de nenhuma espécie na legislação infraconstitucional nem, muito menos, por parte dos órgãos administrativos.

10) Os direitos fundamentais, em sua concepção moderna, têm como uma de suas características não se destinarem apenas à limitação estatal, pois também exigem prestações positivas do poder público.

11) O direito de greve do trabalhador está inserido no rol dos direitos sociais, denominados pela doutrina como direitos fundamentais de segunda geração, que são caracterizados por ações positivas do Estado, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social.

12) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a limitação aos direitos fundamentais há de observar o princípio da razoabilidade/proporcionalidade.

13) Uma vez que as normas constitucionais definidoras de direitos e garantias individuais têm aplicação imediata, nenhum direito

fundamental pode deixar de ter a sua fruição judicialmente assegurada por falta de regulação legislativa.

14) Entre os direitos fundamentais, somente os de índole social podem ter por sujeito passivo um particular.

GABARITOS:

- 1) CERTO; três afirmações corretas nesse enunciado: os direitos fundamentais surgiram como limitações impostas à ingerência do Estado na esfera do indivíduo; no seu surgimento, os direitos fundamentais tinham por preocupação a defesa da liberdade; esses primeiros direitos fundamentais são conhecidos como direitos de primeira dimensão (ou geração).
- 2) ERRADO; o surgimento de uma nova geração não significa supressão das anteriores, mas sim complementação, acréscimos àquelas gerações, seja no aspecto quantitativo (novos direitos são reconhecidos como fundamentais), seja no aspecto qualitativo (as gerações anteriores de direitos fundamentais podem ganhar novo alcance, novo conteúdo, com o surgimento de uma nova geração).
- 3) CERTO; os direitos fundamentais, de fato, não possuem caráter absoluto, podem ser objeto de restrição, desde que respeitado o princípio da razoabilidade, isto é, desde que as limitações sejam: (a) necessárias; (b) adequadas; (c) na medida certa (proporcionalidade estrita).
- 4) ERRADO; as normas definidoras de direitos fundamentais são, em regra, de aplicabilidade imediata (de eficácia plena, auto-aplicáveis), conforme estabelece o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal.
- 5) ERRADO; vimos que as pessoas jurídicas também são titulares de certos direitos fundamentais, sejam essas pessoas jurídicas privadas ou públicas.
- 6) ERRADO; os direitos fundamentais podem ser restringidos mesmo em circunstâncias normais da vida política do Estado, desde que haja razoabilidade na imposição das restrições.
- 7) CERTO; os direitos sociais, enunciados no art. 6º da Constituição Federal, e disciplinados em diversos outros artigos do texto constitucional, são direitos fundamentais, e não são exclusivamente aqueles decorrentes de uma relação de trabalho (direito à habitação, à assistência social são exemplos de direitos sociais não-decorrentes do contrato de trabalho).
- 8) ERRADO; conforme vimos, o direito de propriedade é direito de primeira geração, reconhecido, portanto, no Estado liberal, que possuía feição nitidamente privatística, sem nenhuma consideração

de ordem social; modernamente, porém, o direito de propriedade não possui mais essa natureza predominantemente privada, pois com o surgimento do Estado social, o direito de propriedade assumiu feição marcadamente social, a ponto de as constituições modernas só considerarem legítima aquela propriedade que esteja atendendo à sua função social.

- 9) ERRADO; não existem direitos fundamentais de caráter absoluto, podem eles ser restringidos por lei ou por atos normativos administrativos, de acordo com a exigência do próprio texto constitucional – desde que, em qualquer hipótese, seja respeitado o princípio da razoabilidade.
- 10) CERTO; conforme vimos, a partir da segunda geração os direitos fundamentais deixaram de ter feição exclusivamente negativa, passando a exigir atuações positivas do Estado.
- 11) CERTO; o direito de greve do trabalhador, previsto no art. 9º da CF/88, é direito social, classificado como de segunda geração, geração esta que, em regra, contempla direitos de natureza positiva, isto é, que exigem uma atuação positiva do Estado; anote-se, porém, que o direito de greve, embora seja direito de segunda dimensão, não possui natureza positiva (não está por exigir uma atuação positiva do Estado), mas sim direito negativo (exige uma não interferência do Estado, que não poderá impedir os movimentos paretistas dos trabalhadores); esse detalhe, porém, não invalida o enunciado, visto que não se afirma que o direito de greve é direito positivo, mas sim que os direitos sociais são caracterizados por ações positivas, o que está correto.
- 12) CERTO; vimos que as leis restritivas de direitos fundamentais devem obediência ao princípio da razoabilidade, isto é, as restrições impostas pelo legislador infraconstitucional só serão válidas se atenderem aos requisitos necessidade, adequação e medida certa; na verdade, a relevância do princípio da razoabilidade no Estado brasileiro é exatamente esta: atuar como limite à imposição de restrições a direito previsto na Constituição.
- 13) ERRADO; embora a regra seja a aplicabilidade imediata das normas que consagram direitos fundamentais, não são todos os direitos fundamentais que têm aplicabilidade imediata; alguns são de eficácia limitada, dependentes de regulamentação por lei para a produção de seus plenos efeitos.
- 14) ERRADO; existem, também, direitos de índole individual que poderá ter como sujeito passivo um particular (exemplo: direito de requisição administrativa, previsto no art. 5º, XXV).

CURSOS ONLINE – DIREITO CONSTITUCIONAL - PROF. VICENTE PAULO

Fiquem bem – e até a próxima semana.

Vicente Paulo

AULA 5: DIREITOS FUNDAMENTAIS – PARTE FINAL

Depois de estudados na aula passada os principais aspectos referentes ao chamado “regime jurídico dos direitos fundamentais”, discorreremos hoje sobre diversos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, enunciados no art. 5º da Constituição.

Serão apontados, com comentários breves, os entendimentos da doutrina e do Supremo Tribunal Federal sobre os diferentes direitos fundamentais, e também chamarei atenção para detalhes do texto constitucional, que tradicionalmente são cobrados em concursos públicos.

Valorizem esses meus breves comentários, pois eles sintetizam toda a minha experiência, todo o acompanhamento que eu tenho feito do que é cobrado em provas de concursos desde que iniciei o labor nessa tarefa – e, cá entre nós, é desnecessário dizer algo sobre o quanto são cobrados em prova conhecimentos sobre os direitos fundamentais (é difícil, senão impossível, uma prova de concurso sem exigir conhecimento do art. 5º da Constituição Federal!).

Início esse estudo chamando atenção para a redação do caput do art. 5º da CF/88. Estabelece esse dispositivo que estão protegidos pelos direitos fundamentais os brasileiros e “os estrangeiros residentes no País”. Note-se que, pela literalidade do texto constitucional, os estrangeiros somente estariam protegidos pelos direitos fundamentais quando fossem residentes no País. Porém, não foi esse o entendimento que prevaleceu. Em verdade, essa expressão “residentes no País” há quer vista como contemplando todos os estrangeiros que estejam sob as leis brasileiras, sob o território nacional, sejam eles residentes ou não no Brasil.

Feita essa breve consideração, passemos ao exame de princípios fundamentais em espécie, previstos na CF/88, iniciando pelo postulado da razoabilidade/proporcionalidade.

1) PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

O princípio da razoabilidade não está expressamente previsto no texto da Constituição Federal de 1988, em qualquer de seus dispositivos. Cuida-se, portanto, de princípio constitucional implícito na vigente Carta Política.

Ora, se o princípio da razoabilidade não está expressamente previsto no texto da nossa Constituição, você concorda que para ele ser aplicado entre nós, ele tem que ter fundamento em algum dispositivo expresso do texto constitucional, pois não seria juridicamente aceitável a aplicação no Estado brasileiro de um princípio que não possuísse fundamento na Constituição Federal (pois, como sabemos, ela é que dá

vida, que dá fundamento para a validade de todas as normas e comportamentos no nosso Estado). Está de pleno acordo?

Pois bem, em razão dessa realidade é que o Supremo Tribunal Federal (STF) firmou entendimento de que o princípio da razoabilidade tem a sua sede material no inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal, que estabelece o princípio do devido processo legal (ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal). Esse, portanto, o dispositivo constitucional que dá fundamento, que autoriza a aplicação do princípio da razoabilidade no Brasil.

Conforme vimos na aula passada, a função do princípio da razoabilidade no Estado brasileiro é atuar como limite à imposição de restrições a direitos, exigindo das leis restritivas de direito atendimento aos seus três requisitos básicos: necessidade, adequação e medida certa (proporcionalidade estrita). Se a lei restritiva de direito não obedecer a um desses requisitos, deverá ser declarada inconstitucional por desrespeito à razoabilidade. Diga-se de passagem, todos os dias temos leis restritivas de direito sendo declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário, por desrespeito ao princípio da razoabilidade, isto é, pelo não atendimento de algum desses seus requisitos.

2) PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade (ou isonomia), base de um Estado democrático de Direito, está previsto em diversos dispositivos constitucionais, determinando a necessidade de tratamento igualitário nas mais diferentes situações (art. 5º, *caput*, e inciso I; art. 7º, XXX, XXXI, XXXII, XXXIII e XXXIV; art. 150, II etc.).

Na repetição do princípio da isonomia, preocupou-se o legislador não só com a igualdade meramente formal (perante a lei), mas também com a igualdade material, prescrevendo vedações materiais em razão de critérios inadmissíveis pelo Direito, como é bom exemplo o disposto no art. 7º, XXX ao XXXIII (aqui, nesses dispositivos, não se está assegurando, apenas, a igualdade perante a lei – formal -, mas sim vedando práticas materiais atentatórias da igualdade, em razão de critérios tais como raça, cor, idade, sexo etc.).

Porém, importante lembrar que o princípio da igualdade “não é cego”, vale dizer, não tem por fim estabelecer um tratamento igualitário entre os indivíduos, sem atentar-se para as desigualdades existentes entre estes. É por essa razão que é sempre lembrada a máxima: “alcança-se a verdadeira igualdade conferindo tratamento igualitário aos iguais e tratamento desigual para os desiguais”. Assim, o princípio da igualdade não veda tratamento diferenciado entre pessoas que guardem distinções de raça, de idade, de sexo, de condição econômica etc., desde que haja justificativas razoáveis para o estabelecimento da distinção (note-se,

aqui, a aplicação do princípio da razoabilidade, como limite à imposição de restrições ao princípio constitucional da igualdade; enfim, o princípio constitucional da igualdade pode sofrer restrições no tocante à cor, à raça, à idade etc., desde que tais restrições sejam razoáveis, isto é, desde que sejam necessárias, adequadas e na medida certa).

Assim, por exemplo, em concursos públicos são admitidas restrições impostas por lei, que venham estabelecer tratamento diferenciado entre os candidatos, desde que as atribuições do cargo justifiquem a discriminação (estabelecimento de idade máxima para o ingresso no cargo de agente de polícia; abertura de concurso público somente para as mulheres, para o cargo de agente penitenciário numa prisão feminina etc.). Essas restrições, frise-se, deverão estar estabelecidas em lei, e não somente no edital do concurso, pois o edital de concurso, ato administrativo infralegal, não dispõe de competência para impor restrições a direito previsto na Constituição.

Finalmente, um relevante entendimento do STF: o princípio da isonomia não autoriza a extensão de vantagem pelo Poder Judiciário à categoria não contemplada pelo legislador. Assim, se a lei concede vantagem à categoria "A" de servidores públicos e não a concede à categoria "B", não pode o Poder Judiciário estender tal vantagem aos servidores da categoria "B", ainda que eles estejam sob condição de isonomia em relação aos servidores da categoria "A". Segundo o STF, a determinação dessa medida pelo Poder Judiciário implicaria ofensa ao princípio da separação dos Poderes, que impede o Poder Judiciário de legislar positivamente, criando benefício não pretendido pelo legislador.

Observe que, a partir dessa orientação do STF, no tocante à vantagem, o princípio da isonomia passou a ter, no Brasil, feição meramente negativa, isto é, pode-se conseguir, com fundamento na isonomia, suprimir vantagem de outrem (feição negativa) – mas nunca estendê-la a terceiro (feição positiva).

3) PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (x) RESERVA LEGAL

Num Estado democrático de direito, todos se submetem à observância da lei, isto é, tanto a atuação dos particulares quanto dos agentes estatais deverão seguir as prescrições da lei. É no tocante à necessidade de observância da lei no Estado brasileiro que merecem destaque os princípios da legalidade e da reserva legal.

O princípio da legalidade determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II). O vocábulo "lei", no tocante ao princípio da legalidade, deve ser entendido no sentido **amplo**, alcançando não só a lei em sentido estrito (lei formal, aprovada pelos Poderes Legislativo e Executivo), mas também outras normas jurídicas previstas no nosso ordenamento (leis em geral,

decretos legislativos, resoluções, decretos do Chefe do Executivo, portarias, instruções normativas etc.). Em verdade, a prescrição do princípio da legalidade é a seguinte: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de norma jurídica, legitimamente editada no Estado brasileiro.

O princípio da reserva legal tem sentido **estrito**, significando afirmar que determinada matéria só pode ser disciplinada por lei em sentido formal (aprovada pelos Poderes Legislativo e Executivo) ou por ato normativo que tenha força de lei (como a medida provisória, por exemplo). Desse modo, temos o princípio da reserva legal quando a Constituição Federal determina que determinada matéria só possa ser disciplinada por lei em lei estrito (lei ordinária, lei complementar, lei delegada ou medida provisória). Um bom exemplo para ilustrar o princípio da reserva legal é o art. 5º, XII, da Constituição Federal, que estabelece a possibilidade de violação das comunicações telefônicas “nas hipóteses e na forma que a **lei** estabelecer”. Note-se que, neste caso, não é qualquer norma jurídica que poderá estabelecer as hipóteses e a forma em que a inviolabilidade das comunicações telefônicas poderá ser afastada. Atos normativos infralegais – decreto, regulamentos etc. – não poderão tratar dessa matéria, por força da reserva legal.

Resumindo: o princípio da legalidade tem alcance mais amplo, porém menor densidade (pode ser satisfeito por normas jurídicas em geral); o princípio da reserva legal tem alcance restrito, porém maior densidade (só pode ser satisfeito por lei formal ou atos normativos com força de lei).

4) INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, DA VIDA PRIVADA, DA HONRA E DA IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, X)

Estabelece o texto constitucional que 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 (art. 5º, X).

A respeito desse dispositivo, relevantes as seguintes orientações jurisprudenciais:

a) protege tanto as pessoas naturais como as pessoas jurídicas (exemplo: uma pessoa jurídica poderá ter a sua imagem violada, fazendo jus à indenização);

b) não se exige, para o fim de indenização por dano moral, a comprovação de efetivo prejuízo à vítima (exemplo: a simples utilização indevida da imagem da pessoa faz nascer o direito à indenização, ainda que desse uso não advenha efetivo prejuízo à reputação da vítima);

c) a dor, o sofrimento, o constrangimento e o desconforto também são indenizáveis a título de dano moral (exemplo: o STF reconheceu o direito à indenização por dano moral à mãe cujo filho foi assassinado nas dependências da prisão, em face da dor sofrida pela perda desse ente querido; segundo o STF, o atraso injustificado de vôo e o extravio de bagagem em viagens também são indenizáveis a título de dano moral, visto que essas circunstâncias também trazem desconforto e constrangimento à vítima);

d) em homenagem à dignidade humana, bem assim à inviolabilidade da intimidade, o indivíduo não está obrigado a se sujeitar ao exame de DNA, como meio de comprovação da paternidade.

5) INVIOLABILIDADE DOMICILIAR (ART. 5º, XI)

Estabelece a Constituição Federal que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (art. 5º, XI).

A respeito, temos as seguintes orientações do STF:

a) o vocábulo “casa” alcança não só a residência do indivíduo como também recintos de ordem profissional, tais como o consultório do médico, o escritório do advogado, as dependências da empresa etc.;

b) a penetração sem consentimento do morador só poderá ocorrer nos casos de flagrante delito (prática atual de um crime), desastre (enchente ou incêndio, por exemplo), para prestar socorro (no caso de um acidente com o morador no interior da casa, por exemplo) ou por ordem judicial (determinação de um juiz para a execução de um mandado de busca e apreensão, por exemplo);

c) no caso de flagrante delito, desastre ou para prestar socorro, a penetração poderá ser a qualquer hora do dia ou da noite; por ordem judicial somente se permite a penetração durante o dia;

d) por força desse dispositivo, não temos mais a possibilidade de determinação de busca e apreensão administrativa (uma autoridade fiscal ou policial não poderá, sem o consentimento do morador e sem autorização judicial, ingressar forçosamente na “casa” para a apreensão de documentos; um Auditor-Fiscal, por exemplo, diante de resistência do empresário, não poderá adentrar forçosamente nas dependências de determinada empresa, sem ordem judicial, ainda que tenha conhecimento da prática de graves ilícitos fiscais no interior de suas dependências).

6) INVIOABILIDADE DAS CORRESPONDÊNCIAS E COMUNICAÇÕES (ART. 5º, XII)

Reza o texto constitucional que é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII).

Sobre esse dispositivo, temos o seguinte:

a) embora a expressa autorização constitucional seja, apenas, para as comunicações telefônicas, não se pode afirmar que as demais inviolabilidades são absolutas, visto que não há direitos e garantias fundamentais de caráter absoluto (assim, tais inviolabilidades não podem ser invocadas para acobertar práticas ilícitas, como a prática de um crime; nessas situações, poderá o magistrado autorizar a violação da correspondência, por exemplo, sem ofensa ao texto constitucional); ademais, vimos que o próprio texto constitucional autoriza restrições a essas garantias constitucionais nos casos de estado de defesa e estado de sítio (artigos 136 e 139, respectivamente);

b) mesmo no caso das comunicações telefônicas, a sua violação deverá obedecer aos seguintes requisitos: (i) autorização judicial; (ii) nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer; (iii) somente no âmbito penal, para o fim de instrução processual penal ou investigação criminal;

c) somente os membros do Poder Judiciário poderão autorizar a interceptação telefônica; não há possibilidade dessa autorização por meio de ato de autoridade policial, de membro do Ministério Público, tampouco de comissão parlamentar de inquérito (CPI);

c) ademais, mesmo um membro do Poder Judiciário não poderá autorizar a interceptação telefônica no âmbito de um processo administrativo ou de um processo judicial de natureza cível (ação popular, ação de improbidade administrativa, ação de indenização por dano moral etc.); caso o magistrado o faça, estará desrespeitando a Constituição Federal, visto que esta só permite a interceptação no âmbito penal, para o fim de investigação criminal ou instrução processual penal;

d) a Lei nº 9.296, de 1996, que regulamenta esse dispositivo constitucional, estabeleceu, também, a possibilidade de violação para as comunicações realizadas por meio do emprego da telemática (combinação de telecomunicações com informática, tais como e-mail, fax, telex etc.); assim, a interceptação das comunicações realizadas por esses meios segue as mesmas regras constitucionais previstas para a interceptação das comunicações telefônicas.

7) LIBERDADE PROFISSIONAL (ART. 5º, XIII)

Reza o texto constitucional que é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (art. 5º, XIII).

Cuida-se de norma de eficácia contida, isto é, que é dotada de aplicabilidade imediata desde a promulgação da Constituição, mas que está sujeita à imposição de restrições pelo legislador.

Assim, enquanto não estabelecidas em lei as qualificações profissionais para o exercício de determinada profissão, o seu exercício será amplo; a partir do estabelecimento por lei das qualificações profissionais somente poderão exercer tal profissão aqueles que as cumprirem.

8) DIREITO DE REUNIÃO (ART. 5º, XVI)

Estabelece a Constituição Federal que todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente (art. 5º, XVI).

O direito de reunião não exige autorização da autoridade competente, mas, tão-somente, prévio aviso a essa autoridade; esse aviso prévio, na verdade, tem por fim dar conhecimento à autoridade competente sobre a realização da reunião, para que possa a autoridade adotar as medidas necessárias para a regular realização da reunião (adotar medidas de segurança, por exemplo).

Ademais, a reunião deverá: (i) ser pacífica e sem armas (ofende a Constituição Federal, por exemplo, a realização de uma reunião de servidores policiais portando armas de fogo); (ii) ocorrer em local público; (iii) não frustrar outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local.

9) DIREITO DE ASSOCIAÇÃO (ART. 5º, XVII AO XXI)

São vários os incisos do art. 5º da Constituição Federal que versam sobre o direito de associação, a partir do inciso XVII, que estabelece que é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar.

No intuito de assegurar a autonomia de funcionamento das associações, determina a Constituição que a sua criação independe de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento (art. 5º, XVIII).

Ainda no intento de preservar o regular funcionamento das associações, estabelece a Constituição Federal que elas só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por

decisão do Poder Judiciário. No caso de suspensão, não se exige o trânsito em julgado da decisão judicial. A dissolução compulsória, porém, somente poderá ser determinada por decisão judicial transitada em julgado (art. 5º, XIX).

Por força desses dispositivos, temos que o Poder Executivo não poderá interferir no funcionamento das associações, tampouco determinar a sua dissolução compulsória, ou a suspensão de suas atividades. Essa competência foi reservada ao Poder Judiciário, exigindo-se, no caso da dissolução, decisão transitada em julgado.

Criada a associação, ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado (art. 5º, XX).

No tocante à defesa dos direitos dos associados, estabelece a Constituição Federal que as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente (art. 5º, XXI). Note-se que, nesse dispositivo, a CF/88 exige que a associação obtenha autorização expressa dos seus associados para representá-los, em juízo ou fora dele.

Por outro lado, ao criar o mandado de segurança coletivo, a CF/88 permite que uma associação legalmente constituída e em pleno funcionamento há pelo menos um ano impetre essa ação para a defesa dos interesses de seus associados (art. 5º, LXX). Nesse inciso LXX, ao contrário do inciso XXI, não há menção à necessidade de autorização expressa dos respectivos associados.

Em face dessa distinção de tratamento, o STF firmou o seguinte entendimento: (a) o inciso XXI contempla hipótese de **representação** processual, sendo exigida a autorização expressa dos associados; (b) o inciso LXX contempla hipótese de **substituição** processual, sendo dispensada a autorização expressa dos associados.

Portanto, na defesa de um direito "X" em prol dos associados, a associação terá dois caminhos pela frente:

(a) caso esse direito "X" seja pleiteado na via do mandado de segurança coletivo, estará ela atuando como substituta processual, sendo dispensada a autorização expressa dos associados, bastando, para tal, a autorização genérica constante dos atos constitutivos da entidade associativa;

(b) caso o mesmo direito "X" seja pleiteado por outras vias (por meio de outras ações judiciais, ou administrativamente), estará ela atuando como representante processual, sendo necessária a autorização expressa e específica dos associados, não sendo suficiente a autorização expressa constante dos atos constitutivos da entidade associativa.

Você poderá estar pensando que, então, a associação optará, sempre, pela defesa dos interesses dos associados na via do mandado de segurança coletivo, em razão da desnecessidade de autorização expressa destes. Certo? Não, não é bem assim, pois não é qualquer direito que poderá ser pleiteado por meio do mandado de segurança coletivo (somente direito líquido e certo) e essa ação possui pressupostos que nem sempre terão como ser cumpridos pela associação (prazo decadencial exíguo, de apenas 120 dias, para a impetração; exigência de provas documentais pré-constituídas etc.).

INCISO XXI DO ART. 5º	INCISO LXX DO ART. 5º
Representação judicial	Substituição processual
Necessidade de autorização expressa dos associados	Desnecessidade de autorização expressa dos associados
Defesa do direito em outras ações judiciais (que não sejam o mandado de segurança coletivo) ou administrativas	Defesa do direito por meio da impetração de mandado de segurança coletivo

10) DIREITO DE PROPRIEDADE (ART. 5º, XXII)

Estabelece o texto constitucional que é garantido o direito de propriedade (art. 5º, XXII).

Esse direito, na vigência da CF/88, ganhou feição eminentemente social, visto que a propriedade somente será legítima se estiver atendendo a sua função social (art. 5º, XXIII).

Diante de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, a CF/88 autoriza a desapropriação, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos no texto constitucional (no caso de desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, não haverá indenização em dinheiro, mas sim prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, resgatáveis no prazo de até 20 anos, a partir do segundo ano de sua emissão, nos termos do art. 184 da CF/88).

A CF/88 admite, ainda, a expropriação, sem nenhuma espécie de indenização, das glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas (CF, art. 243).

11) REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA (ART. 5º, XXV)

O inciso XXV do art. 5º versa sobre o instituto denominado “requisição administrativa”, ao determinar que no caso de iminente perigo público,

a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano.

Exemplo típico de direito fundamental destinado ao Estado, outorga ao Poder Público o poder de, em caso de iminente perigo público, utilizar-se de propriedade privada compulsória e gratuitamente, visto que só haverá indenização ulterior se constatado dano pela utilização.

12) REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS ADMINISTRATIVOS (ART. 5º, XXXIV)

Estabelece o inciso XXXIV do art. 5º que são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: (a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; (b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

Temos, aqui, os chamados “remédios constitucionais administrativos”, a saber: direito de petição aos Poderes Públicos e direito de certidão.

São duas as principais características desses remédios administrativos: (a) são gratuitos; (b) dispensam a assistência de advogado (não se exige assistência de advogado no meio administrativo, o próprio interessado poderá peticionar ou requerer certidão perante os Poderes Públicos).

13) INAFASTABILIDADE DE JURISDIÇÃO (ART. 5º, XXXV)

Determina o inciso XXXV do art. 5º que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, princípio denominado “inafastabilidade de jurisdição”, ou “inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário”.

A respeito desse princípio, destaco os seguintes pontos:

(a) o legislador, tampouco os particulares na celebração de negócios, não poderá afastar controvérsia do conhecimento do Poder Judiciário (por exemplo: não goza de validade jurídica uma cláusula contratual em que os sujeitos ajustem que todas as controvérsias eventualmente havidas serão resolvidas entre eles, sem a intervenção do Poder Judiciário);

(b) entre nós, por força desse princípio, não se exige o esgotamento da via administrativa, para só depois se recorrer ao Poder Judiciário, vale dizer, o processo administrativo é meramente facultativo, nada impede que o indivíduo, diante de ofensa a direito, recorra diretamente ao Poder Judiciário, sem passar pela via administrativa; essa regra, porém, não é absoluta, pois há casos em que se exige o esgotamento da via administrativa, a saber: (i) ajuizamento de *habeas data* (art. 5º, LXXII); (ii) ajuizamento de ações relativas à disciplina e competições desportivas (art. 217, § 1º).

(c) embora não se possa suprimir o acesso ao Poder Judiciário, é possível a imposição, por lei, de restrições à concessão pelo Poder Judiciário de medidas liminares/cautelares, desde que haja razoabilidade para tais limitações (exemplo: a lei veda a concessão de medidas liminares para determinar a equiparação, a reclassificação e o pagamento de remuneração e vantagens a servidores públicos);

(d) embora a regra seja a inafastabilidade, não é qualquer controvérsia no Brasil que poderá ser discutida perante o Poder Judiciário; há certas matérias que fogem à apreciação do Poder Judiciário, vale dizer, que não se sujeitam à apreciação do Poder Judiciário, tais como: atos *interna corporis* das Casas Legislativas; condenação imposta pelo Senado Federal no processo de *impeachment*; o mérito do ato administrativo etc.

14) PROTEÇÃO AO DIREITO ADQUIRIDO, AO ATO JURÍDICO PERFEITO E À COISA JULGADA (ART. 5º, XXXVI)

Prescreve o inciso XXXVI do art. 5º que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Essa proteção constitucional homenageia o princípio da segurança jurídica, segundo o qual a lei nova não poderá retroagir para prejudicar situações jurídicas já consolidadas na vigência de leis pretéritas.

Para avaliarmos a aplicação desses institutos, vamos trabalhar com a seguinte situação hipotética: a lei "A" exigia 20 anos de contribuição para o gozo da aposentadoria com proventos integrais; num momento seguinte, foi publicada a lei "B", que passou a exigir 30 anos de contribuição para o gozo dessa mesma aposentadoria.

Nessa hipótese, teremos o seguinte:

a) coisa julgada: os indivíduos que foram contemplados com uma decisão judicial transitada em julgado, reconhecendo o seu direito à aposentadoria com base na lei "A", não poderão ser atingidos pela lei "B", isto é, a lei "B" não poderá atingir essa coisa julgada;

b) direito adquirido: os indivíduos que, na data da publicação da lei "B", já tiverem cumprido os 20 anos de contribuição, nos termos da lei "A", não poderão ser atingidos pela lei "B", isto é, com o aumento do tempo de contribuição, de 20 para 30 anos, pois estarão eles protegidos pelo manto do direito adquirido, mesmo que ainda não tenham dado entrada no pedido de aposentadoria;

c) ato jurídico perfeito: o ato jurídico perfeito é um *plus* em relação ao direito adquirido, isto é, na publicação da lei "B" estarão protegidos pelo manto do ato jurídico perfeito os indivíduos que, além de terem cumprido com os 20 anos de contribuição, já deram entrada no pedido e foram efetivamente contemplados com o ato de aposentação.

Importante destacar que a chamada “expectativa de direito” não recebeu nenhuma proteção na CF/88, isto é, aquele indivíduo que na data da publicação da lei “B” tiver cumprido com 19 anos e 11 meses de contribuição não estará constitucionalmente protegido, poderá ser atingido pela lei “B”, ficando sujeito ao aumento da exigência do tempo de contribuição, de 20 para 30 anos.

A respeito dessa proteção, destaco as seguintes orientações do STF:

a) por se tratar de proteção do indivíduo frente ao Estado, nada impede que a lei seja retroativa no Brasil, desde que concedendo tratamento favorável ao indivíduo;

b) por se tratar de proteção outorgada ao indivíduo, essa garantia da irretroatividade da lei não pode ser invocada pela entidade estatal que a tenha editado (STF, Súmula 654);

c) essa garantia é invocável tanto frente à lei de ordem privada, quanto frente à lei de ordem pública (ao contrário de outros ordenamentos constitucionais, no Brasil a lei de ordem pública não pode desrespeitar direito adquirido e ato jurídico perfeito);

d) não há direito adquirido frente à: (i) uma nova Constituição (texto originário); (ii) mudança de padrão monetário (mudança de moeda); (iii) mudança do regime jurídico estatutário dos servidores públicos;

Esse aspecto é muito cobrado em concurso, é importante entendê-lo bem. Significa dizer que o servidor público, ao investir no cargo público, no momento da posse, não adquire direito às vantagens então existentes, isto é, não adquire o direito de levá-las até a aposentadoria. Essas vantagens poderão, posteriormente, ser afastadas pelo Poder Público, não se podendo falar em ofensa a direito adquirido. Vou citar o meu próprio exemplo: quando ingressei no serviço público, em 1994, a Lei nº 8.112/90 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Federais) estava intacta, com todos os seus dispositivos originários. Naquele momento, então, havia licença prêmio (três meses de licença remunerada a cada 5 anos de serviço), adicional de tempo de serviço (a cada ano incorporava-se o valor correspondente a 1% do vencimento), incorporação de gratificações pelo desempenho de cargo ou função de confiança (a cada ano incorporava-se um quinto do valor da gratificação: o servidor que recebia uma gratificação pelo desempenho de função no valor de R\$ 5.000,00 incorporava R\$ 1.000,00 a cada ano, incorporando todo o valor após 5 anos) entre outros direitos. Pois bem, com o passar do tempo, todos esses direitos foram suprimidos e eu não pude alegar direito adquirido em relação a eles, por força desse entendimento do STF, de que não se adquire direito a um dado regime jurídico, de que não há direito adquirido frente à mudança de regime jurídico estatutário.

No tocante à emenda constitucional, o STF não possui posição unificada na vigência da atual Constituição Federal de 1988, isto é, o Tribunal ainda não firmou posição se uma emenda constitucional pode, ou não, desrespeitar direito adquirido.

15) JUÍZO NATURAL (ART. 5º, XXXVII E LIII)

A combinação do inciso XXXVII do art. 5º da CF/88 (não haverá juízo ou tribunal de exceção) com o inciso LIII do mesmo artigo (ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente) perfaz o chamado princípio do juízo natural.

Numa primeira vertente (inciso XXXVII), impede a criação de tribunal ou juízo de exceção, para a realização de julgamento casuístico (exemplo: seria flagrantemente inconstitucional a criação, às pressas, de um tribunal especial para o julgamento de crime de terrorismo recentemente ocorrido no Brasil).

Na sua segunda frente (inciso LIII), estabelece que é nula a decisão firmada por um juiz ou tribunal legítimo, porém fora de sua competência (exemplo: seria nulo o julgamento realizado pela Justiça Estadual se a competência para apreciar a matéria pertence à Justiça Federal).

Enfim: desrespeita o princípio do juízo natural não só a criação de juízo ou tribunal de exceção, mas também a atuação fora das regras de competência.

16) TRIBUNAL DO JÚRI (ART. 5º, XXXVIII)

Reconhece a Constituição a criação do júri popular, com a organização que lhe der a lei, assegurados: (a) a plenitude de defesa; (b) o sigilo das votações; (c) a soberania dos veredictos; (d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

A respeito da competência do tribunal do júri, destaco o seguinte:

a) a soberania dos veredictos, assegurada constitucionalmente, não impede a interposição de recursos contra as decisões do tribunal do júri perante os tribunais do Poder Judiciário;

b) embora não haja consenso a respeito, tem-se posicionado a doutrina dominante no sentido de ser inconstitucional o alargamento da competência do tribunal do júri, com a outorga de competência para o júri julgar outros crimes além dos dolosos contra a vida (seria inconstitucional, por exemplo, outorgar competência ao júri para o julgamento de todos os crimes definidos em lei como hediondos, por exemplo);

c) nem todo crime doloso contra a vida praticado no Brasil é julgado pelo tribunal do júri, pois a competência do foro especial prevista na Constituição Federal prevalece sobre a competência do tribunal do júri

(se um prefeito pratica um crime doloso contra a vida, não será ele julgado pelo tribunal do júri, mas sim perante o Tribunal de Justiça, por força do foro especial que lhe foi outorgado pela Constituição Federal, no art. 29, X);

Nesse ponto, um detalhe importantíssimo. Está dito no parágrafo anterior que a competência do foro especial prevista na Constituição Federal prevalece sobre a competência do tribunal do júri. Mas, segundo o STF, a competência do júri só é afastada pelas hipóteses de foro especial previstas na **Constituição Federal**, isto é, se o foro é fixado na Constituição do Estado, não prevalecerá ele sobre a competência do júri popular. Um bom exemplo: deputado estadual não possui foro especial definido na Constituição Federal; a Constituição do Estado poderá outorgar-lhe foro especial; porém, caso ele pratique um crime doloso contra a vida, será julgado pelo tribunal do júri, pois o foro previsto na Constituição do Estado não afasta a competência do júri.

17) CRIME DE RACISMO (ART. 5º, XLII)

Prescreve a Constituição Federal que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

Segundo orientação firmada pelo STF, a expressão racismo empregada na Constituição Federal não alcança somente as discriminações raciais propriamente ditas (raça branca, negra etc.), mas também outras espécies de discriminações (a discriminação em relação ao judaísmo foi considerada crime de racismo).

18) PENAS (ART. 5º, XLV E SEQUINTE)

Estabelece a CF/88 que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (a) privação ou restrição da liberdade; (b) perda de bens; (c) multa; (d) prestação social alternativa; (e) suspensão ou interdição de direitos.

Note-se que a enumeração constitucional das penas não é exaustiva, limitativa (a lei adotará, **entre outras**, diz o texto constitucional), podendo ser adotadas outras não expressamente enunciadas pelo texto constitucional. Porém, não haverá penas: (a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; (b) de caráter perpétuo; (c) de trabalhos forçados; (d) de banimento; (e) cruéis.

Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

A pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

Às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado (haja vista que ninguém é obrigado a incriminar a si próprio). Logo, é absolutamente nulo o interrogatório realizado sem a advertência ao preso quanto ao seu direito de permanecer calado.

É assegurada ao preso, ainda, a assistência da família e de advogado.

19) AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO (ART. 5º, LV)

Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV).

Esse princípio:

a) protege o indivíduo tanto no âmbito do processo judicial, quanto nos processos administrativos;

b) não protege apenas o indivíduo que está na condição de acusado, mas sim qualquer indivíduo que estiver numa lide judicial ou administrativa;

c) não assegura ao indivíduo o duplo grau de jurisdição, isto é, o direito de reexame de decisão, administrativa ou judicial, que lhe seja desfavorável (nada impede, portanto, que no Brasil sejam estabelecidos processos com instância única);

d) não impede a exigência de garantia para a interposição de recurso no âmbito do processo administrativo;

e) no âmbito do processo penal, é de observância obrigatória apenas na fase judicial (não é de observância obrigatória na fase do inquérito policial);

f) não impede a fixação de prazos para apresentação de provas e recursos no âmbito dos processos administrativos.

20) VEDAÇÃO ÀS PROVAS ILÍCITAS (ART. 5º, LVI)

No Brasil, são inadmissíveis no processo, administrativo ou judicial, as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI).

A respeito dessa vedação, temos que:

a) a mera presença de provas ilícitas nos autos não invalida, necessariamente, o processo (detectada a presença de provas ilícitas nos autos, faz-se o desentranhamento – separação – das provas, podendo o processo ter a sua regular continuidade com base nas provas lícitas, se houver);

- b) a prova ilícita contamina todas as demais provas levantadas a partir dela – teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*);
- c) é ilícita a prova obtida mediante gravação não autorizada judicialmente de conversa informal entre o preso e policiais;
- d) é lícita a prova obtida mediante a gravação da conversa por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, desde que em legítima defesa (“A” está sendo vítima de investida criminosa por parte de “B”; “A” grava a conversa, sem o conhecimento de “B” e a prova será lícita);
- e) é lícita a prova obtida mediante gravação de conversa por terceiro, com o consentimento de um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro (“A” está sendo vítima de investida criminosa por parte de “B”; “A” pede para “C” gravar a conversa, sem o conhecimento de “B”, para utilizar em sua legítima defesa).

21) PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII)

A Constituição prescreve o princípio da presunção da inocência ao estabelecer que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Esse princípio:

- (a) impede o lançamento do nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, isto é, o indivíduo não poderá ser registrado criminalmente antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória;
- (b) não impede a prisão do indivíduo antes do trânsito em julgado (prisão preventiva, temporária etc.);
- (c) tem aplicação restrita ao âmbito penal.

22) PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA (ART. 5º, LXVII)

Estabelece a CF/88 que não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Note-se que no tocante ao inadimplemento de obrigação alimentícia a prisão só será lícita se tal inadimplemento for voluntário e inescusável, isto é, se há justo motivo para o não-pagamento não há que se falar em prisão como meio coercitivo (exemplo: se a única fonte de renda do devedor é seu emprego, e ele vem a ser demitido, gerando, em consequência, um atraso no pagamento da obrigação alimentícia, não há que se falar em prisão; permanecerá a dívida, mas a prisão não poderá ser utilizada como meio coercitivo para o pagamento).

A respeito da figura do depositário infiel, o STF firmou entendimento de que é legítima a prisão nos casos de: (a) contrato de alienação fiduciária

em garantia; (b) contrato de penhor mercantil e agrícola; (c) depositário de bem imóvel.

23) ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA (ART. 5º, LXXIV)

Determina a Constituição Federal que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Essa assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos será prestada, em todos os graus, pela Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado.

Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados (CF, art. 134, parágrafo único). Porém, mesmo antes da criação da Defensoria Pública, os entes federados estão obrigados à prestação de tal assistência, haja vista que o art. 5º, LXXIV, da Lei Maior é norma constitucional de eficácia plena, de aplicabilidade imediata.

Essa assistência jurídica gratuita e integral alcança tanto as pessoas naturais, quanto as pessoas jurídicas, e contempla não só os honorários de advogado, como também os honorários de perito (custos com exame de DNA, por exemplo).

O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença (art. 5º, LXXV).

24) CELERIDADE PROCESSUAL (ART. 5º, LXXVIII)

Dispõe a Constituição Federal que

“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, LXXVIII, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004).

Esse princípio, que visa assegurar a todos os litigantes, perante o Poder Judiciário, ou frente à Administração Pública, a celeridade na tramitação dos processos, veio complementar e dotar de maior eficácia outras garantias já previstas na Constituição Federal, tais como: o direito de petição aos Poderes Públicos (art. 5º, XXXIV); a inafastabilidade de jurisdição (art. 5º, XXXV); o contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV) e o devido processo legal (art. 5º, LIV).

Em verdade, a introdução dessa nova garantia constitucional pouco trará de benefício imediato aos administrados, haja vista a carência de servidores para o atendimento ao público. Para se ter uma idéia, o trâmite de um processo administrativo tributário no âmbito federal, do

órgão julgador de primeiro grau ao órgão de segundo grau leva, em média, oito anos.

Note-se que a inclusão dessa nova garantia individual ao art. 5º da Constituição Federal por meio de emenda constitucional é um ótimo exemplo de alargamento dos “direitos e garantias individuais” sem ofensa à cláusula pétrea.

Com efeito, estudamos em aula pretérita que os “direitos e garantias individuais” foram gravados como cláusula pétrea pela vigente Constituição Federal de 1988 (CF, art. 60, § 4º, IV). Significa dizer que emenda constitucional que tenda à abolição dos direitos e garantias individuais será inconstitucional. Porém, só haverá ofensa à cláusula pétrea se a emenda constitucional for “tendente a abolir” tais garantias. No caso, a Emenda Constitucional nº 45/2004 introduziu nova garantia individual (art. 5º, LXXVIII), razão pela qual não há que se falar em sua inconstitucionalidade.

25) REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

Iniciaremos, agora, o estudo dos denominados “remédios constitucionais”.

Essa expressão “remédios constitucionais” é utilizada para designar certas ações voltadas para a garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. A idéia é a seguinte: para cada direito fundamental consagrado no texto constitucional, o legislador constituinte estabelece uma ação de garantia, para que o indivíduo possa dela se valer no caso de desrespeito ao seu direito. Exemplo: a CF/88 assegura ao indivíduo o **direito** de locomoção, no art. 5º, inciso XV; paralelamente, estabelece uma ação de **garantia** desse direito, que é o *habeas corpus*, previsto no art. 5º, inciso LXVIII. Os remédios, portanto, nada mais são do que ações de garantia outorgadas ao indivíduo, para que ele possa delas se valer diante de ofensa, de desrespeito a direito.

Na atual Constituição Federal, temos remédios de natureza administrativa e judicial.

Os remédios de natureza administrativa são (i) o direito de petição aos poderes públicos e (ii) o direito de certidão, ambos previstos no inciso XXXIV do art. 5º da Lei Maior (esses remédios já foram objeto de comentários em item precedente).

Os remédios de natureza judicial são o *habeas corpus*, o *habeas data*, a ação popular, o mandado de injunção e o mandado de segurança, que serão a seguir examinados.

25.1) *HABEAS CORPUS* (ART. 5º, LXVIII)

Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

O *habeas corpus* é o remédio constitucional de proteção do direito de locomoção, isto é, do direito de ir, vir e permanecer. A ação poderá ser preventiva (diante de ameaça, para evitar a iminente ilegalidade ou abuso) ou repressiva (para reprimir a ilegalidade ou abuso).

A legitimação em *habeas corpus* é universal: qualquer pessoa, independentemente de capacidade civil ou política, poderá ajuizar *habeas corpus* (o menor de idade, um relativamente incapaz, um inalistável etc.). Ademais, a ação é gratuita e não exige advogado para sua impetração.

No âmbito dos tribunais do Poder Judiciário, em proteção ao direito de locomoção, se houver empate na votação, decide-se favoravelmente ao réu.

Segundo orientação do STF, é cabível *habeas corpus* contra determinação de quebra do sigilo bancário, desde que essa medida tenha sido determinada no âmbito de processo no qual o indivíduo possa, em tese, ser condenado à pena restritiva de liberdade. Assim, se o indivíduo está respondendo a processo criminal no qual ele possa, em tese, vir a ser condenado à pena restritiva de liberdade, e se nesse processo vem a ser determinada a quebra do seu sigilo bancário, será cabível *habeas corpus* contra essa medida, haja vista que ela representa uma ofensa indireta ao direito de locomoção (pois as provas levantadas a partir da quebra do sigilo bancário poderão ser decisivas na sua condenação à pena restritiva de liberdade). Esse mesmo raciocínio permite o ajuizamento do *habeas corpus*, também, para: (a) reprimir a determinação de quebra dos sigilos fiscal e telefônico, quando representarem uma ofensa indireta ao direito de locomoção; (b) pleitear a retirada de provas ilícitas dos autos de processo, quando estas representarem uma ofensa indireta ao direito de locomoção.

Mas que fique claro: nessas situações – quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico e retirada de provas ilícitas dos autos – só será cabível *habeas corpus* se essas medidas ocorrerem no curso de processo em que o indivíduo possa vir a ser condenado à pena restritiva de liberdade (ofensa indireta ao direito de locomoção). Se o indivíduo estiver no curso de processo administrativo, ou de natureza cível, nos quais não há possibilidade de imposição de pena restritiva de liberdade, não será cabível *habeas corpus* em tais situações. Exemplo: se o servidor público está respondendo a processo administrativo disciplinar e há, nos autos, provas ilícitas, não será cabível *habeas corpus* para retirá-las do processo, pois neste caso, no âmbito do processo administrativo

disciplina, não há possibilidade de o indivíduo vir a ser condenado à pena restritiva de liberdade (nessa hipótese, se for o caso, poderá ser utilizado o mandado de segurança).

Nessa mesma linha, o indivíduo convocado para depor como testemunha perante comissão parlamentar de inquérito (CPI) poderá impetrar *habeas corpus* para afastar a convocação, se entendê-la arbitrária, pois a mera convocação implica ofensa indireta ao direito de locomoção, uma vez que, se o indivíduo não comparecer voluntariamente, poderá ser conduzido coercitivamente pela CPI (a mera convocação representa, assim, uma ofensa indireta ao direito de locomoção).

Reza o texto constitucional que não caberá *habeas corpus* contra punições disciplinares militares (CF, art. 142, § 2º). A razão dessa vedação é que, como se sabe, o meio militar segue regras próprias de conduta, de disciplina, bem mais rígidas do que as que imperam no âmbito civil, e, portanto, não faria sentido o magistrado, estranho às peculiaridades das corporações militares, substituir o juízo de conveniência da autoridade militar na imposição de uma punição disciplinar. Entretanto, segundo o STF essa vedação aplica-se, tão-somente, no tocante ao **mérito** da punição disciplinar, isto é, não será cabível *habeas corpus* para discutir o mérito dessa medida. Nada impede, pois, a impetração de *habeas corpus* para discutir aspectos formais da medida punitiva (incompetência da autoridade militar, descumprimento dos procedimentos estabelecidos no regulamento militar etc.),

25.2) MANDADO DE INJUNÇÃO (ART. 5º, LXXI)

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

O mandado de injunção é remédio constitucional para reprimir a inconstitucionalidade por omissão, que ocorre quando a falta de norma regulamentadora esteja impedindo o exercício de direito previsto na Constituição Federal, em norma de eficácia limitada (não auto-aplicável).

A ação poderá ser ajuizada por pessoa natural ou jurídica, e será sempre em face da omissão de entes públicos, visto que não há hipótese de entidade privada regulamentar direito previsto na Constituição Federal.

Embora não haja autorização expressa no texto da Constituição, o STF firmou entendimento de que poderá ser ajuizado, também, o mandado

de injunção coletivo, pelas mesmas entidades legitimadas em mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX).

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não caberá mandado de injunção:

a) se já existe norma regulamentadora do direito previsto na Constituição, ainda que defeituosa (mandado de injunção é remédio para reparar a falta de norma regulamentadora de direito previsto na Constituição; se já existe a norma regulamentadora, ainda que flagrantemente inconstitucional, não será mais cabível mandado de injunção; nesse caso, a validade da norma poderá ser discutida em outras ações, mas não mais na via do mandado de injunção);

b) diante da falta de regulamentação dos efeitos de medida provisória não convertida em lei pelo Congresso Nacional (mandado de injunção é remédio para reparar a falta de norma regulamentadora de direito previsto na Constituição Federal, e não de direito previsto em medida provisória);

c) diante da falta de norma regulamentadora de direito previsto em lei (mandado de injunção é remédio para reparar falta de norma regulamentadora de direito previsto na Constituição Federal, e não de direito previsto em lei);

d) se a Constituição Federal outorga uma mera faculdade ao legislador para regulamentar direito previsto na Constituição Federal (se o texto constitucional estabelece uma mera faculdade ao legislador para editar ou não a norma regulamentadora, cabe a ele decidir sobre o momento oportuno de regulamentar o direito, não se podendo falar em mandado de injunção diante de sua inércia).

No mandado de injunção, em respeito ao princípio da separação de poderes, não poderá o Poder Judiciário legislar positivamente, editar a norma faltante, substituir o legislador, suprir a lacuna. Em caso de deferimento do mandado de injunção, o Poder Judiciário apenas reconhecerá a inconstitucionalidade da mora e comunicará sua decisão ao órgão competente, requerendo a edição da norma regulamentadora faltante.

O mandado de injunção é ação não gratuita e exige a assistência de advogado para a sua impetração.

25.3) *HABEAS DATA* (ART. 5º, LXXII)

Conceder-se-á *habeas data*: (a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; (b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

O *habeas data* é remédio constitucional para que o impetrante tenha (i) conhecimento, (ii) retifique ou (iii) complemente informações de sua pessoa constantes de registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público.

Note-se que essa terceira função – complementação das informações – não está prevista no texto da Constituição, mas a Lei nº 9.507/1997, que regulamenta esse remédio, a estabeleceu. Nesse caso, o indivíduo tem conhecimento da informação, a informação é verdadeira, mas está incompleta, e ele pretende completá-la (exemplo: consta a informação da existência de uma dívida do impetrante, mas não há referência ao fato de que tal dívida, em verdade, está sendo discutida judicialmente; poderá, então, ser impetrado o *habeas data* para acrescentar essa informação).

A ação poderá ser ajuizada por pessoas naturais e jurídicas, frente a entidades públicas ou privadas, desde que possuidoras de registros ou banco de dados de caráter público. Assim, o que determina o cabimento de *habeas data* não é a natureza pública ou privada da entidade, mas sim o caráter público das informações de que a entidade é detentora (o Serviço de Proteção ao Crédito – SPC, por exemplo, é entidade de natureza privada, mas seus registros são de caráter público, podendo ser acessados na via do *habeas data*).

Para o ajuizamento do *habeas data* é exigido o esgotamento da via administrativa, isto é, o indivíduo só poderá ajuizar *habeas data* perante o Poder Judiciário para ter conhecimento, retificar ou complementar as informações de sua pessoa depois de passar pela via administrativa (exemplo: para o indivíduo ter conhecimento das informações de sua pessoa constantes do SPC não poderá ajuizar diretamente perante o Poder Judiciário o *habeas data*; primeiro terá que ingressar com o pedido administrativo perante a entidade e, só depois, havendo indeferimento ou não prestação das informações, é que poderá recorrer ao Poder Judiciário, por meio do *habeas data*).

O poder de obtenção de informações na via do *habeas data* não é absoluto, deverão ser ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

O *habeas data* é ação gratuita, mas exige advogado para sua impetração.

25.4) AÇÃO POPULAR (ART. 5º, LXXIII)

Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

A ação popular é remédio constitucional para fiscalizar a gestão da coisa pública, em respeito à forma de governo republicana, em que todos devem prestar contas à coletividade. Tem campo de proteção amplo, enunciado acima (proteção do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural). Poderá ser ajuizada frente a ato de autoridade pública ou de agente privado, desde que lesivo a um dos bens antes mencionados.

A legitimação em ação popular é restrita, exclusiva dos cidadãos, assim entendidos os indivíduos que estejam no gozo da capacidade eleitoral ativa, isto é, que tenham feito o alistamento eleitoral e estejam aptos para votar. Não poderá, portanto, ser ajuizada por pessoa jurídica; pelo Ministério Público; pelos inalistados (indivíduos que poderiam ter se alistado, mas não o fizeram); pelos inalistáveis (aqueles que não podem alistar-se como eleitores, a saber: os menores de 16 anos; os conscritos, durante o período do serviço militar obrigatório; os estrangeiros, ressalvada a hipótese do português equiparado a brasileiro naturalizado, nos termos do art. 12, § 1º, da CF/88).

Segundo orientação do Supremo Tribunal Federal:

a) o cabimento de ação popular não exige a comprovação de efetivo dano material, pecuniário; ainda que não comprovada a efetiva ocorrência de dano material, a ilegalidade do ato já poderá ser reprimida na via da ação popular;

b) não cabe ação popular contra ato de natureza jurisdicional, praticado por membro do Poder Judiciário no desempenho de sua função típica (decisões judiciais); assim, ainda que a sentença de um magistrado cause dano ao meio ambiente, esse ato não poderá ser atacado na via da ação popular (deverá ser atacado na via recursal própria, prevista nas leis processuais, se tal decisão ainda não transitada em julgado; ou na via da ação rescisória, se a decisão já transitou em julgado).

O ajuizamento da ação popular exige advogado, mas, salvo comprovação de má-fé do autor, este estará isento de custas (não haverá pagamento de custas perante o Poder Judiciário) e do ônus de sucumbência (o autor não estará obrigado ao pagamento dos honorários advocatícios da outra parte, caso a ação seja julgada improcedente).

25.5) MANDADO DE SEGURANÇA (ART. 5º, LXIX E LXX)

Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

O mandado de segurança é remédio constitucional de natureza supletiva, subsidiária, isto é, poderá ser ajuizado para proteger direito líquido e certo não amparado pelos demais remédios constitucionais. Se o direito líquido e certo é de locomoção, deverá ser protegido na via do *habeas corpus*, e não por meio do mandado de segurança; se o direito líquido e certo é de reparar lesão ao meio ambiente, a proteção deverá ser na via da ação popular, e não por meio do mandado de segurança – e assim por diante.

Aliás, em que pese o fato de a Constituição Federal ter excluído expressamente do campo de proteção do mandado de segurança somente o direito líquido e certo protegido pelo *habeas corpus* e *habeas data*, o fato é que um remédio constitucional não substitui outro. Se o direito é protegido por um remédio, não poderá ele ser amparado por outro remédio constitucional. Se for caso para ação popular, não caberá mandado de segurança; se for caso para mandado de injunção, não caberá mandado de segurança – e assim por diante.

O mandado de segurança poderá ser ajuizado por pessoas naturais ou jurídicas, bem assim por órgãos públicos de alto escalão, estes desde que na defesa de suas atribuições e prerrogativas (note-se que os órgãos públicos de alto escalão, que possuam prerrogativas próprias, poderão ajuizar mandado de segurança na defesa dessas prerrogativas, mesmo sendo entes despersonalizados, desprovidos de personalidade jurídica própria).

No pólo passivo, poderão figurar como réus autoridades públicas ou agentes de pessoa privada no exercício de atribuições do Poder Público (note-se que o mandado poderá ajuizado contra ato de particular, desde que este esteja no exercício de atribuições do Poder Público, como é o caso dos agentes delegados do Poder Público – concessionários, permissionários etc.).

O prazo para ajuizamento da ação, porém, é exíguo: 120 dias a contar da ciência do ato ilegal ou arbitrário (exemplo: caso o ato seja publicado, contar-se-á o prazo de 120 dias a partir da data de publicação). Segundo o STF, esse prazo é de decadência, o que significa que a contagem, uma vez iniciada, não se suspende, nem se interrompe.

Algumas orientações relevantes sobre mandado de segurança:

- a) não cabe mandado de segurança contra lei em tese, salvo se produtora de efeitos concretos;
- b) a competência do juízo competente para a apreciação do mandado de segurança é determinada em função da autoridade coatora (praticante do ato ilegal ou arbitrário), e não em razão da matéria; assim, se a autoridade praticante do ato é federal, a competência será da Justiça

Federal respectiva; se a autoridade praticante do ato é estadual ou municipal, a competência será da Justiça Estadual respectiva;

c) a sentença concessiva da segurança no primeiro grau está sujeita ao duplo grau de jurisdição, isto é, está sujeita ao reexame obrigatório pelo Tribunal respectivo (toda sentença concessiva da segurança será, necessariamente, reexaminada pelo Tribunal respectivo; se a decisão for de juiz de Direito, será reexaminada pelo Tribunal de Justiça respectivo; se for da Justiça Federal, será reexaminada pelo Tribunal Regional Federal respectivo, e assim por diante);

d) é vedada a concessão de medida liminar em mandado de segurança para determinar: (a) a equiparação, a reclassificação e o pagamento de remuneração e vantagens a servidores públicos; (b) a liberação de mercadorias importadas proibidas.

Temos duas espécies de mandado de segurança: o mandado de segurança individual e o mandado de segurança coletivo.

O mandado de segurança individual será ajuizado por qualquer pessoa, na defesa de direito subjetivo de índole individual, líquido e certo, não amparado pelos demais remédios constitucionais. Poderá ser ajuizado por uma pessoa, ou em conjunto, por várias pessoas (exemplo: um grupo de servidores públicos ajuíza, em conjunto, um único mandado de segurança na defesa de interesse comum, hipótese em que teremos um mandado de segurança individual com uma pluralidade de sujeitos ativos – o chamado litisconsorte ativo).

O mandado de segurança coletivo poderá ser impetrado por: (a) partido político com representação no Congresso Nacional; (b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Essa exigência de constituição e funcionamento há pelo menos um ano aplica-se, tão-somente, às associações (não alcança os partidos políticos e as organizações sindicais e entidades de classe).

O direito a ser defendido no mandado de segurança coletivo há que ter pertinência com os interesses dos associados/filiados, mas não se exige que seja peculiar à categoria (exemplo: uma entidade sindical de certa categoria de servidores públicos poderá pleitear, na via do mandado de segurança coletivo, o reconhecimento do direito ao não-pagamento de imposto de renda sobre as remunerações destes; nesse caso, o direito defendido tem pertinência com os interesses dos sindicalizados, pois incide sobre suas remunerações, mas não é peculiar à categoria, haja vista que outros servidores e trabalhadores também sofrem a incidência do imposto de renda).

No tocante à legitimação das organizações sindicais, entidades de classe e associações, **não** se exige que o direito defendido pertença a todos os associados ou filiados. Assim, um sindicato que congregue servidores públicos ativos e inativos poderá impetrar mandado de segurança coletivo na defesa de interesse exclusivo dos servidores ativos, ou somente de parte destes.

Em relação à legitimação dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, o STF firmou entendimento de que **os partidos políticos podem impugnar em mandado de segurança coletivo qualquer ato público, e não somente aqueles relacionados aos interesses de seus integrantes.**

Assim, se o partido entender que determinado direito difuso se encontra ameaçado ou lesado por qualquer ato da administração, poderá fazer uso do mandado de segurança coletivo, que não se restringirá apenas aos assuntos relativos a direitos políticos e nem a seus próprios integrantes.

Entretanto, o partido político **não tem legitimidade para propor mandado de segurança coletivo contra exigência tributária**, uma vez que o direito defendido deverá ser coletivo ou difuso, o que não ocorre no caso de majoração de tributo, que, segundo entendimento do STF, é "direito individualizado", que deverá ser postulado em outras ações próprias.

Podemos concluir, portanto, que o partido político pode impetrar mandado de segurança coletivo na defesa de qualquer interesse difuso, abrangendo, inclusive, pessoas não filiadas a ele, não estando, porém, autorizado a se valer dessa ação coletiva para impugnar uma exigência tributária.

Para concluirmos esse assunto, uma breve consideração, no meu já conhecido estilo direto e franco de ser: em todos os remédios constitucionais não tratei da competência para julgamento das diferentes ações, a depender da autoridade praticante do ato (qual tribunal julga mandado de segurança contra ato do Presidente da República; quem julga mandado de segurança contra ato de Ministro de Estado etc.); e não o fiz conscientemente, pois seria uma mera repetição do texto constitucional referente à organização do Poder Judiciário (art. 102 e seguintes da Constituição Federal), pontos que devem ser explorados pelo candidato, pois, lamentavelmente, de vem em quando são cobradas em concursos essas competências.

Um forte abraço – e até breve.

Vicente Paulo

EXERCÍCIOS DE CONCURSOS

- 1) O Poder Judiciário não pode conceder a servidores públicos, sob fundamento de isonomia, ainda que se trate de hipótese de exclusão de benefício, a extensão, por via jurisdicional, de vantagens pecuniárias que foram outorgadas, por lei, a determinada categoria de agentes estatais. Tratando-se de hipótese em que se registre situação de inconstitucionalidade por omissão parcial, decorrente de exclusão discriminatória de benefício, com conseqüente ofensa ao princípio da isonomia, a extensão jurisdicional do benefício pecuniário, que teria sido indevidamente negado pelo legislador aos servidores preteridos, encontra obstáculo no princípio da separação de poderes, consoante a jurisprudência do STF.
- 2) A ação popular é instrumento democrático de controle da regularidade da Administração Pública, podendo, nos termos da Constituição, ser intentada por todo brasileiro.
- 3) A proibição constitucional de uso de prova ilícita não incide no âmbito do processo administrativo, em que prevalece a busca da verdade real.
- 4) O direito fundamental de assistência jurídica integral e gratuita que o Estado deve prestar aos que comprovarem insuficiência de recursos é incumbência da defensoria pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, cuja missão corresponde a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados.
- 5) A presença de prova ilícita nos autos implica, de pronto, nulidade do processo, pois a prova ilícita contamina, de imediato, todas as peças constantes do processo.
- 6) Segundo o Supremo Tribunal Federal, a teoria dos frutos da árvore envenenada não é aplicável entre nós, por implicar restrição ao direito da ampla defesa.
- 7) É ilícita, em qualquer hipótese, a utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro.
- 8) O sigilo das comunicações telefônicas, protegido constitucionalmente, pode ser quebrado por ordem judicial, para instruir ação civil pública de improbidade administrativa.
- 9) Diante de violência ou coação no tocante à liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, é cabível um pedido de habeas corpus; entretanto, essa modalidade de ação constitucional não pode ser utilizada quando a coação é praticada por particular, uma vez que se limita aos casos em que a coação é praticada por agente público.

- 10) A garantia de ampla defesa não é incompatível com a fixação de prazos para a apresentação de provas e recursos no âmbito administrativo.
- 11) Por força da garantia de ampla defesa, todas as provas requeridas pelo acusado devem ser admitidas pela autoridade que preside o processo contra ele aberto.
- 12) O postulado da ampla defesa assegura, na vigência da atual Carta Magna, o duplo grau de jurisdição ao indivíduo.
- 13) As garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal têm aplicação exclusiva nos processos administrativos ou judiciais em que alguém se acha na condição de acusado de infração administrativa ou criminal.
- 14) O princípio da publicidade dos atos administrativos tem íntima correlação com o direito à informação, sendo o habeas data o instrumento processual adequado para a obtenção de informações relativas aos processos de interesse público ou coletivo cuja divulgação esteja sendo obstada.
- 15) Um auditor-fiscal da previdência social não pode ingressar em um recinto, não-franqueado ao público, de empresa sob a sua investigação sem ordem judicial e contra a vontade do responsável pela firma, mesmo que tenha ciência segura de que ali se guardam documentos essenciais para as suas investigações.
- 16) O indivíduo preso tem o direito de manter-se calado nos interrogatórios a que se submeter; além disso, o seu silêncio não pode ser interpretado em seu desfavor.
- 17) Se o indivíduo não pode exercer um direito previsto na Constituição por falta de sua regulação pelo legislador federal, é cabível o ajuizamento de mandado de injunção perante o STF, que deverá editar a norma faltante, em substituição ao Congresso Nacional.
- 18) A apreciação judicial da imoralidade administrativa não encontra espaço no âmbito da ação popular.
- 19) É inconstitucional toda norma que regula relações entre a Administração Pública e particulares com efeitos retroativos.
- 20) Um servidor ocupante de cargo público não tem direito a continuar regido pelas normas em vigor quando de seu ingresso no serviço público em desfavor de alteração legislativa posterior, pois não se adquire direito a um determinado instituto ou regime jurídico.
- 21) Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o direito à inviolabilidade da honra, pela natureza subjetiva desse atributo, não se aplica à pessoa jurídica.

- 22) Embora qualquer pessoa tenha legitimidade ativa para propor habeas corpus, a seu favor ou de terceiro, independentemente de sua capacidade civil e política, segundo a jurisprudência dos Tribunais, essa legitimidade ativa não se estende ao menor de dezoito anos, em razão dos requisitos essenciais para a validade dos atos judiciais.
- 23) Segundo a jurisprudência dos Tribunais, a interposição de Mandado de Segurança Coletivo por sindicatos ou associações legitimadas não dispensa a juntada de procuração individual por parte dos integrantes da coletividade, unida pelo vínculo jurídico comum.
- 24) Direitos adquiridos não afastam a incidência de normas constitucionais originárias que expressamente declarem a eliminação das posições jurídicas específicas por eles protegidas.
- 25) A possibilidade de indenização do dano moral, que a Constituição eleva à categoria de direito fundamental, assiste apenas às pessoas naturais.
- 26) Não é obrigatória a instituição por lei de recurso administrativo como projeção necessária da garantia constitucional da ampla defesa em processos administrativos.
- 27) Considerando que o inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, é vedada a adoção por lei de quaisquer restrições materiais à concessão de medidas liminares.
- 28) A garantia do direito adquirido impede a alteração do regime jurídico estatutário dos servidores públicos por meio de lei.
- 29) A dor moral, por não ser quantificável pecuniariamente, não é tida como indenizável nos casos de violação da intimidade e da vida privada.
- 30) O sigilo de comunicações telefônicas não pode ser quebrado por decisão de autoridade policial, mesmo que para fins de investigação criminal.
- 31) Não é invocável a garantia constitucional do direito adquirido contra disposição expressa de lei de ordem pública.
- 32) O habeas corpus é instrumento adequado para se impugnar ordem de juiz de primeiro grau de quebra de sigilo bancário.
- 33) Não há reparação por danos morais sem prova de dano à reputação do autor da demanda.
- 34) A ação popular pode ser ajuizada para atacar ato jurisdicional.
- 35) O princípio do duplo grau de jurisdição não configura garantia constitucional do indivíduo na órbita administrativa.

36) A exigência de depósito de garantia como condição de admissibilidade de recurso administrativo fere a garantia constitucional da ampla defesa e do devido processo legal.

37) De acordo com o Supremo Tribunal Federal, a extensão da garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos tem o significado de subordinar a estes toda a normatividade referente aos feitos judiciais, tornando por isso indispensável a atuação de advogado nos feitos administrativos abertos para dirimir conflitos de interesses.

38) O princípio constitucional da igualdade não veda que a lei estabeleça tratamento diferenciado entre pessoas que guardem distinções de grupo social, de sexo, de profissão, de condição econômica ou de idade, entre outras; não se admite é que o parâmetro diferenciador seja arbitrário, desprovido de razoabilidade, ou deixe de atender a alguma relevante razão de interesse público.

39) Aplicado o princípio da reserva legal a uma determinada matéria constante do texto constitucional, a sua regulamentação só poderá ser feita por meio de lei em sentido formal, não sendo possível discipliná-la por meio de medida provisória ou lei delegada.

40) É constitucional a prisão do devedor no contrato de alienação fiduciária, se o bem não é encontrado em sua posse.

41) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a soberania do veredicto do júri, assegurada constitucionalmente, não exclui a recorribilidade de suas decisões.

42) Se um indivíduo sofrer constrangimento ilegal no seu direito líquido e certo à liberdade de locação no curso de um inquérito policial ou de uma ação penal, poderá valer-se da ação de habeas corpus para pôr fim à lesão a seu direito, desde que constitua, por meio de procuração por instrumento público ou particular, advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

43) O indivíduo que sofrer ato ilegal de agente público contra o direito líquido e certo de locomoção pode recorrer ao Poder Judiciário, por meio de mandado de segurança, contra a ilegalidade, sem prejuízo da ação penal que poderá vir a ser instaurada, caso se configurar o crime de abuso de autoridade.

44) A garantia constitucional da isonomia não é fundamento bom para que um grupo de servidores públicos, sob regime estatutário, obtenha, por meio de sentença judicial, vantagem financeira atribuída por lei exclusivamente a outra categoria funcional, apesar de estarem ambas em análoga situação de fato.

GABARITOS OFICIAIS:

- 1) CERTO; conforme vimos, a jurisprudência do STF não admite que o Poder Judiciário estenda vantagem à categoria não contemplada pela lei com fundamento no princípio da isonomia, em respeito ao princípio da separação de poderes.
- 2) ERRADO; não é qualquer brasileiro que poderá ajuizar ação popular, mas somente os cidadãos, isto é, aqueles que estiverem no gozo da capacidade eleitoral ativa.
- 3) ERRADO; a vedação à utilização de provas obtidas por meios ilícitos alcança não só os processos judiciais, mas também os processos administrativos.
- 4) CERTO; reprodução da literalidade do art. 134 da Constituição Federal, que estabelece a incumbência da Defensoria Pública de prestar a assistência jurídica integral e gratuita, em todos os graus, dos necessitados.
- 5) ERRADO; a presença de provas ilícitas nos autos não implica, necessariamente, nulidade do processo; será feita a separação de provas, e o processo poderá ter sua regular continuidade com base nas provas lícitas existentes.
- 6) ERRADO; segundo o STF, a teoria dos frutos da árvore envenenada, que determina que a prova ilícita contamina todas as demais provas obtidas a partir dela, tem aplicação no Brasil.
- 7) ERRADO; essa gravação será considerada lícita, se realizada em legítima defesa.
- 8) ERRADO; a interceptação telefônica só poderá ser ajuizada no âmbito penal, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (CF, art. 5º, XII).
- 9) ERRADO; o habeas corpus poderá ser ajuizado, também, frente à ilegalidade ou abuso de poder de particular, no tocante ao direito de locomoção.
- 10) CERTO; trata-se de entendimento do STF, segundo o qual o princípio da ampla defesa não impede a fixação de prazo para apresentação de provas e recursos nos processos administrativos.
- 11) ERRADO; não deverão ser admitidas as provas obtidas por meios ilícitos.
- 12) ERRADO; segundo o STF, a vigente Constituição não assegura ao indivíduo o duplo grau de jurisdição ao indivíduo.
- 13) ERRADO; reza o texto constitucional que tais garantias protegem os acusados em geral e os litigantes, ainda que não estejam na condição de acusados (poderão estar pleiteando um dado direito, por exemplo).

- 14) ERRADO; o habeas data é remédio para a obtenção de informações relativas ao impetrante.
- 15) CERTO; por força da inviolabilidade domiciliar, prevista no art. 5º, XI, da Constituição Federal.
- 16) CERTO; o direito ao silêncio é um direito assegurado expressamente aos presos pela nossa Constituição (CF, art. 5º, LXIII).
- 17) ERRADO; o princípio da separação de poderes impede que o Poder Judiciário edite a norma regulamentadora faltante; o Poder Judiciário reconhecerá a mora e comunicará ao legislador a sua decisão, requerendo deste a edição da norma.
- 18) ERRADO; um dos bens protegidos pela via da ação popular é a moralidade administrativa (art. 5º, LXXIII).
- 19) ERRADO; nada impede que a Administração Pública edite norma retroativa em relação aos particulares, desde que para beneficiá-los.
- 20) CERTO; conforme enfatizado, não há direito adquirido frente à mudança de regime jurídico estatutário.
- 21) ERRADO; a proteção à honra alcança também as pessoas jurídicas.
- 22) ERRADO; a legitimação ativa em habeas corpus é universal, independe de capacidade civil, maioria ou capacidade política.
- 23) ERRADO; conforme vimos, no ajuizamento do mandado de segurança coletivo, em defesa dos direitos dos associados e filiados, as entidades estarão realizando substituição processual, sendo dispensada a autorização expressa dos substituídos.
- 24) CERTO; não há direito adquirido frente à uma nova Constituição.
- 25) ERRADO; pessoas jurídicas também poderão fazer jus à indenização por dano moral (a imagem, a reputação de uma empresa poderá ser atingida).
- 26) CERTO; conforme vimos, segundo a jurisprudência do STF, a vigente Constituição não assegura o duplo grau de jurisdição ao indivíduo, sendo possível, portanto, a criação de um processo administrativo de instância única, sem a existência de recurso administrativo.
- 27) ERRADO; é possível a imposição de restrições à concessão de medidas liminares pelo Poder Judiciário, desde que haja razoabilidade (exemplo: foi estabelecida em lei a vedação à concessão de medidas liminares para determinar a equiparação, a reclassificação e o pagamento de remuneração e vantagens a servidores públicos).
- 28) ERRADO; não há direito adquirido frente à mudança de regime jurídico estatutário.

29) ERRADO; segundo orientação do STF, a dor, o constrangimento, o sofrimento e o desconforto também são indenizáveis a título de dano moral (CF, art. 5º, X).

30) CERTO; somente o Poder Judiciário poderá autorizar a violação das comunicações telefônicas (art. 5º, XII).

31) ERRADO; a proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito é invocável, também, frente à lei de ordem pública.

32) CERTO; o habeas corpus poderá ser utilizado para impugnar a ordem de quebra do sigilo bancário desde que essa medida represente ofensa indireta ao direito de locomoção, isto é, se determinada no curso de processo no qual o indivíduo possa, em tese, ser condenado à pena restritiva de liberdade.

33) ERRADO; não se exige, para o fim de reparação por danos morais, a comprovação de dano à reputação da vítima (a simples utilização indevida da imagem da pessoa, por exemplo, faz nascer o direito à indenização, ainda que não haja efetiva ofensa à reputação).

34) ERRADO; não cabe ação popular contra ato de natureza jurisdicional (decisões judiciais).

35) CERTO; o duplo grau de jurisdição não é uma garantia constitucional.

36) ERRADO; o postulado da ampla defesa e do devido processo legal não impede a exigência de garantia para a interposição de recursos administrativos.

37) ERRADO; não se exige assistência de advogado no âmbito dos processos administrativos.

38) CERTO; o princípio da igualdade, assim como quaisquer outros direitos e garantias fundamentais, admite a imposição de restrições, desde que observado o princípio da razoabilidade.

39) ERRADO; o princípio da reserva legal poderá ser satisfeito por lei ordinária ou por outras normas que a substituam legitimamente, como é o caso da medida provisória e da lei delegada, ressalvadas, apenas, as vedações constitucionais impostas à adoção dessas espécies normativas (CF, art. 62, § 1º e art. 68, § 1º).

40) CERTO; segundo o STF, é constitucional a prisão do devedor no contrato de alienação fiduciária em garantia se o bem não é encontrado em sua posse, salvo motivo de força maior.

41) CERTO; poderá ser interposto recurso contra decisão proferida pelo tribunal do júri perante os tribunais do Poder Judiciário.

42) ERRADO; não se exige advogado para a impetração do habeas corpus.

43) ERRADO; direito líquido e certo de locomoção é protegido pelo habeas corpus, e não pelo mandado de segurança.

44) CERTO; segundo a jurisprudência do STF, não pode o Poder Judiciário estender vantagens com fundamento no princípio da isonomia, sob pena de desrespeito ao princípio da separação de poderes.

AULA 6 - ORGANIZAÇÃO DO ESTADO NA CF/88

Vimos que um dos objetos do Direito Constitucional é disciplinar o modo de organização do Estado, isto é, traçar as regras básicas de funcionamento de um dado Estado.

Na aula de hoje, estudaremos como a Constituição Federal de 1988 traçou a organização do Estado brasileiro, que características marcam o nosso modelo de Estado. Qual a forma e regime de governo adotados entre nós? Quais são os entes políticos no Estado brasileiro? Como se organizam esses entes políticos?

Essa matéria está disciplinada, em sua maioria, nos artigos 18 a 33 do texto constitucional, que serão examinados a partir dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais dominantes.

O art. 18 da Constituição Federal enuncia que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos dotados de autonomia.

Em decorrência desse enunciado, temos as seguintes informações relevantes: (a) a nossa forma de Estado é Federativa; (b) a nossa forma de Governo é Republicana; (c) os entes políticos que compõem a nossa Federação são quatro – União, Estados, Distrito Federal e Municípios; (d) todos esses entes são dotados, apenas, de autonomia (nenhum dos entes possui soberania).

Passemos, então, ao exame, em separado, dessas características que marcam a organização político-administrativa do nosso Estado.

1) FORMAS DE ESTADO

Quando se examina a forma de Estado adotada por um dado País, o que se está verificando é como se dá o exercício do poder político nesse País. Há, no território desse País, um ou mais poderes políticos? Esses poderes políticos são dotados de autonomia, ou são soberanos?

Bem, a depender das respostas a essas indagações, teremos: (i) Estado Unitário; (ii) Estado Federado; (iii) Estado Confederado.

Se o Estado possui um só poder político central, será ele do tipo Unitário. O Uruguai, por exemplo, é um Estado Unitário, pois há naquele País um só poder político central, que exerce todas as competências estatais, tanto legislativas quanto administrativas.

Se o Estado possui mais de um poder político, será ele Federado ou Confederado, a depender da forma de organização desses poderes.

Se os diferentes entes políticos estiverem organizados no texto de uma Constituição, se forem dotados de autonomia (e não de soberania) e não possuírem o direito de secessão (separação) estaremos diante de

um Estado Federado. É o caso do Brasil: (i) a organização dos nossos entes políticos está disciplinada no texto constitucional; (ii) todos os entes políticos são dotados, apenas, de autonomia; (iii) os entes políticos não possuem direito de secessão, isto é, não podem se separar da República Federativa do Brasil.

Se os diferentes entes políticos estão organizados num documento conhecido como tratado, se são dotados de soberania e se podem separar-se a qualquer tempo uns dos outros, o Estado será do tipo Confederado.

Federação	Confederação
Constituição	Tratado
Autonomia	Soberania
Não-secessão	Secessão

2) FORMAS DE GOVERNO

Quando estudamos formas de governo, a preocupação é diferenciar como se dá a relação entre os governantes e os governados num determinado Estado, no tocante ao exercício do poder. Como os governantes adquirem o poder, por meio de eleições, ou não? Por que período os governantes exercem o poder, por um prazo certo, ou de forma vitalícia? Os governantes representam os governados, têm responsabilidade perante os governados?

A depender das respostas a essas indagações, teremos as formas de governo Republicana ou Monárquica.

Na República, os governantes chegam ao poder por meio de eleições, exercem o poder por um determinado período de tempo, representam os governados e respondem, prestam contas perante estes pelos seus atos de governo. Vejam o caso da nossa República: o Presidente da República adquire o poder por meio de eleições, exerce esse poder por um período determinado (quatro anos), representa o povo brasileiro e responde perante este pelos seus atos de governo (a própria Constituição Federal define os crimes de responsabilidade do Presidente da República e estabelece o procedimento para perda do seu cargo, por meio do *impeachment* – artigos 85 e 52, respectivamente). São quatro, portanto, as principais características da forma de governo republicana: eletividade, temporalidade, representatividade popular e responsabilidade dos governantes (dever de prestar contas).

Na Monarquia, os governantes chegam ao poder pelo fato de pertencerem a uma determinada família, exercem o poder de forma

vitalícia, não representam o povo e não respondem perante estes pelos seus atos de governo. São quatro, portanto, as principais características da monarquia: hereditariedade, vitaliciedade, não-representatividade popular e irresponsabilidade dos governantes.

República	Monarquia
Eletividade	Hereditariedade
Temporalidade	Vitaliciedade
Representatividade popular	Não-representatividade popular
Responsabilidade (dever de prestar contas)	Irresponsabilidade (não-prestação de contas)

3) REGIME DE GOVERNO

Quando estudamos regime (ou sistema) de governo, interessa-nos saber como se dá a relação entre os Poderes Legislativo e Executivo no Estado. Será que eles são independentes entre si? Será que o exercício do poder no âmbito do Legislativo depende da vontade do Executivo?

Bem, a depender da relação entre tais poderes teremos o regime presidencialista ou o regime parlamentarista.

No regime presidencialista há uma independência entre os Poderes Legislativo e Executivo, vale dizer, o exercício do poder no âmbito de um não depende da vontade do outro. No Brasil, por exemplo, uma vez eleito o Presidente da República, terá ele direito ao cumprimento do seu mandato, por prazo certo, independentemente da vontade do Legislativo. Ainda que o Presidente da República perca o apoio dos membros do Congresso Nacional, terá ele direito ao cumprimento do seu mandato. O mesmo ocorre com os membros do Legislativo, que são eleitos para mandato por prazo certo, e terão direito ao cumprimento desse mandato, independentemente da vontade do Executivo.

Outra característica do presidencialismo é a chefia monocrática (ou unipessoal) do Chefe do Executivo, isto é, o Chefe do Executivo exerce, simultaneamente, as chefias de Estado e de Governo. No exercício da chefia de Estado, o Chefe do Executivo representa o Estado perante outros Estados soberanos; no exercício da chefia de Governo, trata dos assuntos de interesse interno do País. No Brasil, o Presidente da República exerce, ao mesmo tempo, a chefia de Estado e a chefia de Governo: exerce aquela quando representa o nosso Estado frente a outros Estados soberanos (numa viagem internacional, ou na recepção de uma delegação estrangeira no Brasil, por exemplo); exerce esta

quando cuida da política interna brasileira (numa reunião com Ministros e Governadores para tratar da reforma tributária, por exemplo).

Uma última característica marcante do presidencialismo é o fato de o Chefe do Executivo responder pelo seu governo diretamente perante o povo, e não perante o Legislativo. No Brasil, por mais que o Congresso Nacional não concorde com o plano de governo do Presidente da República, este não poderá ser destituído do poder por este motivo, haja vista que a relação de responsabilidade do Presidente da República pelo seu plano de governo é diretamente perante o povo, e não perante o Legislativo.

No parlamentarismo, veremos a seguir, a relação entre os Poderes Executivo e Legislativo é bem distinta.

No regime parlamentarista, há uma interdependência entre os Poderes Executivo e Legislativo no exercício do Poder, isto é, a manutenção do poder no âmbito de um depende da vontade do outro. Em resumo, temos o seguinte: (a) o Chefe do Executivo, que exerce a chefia de Estado, escolhe o Primeiro Ministro, para que este exerça a chefia de Governo; (b) uma vez escolhido, o Primeiro Ministro elabora um plano de governo e o submete à apreciação do Parlamento; (c) a partir de então, o Primeiro Ministro somente permanecerá no poder enquanto o seu plano de governo obtiver apoio do Parlamento; (d) por outro lado, o Chefe de Estado poderá, em certas circunstâncias, dissolver o Parlamento, convocando novas eleições, como forma de renovar a composição parlamentar e, em conseqüência, aumentar o apoio ao seu plano de governo.

A partir desse peculiar relacionamento entre os Poderes Executivo e Legislativo, extraímos as seguintes conclusões acerca do regime parlamentarista:

(a) ao contrário do presidencialismo, os governantes não exercem o poder por prazo certo (o Primeiro Ministro permanecerá na chefia de Governo somente enquanto obtiver maioria parlamentar, poderá ser por vários anos, ou por apenas alguns meses; por outro lado, é possível que os mandatos dos parlamentares sejam abreviados, por meio da dissolução do Parlamento e da convocação de novas eleições);

(b) ao contrário do presidencialismo, a chefia do Executivo não é monocrática, mas sim dual (o chefe do Executivo exerce a chefia de Estado; o Primeiro Ministro exerce a chefia de Governo);

(c) ao contrário do presidencialismo, a responsabilidade de governo não é diretamente perante o povo, mas sim perante o Parlamento (se o plano de governo perde o apoio parlamentar, o Primeiro Ministro exonera-se imediatamente).

Presidencialismo	Parlamentarismo
Independência entre os Poderes	Interdependência entre os Poderes
Chefia monocrática	Chefia dual
Mandatos por prazo certo	Mandatos por prazo incerto
Responsabilidade de governo perante o povo	Responsabilidade de governo perante o Parlamento

Feitas essas considerações, cabe ressaltar que na vigência da Constituição Federal de 1988 somente está gravada como cláusula pétrea a forma federativa de Estado (CF, art. 60, § 4º, I). A forma de governo (República) e o regime de governo (Presidencialismo) não são cláusulas pétreas na vigência da atual Carta Política de 1988.

Entretanto, não poderão os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotar outra forma de governo (Monarquia) ou outro regime de governo (Parlamentarismo), desgarrando-se do modelo federal, previsto na Constituição Federal. Embora não seja cláusula pétrea, o modelo determinado pela Constituição Federal não poderá ser afastado pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

4) CARACTERÍSTICAS DA NOSSA FEDERAÇÃO NA CF/88

Embora tenhamos visto anteriormente as características que marcam um Estado Federado, a Federação brasileira possui peculiaridades que a distingue fortemente de outros Estados Federados.

Nossa Federação é composta de quatro entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), enquanto as federações clássicas compõem-se de apenas dois entes federados (União e Estados). Temos, então, dois entes federados típicos (União e Estados) e dois entes federados atípicos (Distrito Federal e Municípios).

Os Territórios Federais não são entes federados, não são entes políticos dotados de autonomia. São meras divisões territoriais pertencentes à União, embora possam ser divididos em Municípios e possuam Câmara Territorial, com membros eleitos e competência deliberativa própria, conforme estabelecido em lei (CF, art. 33, §§ 1º e 3º).

4.1) REORGANIZAÇÃO DOS LIMITES TERRITORIAIS

Vimos que os entes federados não possuem o direito de secessão, de separar-se da República Federativa do Brasil. Porém, os limites territoriais dos Estados e dos Municípios poderão ser redefinidos, desde que observadas as prescrições constitucionais (CF, art. 18, §§ 3º e 4º).

Os Territórios Federais, embora não sejam entes federados, poderão ser transformados em Estado ou reintegrados ao Estado de origem (CF, art. 18, § 2º).

Não há previsão expressa para a modificação dos limites territoriais do Distrito Federal.

Vejamos, a seguir, os procedimentos exigidos para a modificação dos limites territoriais de Territórios Federais, Estados-membros e Municípios.

4.1.1) DOS TERRITÓRIOS

Estabelece a Constituição que os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar (CF, art. 18, § 2º).

Observe que, pela literalidade desse dispositivo constitucional, a reorganização de Território Federal dependeria, exclusivamente, da edição de uma lei complementar pelo Congresso Nacional. Entretanto, a coisa não é bem assim. Nenhum dispositivo da Constituição pode ser lido e interpretado de maneira isolada. Em verdade, o § 2º do art. 18 deverá ser combinado com o disposto no artigo 18, § 3º, e no art. 48, VI, da Constituição Federal.

No § 3º do art. 18 está dito que os Estados poderão desmembrar-se para formarem novos Territórios Federais, desde que mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito. Assim, combinando-se o disposto no art. 18, § 2º (exigência de lei complementar), com o disposto neste § 3º (aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito), temos que a criação de um Território Federal a partir do desmembramento de Estado depende da aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e de lei complementar, editada pelo Congresso Nacional.

Por sua vez, o inciso VI do art. 48 estabelece que cabe ao Congresso Nacional dispor sobre incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Territórios ou Estados, ouvidas as respectivas Assembléias Legislativas. Com isso, percebe-se que o Congresso Nacional, nessas situações, antes de editar a lei complementar, deverá, obrigatoriamente, ouvir as Assembléias Legislativas interessadas.

Portanto, da combinação desses três dispositivos constitucionais (art. 18, § 2º; art. 18, § 3º; art. 48, VI), podemos concluir que **a criação de um Território Federal a partir do desmembramento de Estado depende (i) da aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e (ii) da edição de lei complementar pelo Congresso Nacional, devendo este ouvir, obrigatoriamente, as respectivas Assembléias Legislativas.**

4.1.2) DOS ESTADOS-MEMBROS

Determina o § 3º do art. 18 da Constituição Federal que os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar.

Da mesma forma, esse dispositivo deve ser combinado com o inciso VI do art. 48, antes mencionado, que faz referência à obrigatoriedade de manifestação das Assembléias Legislativas. Assim, **a incorporação, a subdivisão e o desmembramento de Estado dependem: (i) da aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito; e (ii) da edição de lei complementar pelo Congresso Nacional, devendo este ouvir, obrigatoriamente, as respectivas Assembléias Legislativas.**

4.1.3) DOS MUNICÍPIOS

A reorganização territorial dos Municípios está disciplinada no art. 18, § 4º, da Constituição Federal, que estabelece que a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

Portanto, são quatro os passos hoje necessários para a mudança de território de Município, a saber: (1º) lei complementar do Congresso Nacional fixando o período dentro do qual poderá ocorrer tal mudança; (2º) divulgação dos estudos de viabilidade municipal, que deverão ser apresentados e publicados na forma da lei; (3º) consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos; (4º) edição da lei ordinária estadual.

Dois aspectos merecem destaque.

Primeiro, que a reorganização de Municípios depende, atualmente, da vontade do Congresso Nacional, haja vista que a alteração do território municipal somente poderá ocorrer dentro do período determinado por **lei complementar federal**. Enquanto não editada essa lei complementar pelo Congresso Nacional, nenhuma alteração do território de Município poderá ocorrer no Brasil.

Segundo, que a formalização da reorganização territorial será efetuada por **lei ordinária estadual**, editada pela Assembléia Legislativa respectiva, depois de cumpridos os passos anteriormente enumerados.

4.2) POSIÇÃO DO DISTRITO FEDERAL

O Distrito Federal, conforme dito antes, é ente federado atípico, em relação ao qual não houve autorização constitucional para mudança dos seus limites territoriais (CF, art. 32).

Em razão da vedação à sua divisão em Municípios, foram atribuídas ao Distrito Federal as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios (CF, art. 32, § 1º).

Porém, não se pode afirmar que o Distrito Federal foi, em tudo, equiparado aos Estados-membros, pois nem todas as competências estaduais foram estendidas ao Distrito Federal. Ao contrário dos Estados-membros, o Distrito Federal não dispõe de competência para organizar e manter, no seu âmbito, o Ministério Público, o Poder Judiciário, a Defensoria Pública, a Polícia Civil, a Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar. No Distrito Federal essas competências pertencem à União, por força do artigo 21, incisos XIII e XIV, da Constituição Federal. Portanto, a Lei Orgânica do Distrito Federal não trata de nenhuma dessas matérias; são elas disciplinadas por leis federais, editadas pelo Congresso Nacional.

4.3) AUTONOMIA (X) SOBERANIA

Na federação brasileira, todos os entes federados são dotados, apenas, de autonomia (aliás, vimos que essa é uma característica de Estado do tipo Federado). Não há que se falar em soberania de um ente federado sobre outro, tampouco de subordinação entre eles. Todos são autônomos, nos termos em que estabelecido na Constituição Federal. Só se pode falar em soberania do todo, da República Federativa do Brasil, frente a outros Estados soberanos.

Significa dizer que todos os entes federados retiram sua autonomia do texto da Constituição, das competências que lhes foram outorgadas pelo texto constitucional. No exercício de suas competências fixadas constitucionalmente, o Município é tão autônomo quanto a União, quando esta atua no desempenho de suas competências próprias. Esse mesmo entendimento é aplicável aos Estados e ao Distrito Federal, no tocante às suas competências próprias. Se qualquer um dos entes federados (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios) extrapolar suas competências constitucionais, invadindo a competência de outro ente, estará agindo inconstitucionalmente, em flagrante desrespeito à Constituição Federal.

4.4) NORMAS DE ORGANIZAÇÃO DOS ENTES

Os Estados-membros organizam-se e regem-se pelas Constituições que adotarem, desde que observados os princípios da Constituição Federal (CF, art. 25).

Os Municípios e o Distrito Federal regem-se por Lei Orgânica, aprovada pela Câmara Municipal e pela Câmara Legislativa, respectivamente (CF, artigos 29 e 32).

Em termos de competências, a Constituição enumerou expressamente a competência da União (artigos 21 e 22) e dos Municípios (art. 30). Ao Distrito Federal foram atribuídas as competências dos Estados e Municípios (art. 32, § 1º), com a ressalva já feita, de que nem todas as competências estaduais foram estendidas ao Distrito Federal. Em relação aos Estados-membros, optou-se pela denominada competência remanescente, sendo-lhes reservadas as competências que não lhes sejam vedadas no texto constitucional (art. 25, § 1º).

Os governadores e prefeitos são eleitos pelo sistema majoritário.

A eleição de governador e do vice-governador, para mandato de quatro anos, realizar-se-á no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, sem segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato de seus antecessores, e a posse ocorrerá em primeiro de janeiro do ano subsequente. No mais, será observado o procedimento para a eleição do Presidente da República, estabelecido no art. 77 da Constituição Federal.

A eleição de prefeito e vice-prefeito, para mandato de quatro anos, será mediante pleito direto e simultâneo realizado no primeiro domingo de outubro do ano anterior ao término do mandato dos que devam suceder. Para os Municípios com até 200.000 (duzentos mil) eleitores não haverá segundo turno, isto é, será considerado eleito o candidato que, em um só turno de votação, obtiver o maior número de votos. Nos Municípios com mais de 200.000 (duzentos mil) eleitores poderá haver segundo turno se nenhum candidato obtiver no primeiro turno a maioria absoluta dos votos válidos, observado, no mais, o procedimento para a eleição do Presidente da República, estabelecido no art. 77 da Constituição Federal.

Os deputados estaduais e vereadores são eleitos pelo sistema proporcional.

Os deputados estaduais serão eleitos para mandato de quatro anos, e o número de integrantes da Assembléia Legislativa corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, quando atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os deputados federais acima de doze (CF, art. 27).

Assim, se o Estado possui 8 representantes na Câmara dos Deputados, serão 24 os integrantes da Assembléia Legislativa; se forem 9 os representantes do Estado na Câmara dos Deputados, serão 27 os integrantes da Assembléia Legislativa; se forem 12 deputados federais, serão 36 deputados estaduais.

Como se vê, até 12 Deputados Federais a regra é muito simples: basta multiplicar o número de Deputados Federais por três e teremos a composição da Assembléia Legislativa (relação de "1 para 3": para cada Deputado Federal, o Estado terá três Deputados Estaduais).

Porém, uma vez atingido o número de 36 integrantes da Assembléia Legislativa, a relação deixa de ser de "1 para 3" e passa a ser de "1 para 1", em relação ao número de Deputados Federais acima de 12. Se o Estado possui 14 representantes na Câmara dos Deputados, serão 38 os Deputados Estaduais na Assembléia Legislativa [(12 x 3) + 2].

Portanto, atingido o número de 36 Deputados Estaduais, o cálculo deixa de ser simplório, senão vejamos: quantos Deputados Estaduais terá o Estado que possuir 68 Deputados Federais? Quantos Deputados Federais terá o Estado que possuir 74 Deputados Estaduais?

Existe uma regra matemática para encontrarmos rapidamente o número de parlamentares, que é a seguinte:

a) se o enunciado da questão fornecer o número de Deputados Federais e solicitar o número de Deputados Estaduais:

a.1) até 12 Deputados Federais: multiplica-se por 3;

Exemplo: 10 Deputados Federais

$10 \times 3 = 30$ Deputados Estaduais

a.2) acima de 12 Deputados Federais: soma-se 24.

Exemplo: 68 Deputados Federais

$68 + 24 = 92$ Deputados Estaduais

b) se o enunciado da questão fornecer o número de Deputados Estaduais e solicitar o número de Deputados Federais:

b.1) até 36 Deputados Estaduais: divide-se por 3;

Exemplo: 27 Deputados Estaduais

$27 / 3 = 9$ Deputados Federais

b.2) acima de 36 Deputados Estaduais: subtrai-se 24.

Exemplo: 74 Deputados Estaduais

$74 - 24 = 50$ Deputados Federais

Considerando-se o número mínimo e máximo de Deputados Federais (mínimo de oito e máximo de setenta, nos termos do art. 45, § 1º, da CF/88), chega-se facilmente ao número mínimo e máximo de Deputados Estaduais (mínimo de 24 e máximo de 94).

A eleição para Vereador, para mandato de quatro anos, será realizada simultaneamente com a de Prefeito, e o número de vereadores será proporcional à população do Município, observados os seguintes limites:

- a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes;
- b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes;
- c) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes.

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os Municípios **não** são livres para fixar o número de Vereadores da Câmara Municipal dentro dessas três faixas, devendo ser observada uma proporcionalidade aritmética, de forma que os municípios têm direito a um vereador para cada 47.619 habitantes, observados os limites mínimo e máximo estabelecidos pela Constituição Federal (RE 197917, rel. Min. Maurício Correa, 25/03/2004).

Esse entendimento do STF foi referendado pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e valerá a partir das eleições de outubro de 2003, isto é, os Municípios que estão com número de Vereadores superior a esse entendimento do STF terão a composição da Câmara Municipal reduzida nas próximas eleições.

O subsídio do Governador será fixado por lei de iniciativa da Assembléia Legislativa (CF, art. 28, § 2º); o dos Deputados Estaduais será fixado por lei de iniciativa da Assembléia Legislativa, na razão de, no máximo, 75% daquele estabelecido, em espécie, para os Deputados Federais (CF, art. 27, § 2º); o do Prefeito será fixado por lei de iniciativa da Câmara Municipal (CF, art. 29, V); o dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, observados os limites previstos no art. 29, VI, da Constituição Federal.

O Prefeito será julgado perante o Tribunal de Justiça (CF, art. 29, X) e o Governador perante o Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, "a"). Os Deputados Estaduais e os Vereadores não possuem foro especial definido na Constituição Federal.

Entretanto, segundo a jurisprudência do STF, compete à Justiça Federal de segunda instância (Tribunal Regional Federal) o julgamento dos crimes praticados por prefeito em detrimento de bens, serviços ou interesse da União, hipótese em que não se aplica o art. 29, X, da CF.

O art. 31 da Constituição Federal versa sobre os controles incidentes sobre as municipalidades, e esses aspectos são muito exigidos em concursos públicos, razão pela qual destacarei todos os comandos constitucionais, ainda que sejam eles auto-explicativos.

A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei (CF, art. 31).

Esse controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver (CF, art. 31, § 1º). Essa ressalva da parte final do dispositivo (“onde houver”) refere-se aos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, haja vista que a vigente Constituição veda a criação, pelos Municípios, de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais (CF, art. 31, § 4º). Entretanto, foram mantidas as Cortes de Contas nos Municípios que as possuíam (os Estados de São Paulo e Rio de Janeiro possuem Corte de Contas Municipais).

No intuito de conferir maior credibilidade ao parecer emitido pela Corte de Contas sobre as contas anuais do Prefeito, dispõe a Constituição que este parecer só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal (CF, art. 31, § 2º). Dificultou-se, assim, o afastamento, pela Câmara Municipal, do parecer emitido pela Corte de Contas.

O legislador constituinte estabeleceu, no tocante às contas dos Municípios, o denominado “controle popular”, ao prescrever que as contas municipais ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei (CF, art. 31, § 3º).

4.5) MAIORES GARANTIAS DA FEDERAÇÃO

Sabe-se que a nossa Federação é do tipo “federação de equilíbrio”, isto é, sua manutenção está fundamentada no equilíbrio entre as competências e autonomia dos entes federados, no tão falado “equilíbrio federativo”.

Preocupado em assegurar a autonomia dos entes federativos, núcleo do equilíbrio federativo, o legislador constituinte originário estabeleceu, no próprio texto constitucional, mecanismos que visam à estabelecer proteção ao modelo federativo por ele desenhado. São vários os dispositivos constitucionais que, em maior ou menor grau, têm essa preocupação. Enumeramos abaixo alguns comandos constitucionais que, segundo a melhor doutrina, representam as maiores garantias constitucionais da nossa federação:

- a) repartição de competências (ao partilhar as competências estatais entre os diferentes entes políticos, está a Constituição outorgando-lhes autonomia para a atuação no âmbito das respectivas áreas, e assim assegurando o equilíbrio federativo);
- b) rigidez da Constituição (ao estabelecer a rigidez da Constituição, dificultou-se a modificação da partilha de competências entre os entes políticos, haja vista que esta somente será possível por meio da

aprovação de emenda à Constituição, pelo procedimento especial e árduo, exigido constitucionalmente);

c) controle de constitucionalidade (haja vista que caberá ao Poder Judiciário fiscalizar o exercício das competências delineadas no texto constitucional; a atuação de qualquer um dos entes federados fora de sua competência específica deverá ser anulada pelo Poder Judiciário, por meio dos mecanismos de controle de constitucionalidade);

d) imunidade recíproca de impostos, prevista no art. 150, VI, "a", da CF/88 (ao impedir a exigência de impostos uns dos outros, impede o legislador constituinte que a autonomia de um ente político seja prejudicada por outro, por meio da imposição gravosa de impostos);

e) repartição das receitas tributárias, prevista nos artigos 157 a 159 da CF/88 (ao estabelecer a obrigatoriedade da repartição das receitas de tributos entre os entes federados, buscou o legislador constituinte assegurar uma relativa equivalência econômico-financeira entre eles, aspecto fundamental para o equilíbrio federativo);

f) o mecanismo de intervenção de um ente federado sobre outro, previsto nos artigos 34 a 36 da CF/88 (em certas hipóteses, a intervenção terá por fim específico assegurar a manutenção do equilíbrio/harmonia de nossa Federação).

Esses certamente não são os únicos, mas os principais comandos constitucionais que têm por preocupação maior a manutenção da unidade da nossa Federação.

4.6) LIMITES À CONSTITUIÇÃO DO ESTADO, À LEI ORGÂNICA DO DF E À LEI ORGÂNICA DOS MUNICÍPIOS

Vimos que os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições que adotarem, bem assim os Municípios e o Distrito Federal são regidos pelas respectivas Leis Orgânicas que adotarem.

Esses entes políticos, porém, ao elaborarem suas normas constitutivas – Constituições ou Leis Orgânicas – deverão observar aos princípios e limites estabelecidos na Constituição Federal, sob pena de absoluta inconstitucionalidade. De fato, sempre que uma norma da Constituição do Estado ou da Lei Orgânica do Distrito Federal ou dos Municípios contrariar a Constituição Federal será inválida, por inconstitucionalidade.

Acontece que a Constituição Federal nem sempre foi expressa no tocante à competência dos entes federados, surgindo, em razão disso, diversas dúvidas sobre a competência dos Estados e dos Municípios para o tratamento de certas matérias. Enfim, diante da ausência de clareza do texto da Constituição Federal, as Constituições dos Estados e as Leis Orgânicas dos Municípios disciplinaram matérias diversas, sobre as quais não havia consenso a respeito da competência. Algumas dessas

matérias foram então levadas ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, questionando-se a legitimidade do Estado (ou do Município) para o seu tratamento na Constituição do Estado (ou na Lei Orgânica do Município). Coube então ao STF fixar, caso a caso, a real competência para a disciplina da matéria.

Ao apreciar essas controvérsias, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que **a Constituição do Estado não pode:**

(a) adotar sistema eleitoral distinto daqueles previstos na Constituição Federal;

A Constituição Federal prevê dois sistemas eleitorais: o majoritário (para eleição dos Chefes do Executivo e Senadores da República) e o proporcional (para eleição dos Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores). Não poderão os Estados-membros contrariar o texto da Constituição Federal, estabelecendo, por exemplo, um sistema eleitoral misto para a eleição dos Deputados Estaduais.

Essa mesma vedação aplica-se à Lei Orgânica do Distrito Federal e dos Municípios, no tocante aos sistemas eleitorais de seu âmbito.

(b) condicionar a nomeação ou a exoneração/destituição dos Secretários de Estado à prévia aprovação da Assembléia Legislativa:

Os Secretários de Estado são os auxiliares do Governador de Estado, assim como os Ministros de Estado são os auxiliares do Presidente da República.

Pois bem, no plano federal, os Ministros de Estado são de livre nomeação e exoneração/destituição do Presidente da República (CF, art. 84, I), modelo que deverá ser seguido no âmbito estadual, não podendo a Constituição do Estado condicionar a sua nomeação, exoneração ou destituição à prévia aprovação da Assembléia Legislativa.

Segundo o STF, haveria, nessa situação, uma indevida ingerência do Poder Legislativo na esfera de competência do Executivo, em ofensa ao princípio da separação de poderes.

Essa mesma vedação aplica-se à Lei Orgânica do Distrito Federal e dos Municípios, no tocante à nomeação, exoneração ou destituição dos respectivos Secretários Municipais.

(c) condicionar a eficácia dos convênios celebrados pelo Chefe do Executivo à prévia aprovação da Assembléia Legislativa;

A celebração de convênios administrativos é matéria da competência do Chefe do Executivo, como responsável pelo exercício da direção superior da Administração Pública (CF, art. 84, II).

Assim, os Chefes do Executivo de dois Estados-membros poderão celebrar convênio para a consecução de determinada atividade de

interesse comum desses entes federados. Entende o STF que não poderá a Constituição do Estado condicionar a eficácia desse convênio à prévia aprovação da Assembléia Legislativa, sob pena de, novamente, ofensa ao princípio da separação de poderes.

Essa mesma vedação aplica-se à Lei Orgânica do Distrito Federal e dos Municípios, no tocante aos convênios celebrados pelos respectivos chefes do Executivo.

(d) definir os crimes de responsabilidade do Governador;

Segundo a jurisprudência do STF, somente a União, por lei federal, poderá definir crimes de responsabilidade, por força do art. 22, I, da Constituição Federal, que outorga competência privativa à União para legislar sobre direito penal.

Essa mesma vedação aplica-se à Lei Orgânica do Distrito Federal e dos Municípios, no tocante à definição dos crimes de responsabilidade do Governador e Prefeito.

(e) estabelecer os casos em que as disponibilidades de caixa dos Estados poderão ser depositadas em instituições financeiras não-oficiais;

Determina a Constituição Federal que as disponibilidades de caixa dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas serão depositadas em instituições financeiras oficiais, **ressalvados os casos previstos em lei** (CF, art. 164, § 3º).

A **lei** poderá, então, prever casos em que as disponibilidades de caixa dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderão ser depositadas em instituições financeiras não-oficiais. Mas, que lei é essa? Será uma lei de cada ente federativo? Será o próprio Estado, ou o próprio Município, que adotará sua lei, prevendo tais casos em que seus recursos poderão ser depositados em instituições privadas?

Segundo a jurisprudência do STF, não será o ente federado (Estado, DF ou Município) que editará sua própria lei prevendo tais casos, mas sim o Congresso Nacional, por meio de lei ordinária federal, que fixará os mesmos casos para observância por parte de todos os entes federados.

Portanto, a competência para editar essa lei, prevendo tais casos em que os recursos desses entes federados poderão ser depositados em instituições não-oficiais, é da União, por meio de **lei ordinária federal**.

Essa mesma vedação aplica-se aos Municípios e ao Distrito Federal, no tocante às suas disponibilidades de caixa.

(f) tratar de matéria de iniciativa privativa do Chefe do Executivo, tais como regime jurídico, aposentadoria, remuneração e concessão de vantagens a servidores públicos do Poder Executivo;

Esse ponto merece uma explicação mais detalhada, em face de ser ele reiteradamente cobrado nos mais diversos concursos públicos.

A Constituição Federal estabelece certas matérias cuja iniciativa de lei é privativa do Presidente da República (art. 61, § 1º). Entre essas matérias destacam-se aquelas relativas à Administração Pública e aos servidores públicos do Poder Executivo, tais como: criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública. Em relação a essas matérias, portanto, só o Presidente da República poderá desencadear o processo legislativo, isto é, apresentar projeto de lei perante o Poder Legislativo.

Por força do federalismo, o STF firmou entendimento de que essa iniciativa privativa do Presidente da República é de observância obrigatória pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, adequando-se a iniciativa, conforme o caso, ao Governador ou ao Prefeito. Assim, as matérias que são de iniciativa privativa do Presidente da República no plano federal, são de iniciativa privativa do Governador, no âmbito estadual, e do Prefeito, na esfera municipal.

A partir desse entendimento do STF, alguns Estados (e Municípios) começaram a tratar dessas matérias no próprio texto da Constituição do Estado (e da Lei Orgânica), como meio de burlar a iniciativa privativa do Governador (e do Prefeito). Foi o meio encontrado pelos Deputados Estaduais (e vereadores) de burlar a vedação constitucional, e de ter iniciativa sobre tais matérias, por meio da apresentação de proposta de emenda à Constituição do Estado (e da Lei Orgânica). Pensaram eles: nós não podemos apresentar “projeto de lei” sobre essas matérias, por força do entendimento do STF; porém, nada impede que apresentemos “proposta de emenda à Constituição do Estado” sobre tais matérias, emenda essa que será aprovada e promulgada por nós, sem nenhuma participação do Chefe do Executivo (visto que emenda à Constituição não se submete à sanção ou veto).

Em face dessa flagrante fraude à Constituição Federal, o STF firmou entendimento de que as matérias que são previstas na Constituição Federal como de iniciativa privativa do Chefe do Executivo (CF, art. 61, § 1º) não podem ser disciplinadas na Constituição do Estado ou nas Leis Orgânicas dos Municípios e Distrito Federal. Essas matérias só poderão ser disciplinadas mediante lei, de iniciativa privativa do respectivo chefe do Executivo (Governador ou Prefeito, conforme o caso).

Portanto, não pode a Constituição do Estado (ou a Lei Orgânica do Município) tratar de regime jurídico, remuneração, aposentadoria e

concessão de vantagens a servidores públicos. Essas matérias somente poderão ser veiculadas em lei de iniciativa do respectivo chefe do Poder Executivo, em respeito ao disposto no art. 61, § 1º, da Constituição Federal.

Atenção: muita atenção no momento de resolver a prova do concurso, pois esse ponto tem sido cobrado em enunciados abreviados, do tipo: “A Constituição do Estado pode conceder auxílio creche aos servidores públicos estaduais”.

Não, não pode. Não pode porque se cuida de concessão de vantagem a servidores públicos, matéria de iniciativa privativa do Chefe do Executivo, que, portanto, não pode ser disciplinada na Constituição do Estado. Essa vantagem – auxílio creche, ou outras quaisquer – só poderá ser concedida aos servidores públicos estaduais mediante lei de iniciativa do Governador do Estado.

(g) outorgar competência para a Assembléia Legislativa julgar suas próprias contas;

Esse entendimento do STF nos auxilia na formação de uma boa noção sobre o controle externo de contas no nosso País, matéria disciplinada no art. 71 e seguintes da Constituição Federal.

Estabelece a Constituição Federal que o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União. Portanto, o controle externo é incumbência do Congresso Nacional, que o fará com o auxílio do Tribunal de Contas da União. Entretanto, em que pese a natureza de órgão auxiliar do Legislativo, o Tribunal de Contas da União possui atribuições próprias, enumeradas nos incisos do art. 71 da Constituição Federal.

Especificamente no tocante ao controle das contas públicas, a Constituição delineou claramente a competência do Tribunal de contas da União, conforme explicado a seguir.

No tocante às contas do Presidente da República (art. 71, I), não lhe cabe julgá-las, mas, tão-somente, **apreciá-las**, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado no prazo de sessenta dias a contar de seu recebimento. Portanto, não cabe ao Tribunal de Contas da União julgar as contas do Presidente da República. Serão elas, apenas, apreciadas pelo Tribunal, mediante parecer prévio. Posteriormente, quem as julgará será o Congresso Nacional, por força do art. 49, IX, da CF/88.

Quanto às contas dos demais administradores públicos, a competência para o julgamento é do próprio Tribunal de Contas da União (art. 71, II), e não do Congresso Nacional.

Simple o entendimento: no tocante às contas do Presidente da República, a competência do Tribunal de Contas da União será, apenas, para apreciá-las, visto que a competência para o julgamento é do Congresso Nacional; relativamente às contas dos demais administradores públicos, a competência para o julgamento é do próprio Tribunal de Contas da União.

Esse modelo, por força do art. 75 da CF/88, é de observância obrigatória no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em relação às suas Cortes de Contas. Assim, no âmbito estadual, a competência para julgar as contas do Governador será da Assembléia Legislativa, após a apreciação, mediante parecer prévio, no prazo de sessenta dias, do Tribunal de Contas do Estado; e a competência para o julgamento das contas dos demais administradores públicos estaduais será do Tribunal de Contas do Estado. No âmbito municipal, a competência para julgar as contas do Prefeito será da Câmara Municipal, após a apreciação, mediante parecer prévio, no prazo de sessenta dias, do Tribunal de Contas do Estado (ou do Município, onde houver); e a competência para o julgamento das contas dos demais administradores será da respectiva Corte de Contas.

Portanto, a Constituição do Estado (ou a Lei Orgânica do Município) não pode outorgar à Assembléia Legislativa (ou à Câmara Municipal) a competência para julgar as próprias contas, pois essa competência, por força da Constituição Federal, é da respectiva Corte de Contas.

Enfim, a competência do Poder Legislativo (Congresso Nacional, Assembléia Legislativa e Câmara Municipal) é para o julgamento das contas do Chefe do Executivo. A competência para o julgamento das contas dos demais administradores é da respectiva Corte de Contas, competência esta que não poderá ser afastada pelas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas.

Aproveito o ensejo para tratar de questão relacionada a esse ponto, que foi recentemente enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, que é a seguinte: e as contas da própria Corte de Contas dos Estados? Quem dispõe de competência para julgá-las? Quem julga as contas do Tribunal de Contas do Distrito Federal, a própria Corte de Contas ou a Câmara Legislativa?

O entendimento dominante entre nós era o de que, por força do art. 71, II, da Constituição Federal, caberia à própria Corte de Contas o julgamento de suas contas.

No Distrito Federal, porém, a Lei Orgânica outorgou competência privativa à Câmara Legislativa do Distrito Federal para apreciar e julgar, anualmente, as contas do Tribunal de Contas do Distrito Federal.

A questão foi levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Governador do Distrito Federal, que requereu a declaração da inconstitucionalidade dessa determinação da Lei Orgânica do Distrito Federal (ADIN 1175/DF).

O Supremo Tribunal Federal considerou constitucional a regra da Lei Orgânica do Distrito Federal, sob o fundamento de que, tendo em conta o princípio constitucional que impõe a prestação de contas no âmbito da administração pública direta e indireta, que os tribunais de contas, embora detenham autonomia, como ordenadores de despesas, possuem o dever de prestar contas a outro órgão, e, ainda, que o crivo feito pelo Poder Legislativo harmoniza-se com a Constituição Federal (ADIN 1175/DF, rel. orig. Min. Carlos Velloso, rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, 4/8/2004).

Portanto, podemos concluir que, segundo a jurisprudência do STF, **não desrespeita a Constituição Federal norma da Constituição do Estado (da Lei Orgânica do DF, ou da Lei Orgânica dos Municípios, onde houver Corte de Contas) que outorga competência ao Poder Legislativo local a competência para o julgamento das contas das respectivas Cortes de Contas.**

h) condicionar a nomeação do Procurador-Geral de Justiça à prévia aprovação da Assembléia Legislativa.

Sabe-se que o Procurador-Geral de Justiça é o Chefe do Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, assim como o Procurador-Geral da República é o Chefe do Ministério Público da União.

Sabe-se, também, que a Constituição Federal condicionou a nomeação do Procurador-Geral da República à prévia aprovação do Senado Federal, por maioria absoluta (CF, art. 128, § 1º).

A partir dessa determinação constitucional, no tocante ao Procurador-Geral da República, algumas Constituições Estaduais copiaram essa mesma regra para o processo de nomeação do Procurador-Geral de Justiça, isto é, determinaram a obrigatoriedade de sua prévia aprovação pela Assembléia Legislativa, por maioria absoluta de votos.

Entretanto, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é inconstitucional norma da Constituição de Estado que condiciona a nomeação do Procurador-Geral de Justiça à prévia aprovação da Assembléia Legislativa, visto que a Constituição Federal estabelece regra específica sobre o assunto (CF, art. 128, § 3º), distinta daquela estabelecida para a nomeação do Procurador-Geral da República.

De fato, ao tratar do processo de nomeação dos Procuradores-Gerais de Justiça a Constituição Federal estabeleceu regra distinta, sem nenhuma

participação do Poder Legislativo, nos termos seguintes (CF, art. 128, § 3º):

“Os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios formarão lista tríplice dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução”.

Portanto, o processo de nomeação do Procurador-Geral de Justiça nos Estados-membros é distinto daquele estabelecido para a nomeação do Procurador-Geral da República, sem nenhuma participação do Poder Legislativo: o próprio Ministério Público do Estado elaborará lista tríplice dentre integrantes da carreira e o Governador escolherá e nomeará um dos três, sem nenhuma participação da Assembléia Legislativa.

A Assembléia Legislativa participará, se for o caso, da destituição do Procurador-Geral de Justiça, por deliberação de maioria absoluta, na forma da lei complementar respectiva (CF, art. 128, § 4º).

No Distrito Federal, em razão de a competência para organizar e manter o Ministério Público pertencer à União (CF, art. 21, XIII), o Procurador-Geral de Justiça será nomeado pelo Presidente da República (e não pelo Governador do Distrito Federal), a partir de lista tríplice elaborada pelo próprio Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, e a sua destituição, se houver, será por deliberação de maioria absoluta do Senado Federal (e não por maioria absoluta da Câmara Legislativa do Distrito Federal).

Bem, acho que foi possível tratarmos dos principais pontos referentes à organização do Estado na vigência da Constituição Federal de 1988. Diversos outros aspectos relacionados ao assunto serão abordados em aulas futuras, quando tratarmos de outros tópicos específicos do Direito Constitucional (processo legislativo, Poder Executivo etc.). Quis, apenas, reunir e destacar aqui os pontos mais exigidos em concursos públicos recentes.

Um forte abraço – e até a próxima semana.

Vicente Paulo.

EXERCÍCIOS DE CONCURSOS:

1) Segundo a CF/88, a criação de um Território, a partir do desmembramento de parte do território de um Estado, far-se-á por lei complementar, aprovada no Congresso Nacional, após aprovação da criação do Território, em plebiscito, do qual participa apenas a população diretamente interessada, sendo obrigatória, ainda, a audiência da Assembléia Legislativa do Estado.

- 2) Um dos elementos essenciais do princípio republicano é a obrigatoriedade de prestação de contas, pela administração pública, sob as penas da lei, no caso de descumprimento desta obrigação.
- 3) É elemento essencial do princípio federativo a concentração da soberania estatal na União, a quem compete a representação do Estado Federal no plano internacional.
- 4) Segundo a CF/88, as disponibilidades de caixa dos municípios poderão ser depositadas em instituições financeiras oficiais ou privadas, a critério do município.
- 5) Segundo a CF/88, o julgamento das contas da Mesa da Assembléia Legislativa é de competência do Tribunal de Contas do Estado, não sendo sua decisão meramente opinativa.
- 6) Em um Estado Parlamentarista, a chefia de governo tem uma relação de dependência com a maioria do Parlamento, havendo, por isso, uma repartição, entre o governo e o Parlamento, da função de estabelecer as decisões políticas fundamentais.
- 7) Segundo a CF/88, as eleições para Prefeito seguirão as mesmas regras definidas na Constituição para a eleição do Presidente da República, se o município tiver mais de duzentos mil habitantes.
- 8) Com relação ao controle interno nos municípios, a CF/88 só prevê expressamente a existência de sistemas de controle interno no Poder Executivo municipal, o que não impede que a lei orgânica municipal preveja a existência de controle interno no âmbito do Poder Legislativo.
- 9) O parecer prévio, emitido pelo órgão competente, sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, é meramente indicativo, podendo ser rejeitado pela maioria simples dos membros da Câmara de Vereadores.
- 10) Somente os ministérios públicos dos estados e o do DF e territórios formarão lista tríplice entre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu procurador-geral, que será nomeado pelo chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.
- 11) Como é típico do princípio republicano, o chefe do Poder Executivo brasileiro, durante a vigência de seu mandato, pode ser responsabilizado por crimes políticos, embora não o possa ser por crimes comuns.
- 12) Como corolário do princípio federativo, acolhido pela Constituição Federal brasileira, os estados têm autonomia para organizar-se e reger-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios da Constituição Federal, sendo-lhes reservadas as competências que lhes

são atribuídas por ela, mediante um rol taxativamente enumerado, a exemplo do que ocorre com a União e os municípios.

13) Tanto no presidencialismo quanto no parlamentarismo, em se tratando de uma República, coincidem as pessoas do chefe de Estado e do chefe de governo.

14) O sistema federativo brasileiro é composto por quatro espécies de pessoas jurídicas de direito público, entre elas os municípios.

15) Cabe aos Tribunais de Contas emitir parecer sobre as contas dos Chefes do Executivo, mas não lhes cabe julgá-las.

16) Não afronta a Constituição Federal a norma da lei orgânica do Município que atribui à Câmara Municipal competência para julgar as suas próprias contas.

17) Não desrespeita a Constituição Federal norma da lei orgânica do Município que determina a prévia anuência da Câmara Municipal para os convênios celebrados por agentes do Executivo Municipal.

18) A criação de cargos, funções ou empregos públicos é matéria sob reserva de lei de iniciativa privativa do Presidente da República; este modelo, por força do federalismo, deve ser seguido pelos Estados e Municípios, adequando-se a iniciativa, conforme o caso, ao governador ou ao prefeito.

19) Lei de iniciativa de vereador poderá instituir direito de creche para os servidores públicos municipais.

20) Emenda à lei orgânica do Município poderá estabelecer a faculdade de servidores públicos municipais converterem em abono pecuniário um terço das suas férias anuais.

21) Vantagens de servidores públicos federais instituídas por lei federal não podem ser concedidas a servidor público estadual em norma da Constituição Estadual.

22) Nada impede que um Estado-membro no Brasil adote normas constitucionais caracteristicamente parlamentaristas, mesmo que tais normas não correspondam ao modelo presidencialista adotado no âmbito da União.

23) Os Estados-membros podem dispor sobre o sistema eleitoral, sendo-lhes possível adotar, por exemplo, o sistema distrital misto nas eleições parlamentares estaduais ou municipais.

24) Compete exclusivamente à legislação estadual dispor sobre matéria relacionada com a criação, fusão e desmembramento de Municípios.

25) É legítima previsão constitucional que condicione a nomeação ou a destituição de Secretários estaduais à aprovação da Assembléia Legislativa.

26) A Constituição estadual pode, legitimamente, subordinar a nomeação do Procurador-Geral da Justiça do Estado à prévia aprovação do seu nome pela Assembléia Legislativa.

GABARITOS OFICIAIS:

1) CERTO; combinação dos seguintes dispositivos constitucionais: art. 18, § 2º; art. 18, § 3º; art. 48, VI.

2) CERTO; vimos que uma das características marcantes da forma de governo republicana é a responsabilidade, a obrigação de prestar contas.

3) ERRADO; todos os entes federados, inclusive a União, dispõem, apenas, de autonomia.

4) ERRADO; as disponibilidades de caixa dos Municípios deverão ser depositadas em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei; essa lei, porém, deverá ser federal, editada pelo Congresso Nacional (CF, art. 164, § 3º).

5) CERTO; conforme vimos, a competência do Poder Legislativo para julgar contas diz respeito às contas do Chefe do Executivo; as contas dos demais administradores públicos, inclusive administradores da Assembléia Legislativa, serão julgadas pelo Tribunal de Contas respectivo (CF, art. 71, I e II).

6) CERTO; vimos que no Parlamentarismo a chefia de governo (Primeiro Ministro) tem uma relação de dependência com a maioria do Parlamento, visto que a permanência daquele no Poder depende da vontade da maioria parlamentar.

7) ERRADO; as eleições para Prefeito seguirão as mesmas regras definidas na Constituição para a eleição do Presidente da República nos Municípios com mais de duzentos mil eleitores (e não habitantes).

8) CERTO; o art. 31 da Constituição Federal refere-se expressamente, tão-somente, à existência de sistemas de controle interno do Poder Executivo, mas esse fato não impede a criação, pela Lei Orgânica Municipal, de sistema de controle interno no âmbito do Poder Legislativo.

9) ERRADO; o parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal (CF, art. 31, § 2º).

10) CERTO; reprodução da literalidade do art. 128, § 3º, da Constituição Federal, que disciplina o processo de escolha e nomeação do Procurador-Geral de Justiça nos Estados e no Distrito Federal.

11) ERRADO; o chefe do Poder Executivo brasileiro, durante a vigência do seu mandato, poderá ser responsabilizado, também, por crimes comuns; o Presidente da República responderá perante o STF, o Governador perante o Superior Tribunal de Justiça e o Prefeito perante o Tribunal de Justiça respectivo (CF, art. 86)

12) ERRADO; as competências dos Estados-membros não estão enumeradas taxativamente no texto constitucional, visto que lhes foram reservadas as competências que não lhes sejam vedadas pela Constituição, a denominada competência remanescente, prevista no art. 25, § 1º, da CF/88 (este assunto será detalhadamente estudado na próxima aula, em que trataremos do tópico “repartição de competências”).

13) ERRADO; no parlamentarismo não coincidem as pessoas que exercem a chefia de Estado (Chefe do Executivo) e a chefia de Governo (Primeiro Ministro).

14) CERTO; são, de fato, quatro os entes políticos de direito público no Brasil: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

15) CERTO; no tocante às contas do Chefe do Executivo, a competência das Cortes de Contas é, apenas, para apreciá-las, mediante parecer prévio, no prazo de sessenta dias a contar de seu recebimento (CF, art. 71, I); a competência para o julgamento é do Poder Legislativo (Congresso Nacional, Assembléia Legislativa, Câmara Legislativa e Câmara Municipal, conforme o caso).

16) ERRADO; conforme vimos, essa competência pertence ao Tribunal de Contas respectivo, e não poderá ser usurpada, sob pena de ofensa ao art. 75 da Constituição Federal.

17) ERRADO; segundo a jurisprudência do STF, é inconstitucional condicionar a eficácia de convênio celebrado pelo Executivo à prévia aprovação do Legislativo, por ofensa ao princípio da separação de poderes.

18) CERTO; conforme vimos, a iniciativa de lei constitucionalmente reservada ao Presidente da República (CF, art. 61, § 1º) é de observância obrigatória no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

19) ERRADO; regime jurídico e concessão de vantagens a servidores públicos são matérias de iniciativa privativa do Chefe do Executivo e, portanto, não podem ser tratadas no texto da Constituição do Estado ou da Lei Orgânica dos Municípios e Distrito Federal.

20) ERRADO; regime jurídico e concessão de vantagens a servidores públicos são matérias de iniciativa privativa do Chefe do Executivo e, portanto, não podem ser tratadas no texto da Constituição do Estado ou da Lei Orgânica dos Municípios e Distrito Federal.

21) CERTO; concessão de vantagens a servidores públicos é matéria de iniciativa privativa do Chefe do Executivo e, portanto, não pode ser tratada no texto da Constituição do Estado ou da Lei Orgânica dos Municípios e Distrito Federal.

22) ERRADO; embora não tenha sido gravado como cláusula pétrea na vigência da atual Constituição, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não podem afastar o regime presidencialista de governo (tampouco a forma de governo Republicana).

23) ERRADO; os entes federados não podem estabelecer sistema eleitoral distinto daqueles previstos na Constituição Federal (majoritário e proporcional).

24) ERRADO; a reorganização dos limites territoriais de Municípios depende da edição de lei complementar federal, que determine o período em que tal reorganização poderá ser efetivada (CF, art. 18, § 4º).

25) ERRADO; segundo a jurisprudência do STF, é inconstitucional condicionar a nomeação, a exoneração ou a destituição de Secretários de Estado (ou de Municípios) à aprovação da Assembléia Legislativa (ou da Câmara Municipal), por ofensa ao princípio da separação dos poderes, haja vista que, no plano federal, os Ministros de Estado são de livre nomeação, exoneração e destituição do Chefe do Executivo.

26) ERRADO; conforme vimos, a nomeação do Procurador-Geral de Justiça tem regra própria estabelecida na Constituição Federal, sem qualquer participação do Poder Legislativo (CF, art. 128, § 3º).

AULA 7: REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

Vimos na aula passada que o Estado brasileiro é do tipo Federado, composto de quatro espécies de entes políticos, a saber: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, todos dotados de autonomia.

Pois bem, se temos quatro entes políticos distintos dotados de autonomia convivendo num mesmo espaço territorial, é certo que cada um deles deve ter asseguradas constitucionalmente suas competências, ou, caso contrário, teríamos infindáveis conflitos entre tais entes.

Vamos pensar assim: em 1988, a Assembléia Nacional Constituinte tinha numa das mãos todas as competências do Estado brasileiro, e na outra mão os quatro entes federados para, entre eles, repartir essas competências.

Este será o objeto do nosso estudo de hoje: como o legislador constituinte repartiu as competências entre os diferentes entes federados? Que técnica adotou para efetivar essa partilha? Quais as competências foram atribuídas a cada ente federado?

Observe que “repartição de competências” é decorrência de um Estado do tipo Federado, pois num Estado Unitário não há que se falar em partilhar competências, haja vista que nele só haverá um ente político, que, conseqüentemente, acumulará todas as competências estatais. Por outro lado, uma vez fixada a partilha de competência na Constituição, ela passa a funcionar como maior garantia da existência do Estado Federado, da autonomia dos entes federados. Com efeito, diz a Constituição Federal que todos os entes federados são autônomos, “nos termos desta Constituição” (CF, art. 18). Significa dizer que cada um dos entes federados retira sua autonomia, precisamente, nas competências que lhe foram outorgadas pela Constituição. Ora, onde está a autonomia do ente Município? Exatamente nas competências que lhe foram atribuídas pela Constituição (esse mesmo raciocínio poderá ser empregado para os demais entes federados).

Bem, para facilitar o entendimento desse assunto, passaremos a examinar, na forma de itens, os pontos que considero relevantes para o fim de concurso público.

1) REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS E CLÁUSULA PÉTREA

A indagação nesse ponto é a seguinte: repartição de competências é cláusula pétrea na vigente Constituição Federal de 1988? Enfim, o modelo de partilha de competências estabelecido pelo legislador constituinte originário em 1988 pode, ou não, ser substancialmente alterado por meio de emenda constitucional?

Na vigente Constituição Federal, repartição de competências **não** é cláusula pétrea. Significa dizer que o modelo de repartição traçado em pelo legislador constituinte originário poderá sofrer modificações substanciais por meio de emenda constitucional. Nada impede, por exemplo, que uma matéria hoje integrante da competência legislativa concorrente seja repassada, por meio de emenda constitucional, à União; ou que uma matéria hoje integrante da competência dos Estados seja repassada aos Municípios – e assim por diante.

Portanto, fixe essa informação: na vigente Constituição da República repartição de competências **não** é cláusula pétrea.

Porém, outra indagação deve ser respondida: se repartição de competência não é cláusula pétrea, pode-se então afirmar que uma emenda constitucional pode modificar ilimitadamente o modelo de partilha estabelecido pelo legislador constituinte originário?

A resposta é negativa. O poder da emenda constitucional de alterar o modelo de repartição estabelecido pelo legislador constituinte originário é um poder limitado, pois a alteração não poderá ser **tendente a abolir** a forma federativa de Estado, sob pena de incorrer em ofensa à cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4º, I).

Exemplificando: as competências dos Municípios, fixadas na CF/88, não são absolutamente imutáveis, nada impede que uma emenda constitucional retire dos Municípios alguma competência; porém, seria flagrantemente inconstitucional

uma emenda constitucional que retirasse todas as competências dos Municípios e as repassasse aos Estados-membros, porque essa emenda seria, sem dúvida, **tendente a abolir** a forma federativa de Estado. Da mesma forma, seria flagrante inconstitucional uma emenda que retirasse dos Municípios a competência para instituir, fiscalizar e arrecadar seus tributos, haja vista ser esse aspecto de fundamental importância para a garantia da autonomia municipal (e, portanto, tal emenda também afrontaria o art. 60, § 4º, I, da CF/88, pois tenderia à abolição, ao enfraquecimento da forma federativa de Estado, idealizada pelo legislador constituinte originário).

Então, o aprendizado deste item foi o seguinte: repartição de competências na Constituição Federal de 1988 **não é cláusula pétrea**; nada impede, portanto, sejam promovidas modificações nessa repartição por meio de emenda constitucional; porém, **esse poder de modificação não é ilimitado**, pois a modificação não poderá ser de tal magnitude que tenda a abolir a forma federativa de Estado, o que violaria uma cláusula pétrea expressa (CF, art. 60, § 4º, I).

2) COMPETÊNCIAS ADMINISTRATIVAS E COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS

A Constituição Federal estabelece competências administrativas e competências legislativas para os diferentes entes políticos.

Temos competência administrativa quando a Constituição outorga ao ente a competência para atuar concretamente sobre a matéria, para explorar, para exercer efetivamente a competência.

Temos competência legislativa quando a Constituição outorga ao ente a competência para legislar, para regular, para estabelecer normas sobre a matéria. Se outorgada a competência legislativa à União para o trato de determinada matéria, outros entes poderão atuar no âmbito dessa matéria,

mas somente a União poderá legislar, regular essa forma de atuação.

Dois artigos nos auxiliam na compreensão dessa distinção: os artigos 21 e 22 da Constituição Federal.

O art. 21 estabelece a denominada “competência exclusiva da União”, de natureza administrativa. Assim, trata-se de competência administrativa para atuação efetiva sobre as matérias enunciadas nos seus incisos. Exemplificando: ao enunciar no inciso I que compete à União “manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais”, está a Constituição determinando que só a União poderá atuar nessa área (por exemplo: não há possibilidade jurídica de que um Estado ou um Município venha celebrar um tratado internacional). Portanto, anote: a competência administrativa é para exploração, para atuação efetiva sobre a matéria.

Bem diferente é o que ocorre na competência legislativa da União, estabelecida no art. 22 da Constituição Federal. Aqui, no tocante às matérias enunciadas nos incisos do art. 22, não se está afirmando que somente a União atuará sobre tais matérias. Não, de jeito nenhum. Está se afirmando que compete à união, privativamente, legislar sobre essas matérias, disciplinar, regular a exploração dessas matérias. Por exemplo: o inciso XI do art. 22 estabelece que compete privativamente à União legislar sobre “trânsito e transporte”. Ora, não se está aqui afirmando que só a União prestará serviços de transporte no Brasil, sabe-se que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios também prestam serviço de transporte de passageiros. O que a Constituição determina nesse dispositivo é que caberá à União legislar sobre essa matéria, estabelecer normas para a prestação desses serviços. Logo, quando os Estados, o Distrito Federa e os Municípios prestam serviços de transporte, estão eles obrigados a observar as regras estabelecidas pela União. Não poderão eles estabelecer regras próprias sobre trânsito e transporte.

Nesse sentido, recentemente o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional uma lei do Distrito Federal que obrigava a colocação, nas vias do Distrito Federal, de placa de aviso 300 metros antes das barreiras de controle eletrônico de velocidade, como meio de alertar os motoristas sobre o controle eletrônico de velocidade à frente. Referida lei foi declarada inconstitucional porque o Distrito Federal não tem competência para legislar sobre trânsito e transporte, matéria de competência privativa da União, por força do art. 22, XI, da Constituição Federal.

Nessa mesma linha, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal lei de Município no Estado do Paraná que estabelecia a obrigatoriedade do uso de cinto de segurança no transporte público municipal. Mais uma vez, houve ofensa ao art. 22, XI, da Constituição Federal, que outorga competência privativa à União para legislar sobre trânsito e transporte.

3) REPARTIÇÃO HORIZONTAL E REPARTIÇÃO VERTICAL

Há dois modelos distintos de repartição de competências que poderão ser adotados pelos Estados Federados: o modelo horizontal e o modelo vertical.

No modelo horizontal de repartição, não haverá hierarquia, subordinação de um ente federado sobre a atuação do outro. A competência é atribuída constitucionalmente a um ente federado e ele a exercerá sem nenhuma ingerência de outro ente federado. Daí a denominação “horizontal”, visto que não haverá verticalidade (relação de subordinação hierárquica) entre os entes federados, no trato da respectiva matéria. É exemplo de repartição horizontal o art. 21 da Constituição Federal, que outorga competência administrativa exclusiva à União, bem assim o art. 22, que estabelece a competência legislativa privativa da União. Veja que nesses casos a União exercerá sua competência sem a interferência, sem nenhuma ingerência de outro ente federado. É também exemplo de repartição horizontal a competência outorgada aos Municípios, no art. 30 da Constituição Federal, visto que estes, no

desempenho de tais atribuições constitucionais, não sofrerão qualquer ingerência por parte dos outros entes federados.

No modelo vertical de repartição, diferentes entes federados atuarão sobre as mesmas matérias, razão pela qual haverá uma relação vertical entre eles, vale dizer, haverá uma relação de hierarquia no trato dessas matérias. Pense assim: se diferentes entes federados atuarão sobre as mesmas matérias, certamente eles não poderão dispor dos mesmos poderes nessa atuação; deverão eles desempenhar funções diferentes no trato dessas matérias, sob pena de termos constantes conflitos entres tais entes federados.

Na Constituição Federal de 1988 temos um caso de repartição vertical de competências, que é o art. 24, que estabelece a competência legislativa concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal. Observe que no art. 24 é atribuída competência para a União, os Estados e o Distrito Federal legislar, concorrentemente, sobre as mesmas matérias (diferentes entes federados atuando sobre as mesmas matérias). Logo, se diferentes entes federados poderão legislar sobre as mesmas matérias, certamente esses entes federados não terão os mesmos poderes legislativos (haverá uma hierarquia entre eles, ao disciplinarem essas matérias). Por isso, os parágrafos do art. 24 estabelecem como será a atuação legislativa de cada um desses entes federados no trato das matérias, atuação essa que será estudada oportunamente, quando do exame pormenorizado da competência legislativa concorrente (veremos que à União caberá expedir normas gerais; aos Estados e ao Distrito Federal caberá suplementar as normas gerais da União etc.).

Nesse ponto, as informações mais importantes repassadas foram as seguintes: a Constituição Federal de 1988 adotou tanto o modelo horizontal, quanto o modelo vertical de repartição de competências, com predominância do primeiro (a única hipótese de repartição vertical de competência que temos é a competência legislativa concorrente, fixada no art. 24 da CF/88).

4) TÉCNICA DE REPARTIÇÃO ADOTADA PELA CF/88

Vistas essas noções básicas, estamos prontos para examinar como o legislador constituinte partilhou as competências do Estado brasileiro entre os diferentes entes federados.

O estudo da técnica de repartição de competências na nossa Constituição Federal deve começar pelo exame do **princípio da predominância do interesse**, pois foi ele o marco inicial, o princípio que norteou o legislador constituinte na partilha de competências entre os diferentes entes federados.

O princípio da predominância do interesse é de fácil entendimento, senão vejamos: temos na nossa Federação um ente nacional (União), um ente regional (Estados) e um ente local (Municípios); logo, de acordo com esse princípio, se a matéria é de interesse predominantemente nacional, deverá ser outorgada à União; se a matéria é de interesse predominantemente regional, deverá ser reservada aos Estados-membros; se a matéria é de interesse predominantemente local, deverá ser atribuída aos Municípios (o Distrito Federal, em face da vedação de sua divisão em Municípios, cumula as competências locais e regionais).

Um bom exemplo para o entendimento da aplicação do princípio da predominância do interesse temos na prestação do serviço de transporte de passageiros, em relação ao qual temos o seguinte: (a) se o transporte é intramunicipal (no âmbito do Município), há um predomínio do interesse local, razão pela qual a competência para sua prestação foi outorgada ao Município; (b) se o transporte é intermunicipal (entre Municípios, no âmbito de um mesmo Estado), predomina o interesse regional, sendo a competência do Estado; se o transporte é interestadual ou internacional (entre Estados-membros, ou envolvendo outros Países), há um explícito predomínio do interesse nacional, razão pela qual a competência para sua prestação foi outorgada à União.

Partindo do princípio da predominância do interesse, a Constituição Federal adotou a seguinte técnica para partilhar as competências entre os diferentes entes federados:

- a) enumerou expressamente as competências da União (competência enumerada, especialmente nos artigos 21 e 22 da CF/88);
- b) enumerou expressamente as competências dos Municípios (competência enumerada, especialmente no art. 30 da CF/88);
- c) outorgou ao Distrito Federal as competências dos Estados e Municípios (CF/88, art. 32, § 1º);
- d) reservou aos Estados-membros as competências que não lhes foram vedadas pelo texto constitucional (competência remanescente, não-enumerada, prevista no art. 25, § 1º, da CF/88);
- e) criou uma competência administrativa comum a todos os entes federados (competência administrativa comum, prevista no art. 23 da CF/88);
- f) criou uma hipótese de concorrência legislativa entre a União, Estados e Distrito Federal (competência legislativa concorrente, prevista no art. 24 da CF/88).

De fundamental importância essa noção: a CF/88 enumerou expressamente as competências da União e dos Municípios, outorgou as competências municipais e estaduais ao Distrito Federal, reservou aos Estados as competências remanescentes, além de estabelecer competência administrativa comum a todos os entes e legislativa concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal.

Passemos, então, ao exame dessas competências.

4.1) COMPETÊNCIA DA UNIÃO

As competências da União estão enumeradas nos artigos 21 e 22 da CF/88, que versam sobre duas espécies de competência: competência exclusiva da União e competência privativa da União.

O art. 21 trata da competência exclusiva da União, que, como vimos, se trata de competência administrativa, isto é, competência para que a União atue efetivamente sobre tais matérias. A principal característica dessa competência é a

indelegabilidade, ou seja, não há autorização constitucional para que a União delegue a competência para a atuação sobre essas áreas a outros entes federados. Por exemplo: não há possibilidade de que a União delegue competência aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para que esses entes federados celebrem um tratado internacional (CF, art. 21, I).

O art. 22 trata da competência privativa da União, que, como vimos, se trata de competência legislativa, isto é, competência para que a União legisle, estabeleça normas sobre tais matérias. A principal característica dessa competência é a **delegabilidade**, isto, é a possibilidade de que a União delegue a competência legislativa sobre tais matérias aos Estados e ao Distrito Federal, nos termos a seguir examinados.

Estabelece a Constituição Federal que a União poderá, por meio de lei complementar, autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias de sua competência privativa (CF, art. 22, parágrafo único). A respeito dessa possibilidade de delegação, temos o seguinte:

- a) a delegação somente poderá efetivar-se por meio de **lei complementar federal**, editada pelo Congresso Nacional;
- b) a possibilidade de delegação alcança, também, o Distrito Federal, visto que, embora não haja disposição expressa nesse sentido, cabe ao Distrito Federal as competências dos Estados (CF, art. 32, § 1º);
- c) caso a União decida efetivar essa delegação, deverá contemplar todos os Estados-membros e o Distrito Federal, sob pena de estabelecer-se uma desigualdade em termos legislativos entre os diferentes entes federativos (caso a delegação seja efetivada em favor de alguns Estados, estes ficariam numa situação de superioridade legislativa em relação aos demais);
- d) a delegação não poderá ser para que os Estados legislem plenamente sobre tais matérias, mas sim, tão-somente, sobre

questões específicas no âmbito dessas matérias enunciadas pelos incisos do art. 22 da Carta Política.

Exemplificando: compete privativamente à União legislar sobre Direito do Trabalho (CF, art. 22, I); portanto, a União poderá, por meio de lei complementar, autorizar os Estados e o Distrito Federal a legislar sobre tal ramo do Direito; porém, essa autorização não poderá ser para legislar plenamente sobre Direito do Trabalho, mas sim sobre “questões específicas” no âmbito dessa disciplina; foi o que ocorreu, por exemplo, com a edição da Lei Complementar nº 103, de 14/07/2000, em que a União autorizou os Estados e o Distrito Federal a instituir o piso salarial, previsto no art. 7º, V, da CF/88, para as categorias de trabalhadores não organizadas em sindicato; nesse caso, foi juridicamente correta a delegação da União, pois os Estados e o Distrito Federal foram, de fato, autorizados a legislar sobre uma “questão específica” no âmbito do Direito do Trabalho, qual seja, fixar o valor do piso salarial naquelas categorias de trabalhadores não organizadas em sindicato.

Competências da União	
Art. 21	Art. 22
Exclusiva da Unia	Privativa da União
Administrativa	Legislativa
Indelegável	Delegável

4.2) COMPETÊNCIA DOS ESTADOS-MEMBROS

A Constituição Federal não enumerou taxativamente a competência dos Estados-membros, reservando a estes a chamada “competência remanescente”, ao prescrever que “são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição” (CF, art. 25, § 1º).

Porém, não se pode afirmar que nenhuma competência tenha sido expressamente outorgada pela Constituição Federal aos

Estados-membros, haja vista que o próprio art. 25 da Constituição expressamente outorga aos Estados a competência para explorar os serviços de gás canalizado (CF, art. 25, § 2º), bem assim para instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões (CF, art. 25, § 3º).

Essa competência residual dos Estados-membros não pode ser confundida com a competência residual que possui a União, para instituir impostos (CF, art. 154, I) e contribuições de seguridade social (CF, art. 195, § 4º) não previstos na Constituição Federal. Assim, em relação à competência tributária não se aplicam as regras aqui estudadas, haja vista que, em termos de instituição de tributos, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem competência taxativamente enumerada (só poderão instituir os impostos expressamente autorizados pela Constituição Federal), enquanto a União dispõe de competência tributária residual (poderá instituir novos impostos e contribuições de seguridade social, além daqueles já autorizados expressamente no texto da Constituição Federal).

4.3) COMPETÊNCIA DO DISTRITO FEDERAL

Ao Distrito Federal, em razão de ser vedada sua divisão em Municípios, foram atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios (CF, art. 32, § 1º).

Entretanto, não se pode afirmar que todas as competências dos Estados-membros foram outorgadas ao Distrito Federal, pois este ente federado, ao contrário dos Estados, não dispõe de competência para organizar e manter, no seu âmbito, o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Polícia Civil, a Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal. A competência para a organização e manutenção desses órgãos do Distrito Federal pertence à União, por força do art. 21, incisos XIII e XIV da Constituição Federal.

4.4) COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS

A competência dos Municípios está enumerada no art. 30 da Constituição Federal, destacando-se a competência para legislar sobre assuntos de interesse local (CF, art. 30, I).

Segundo orientação do Supremo Tribunal Federal, entre os assuntos de interesse local, de competência dos Municípios, destacam-se: (a) a fixação de horário para o funcionamento do comércio local; (b) a fixação de regras relativas à segurança em instituições bancárias locais; (c) a exploração do serviço de funerária.

Entretanto, não cabe ao Município, mas sim à União, fixar o horário de funcionamento de agências bancárias localizadas na municipalidade, pois, nesse caso, predomina o interesse nacional, por envolver o funcionamento do sistema financeiro nacional.

4.5) COMPETÊNCIA COMUM

A competência administrativa comum está disciplinada no art. 23 da Constituição Federal, que enuncia um rol de matérias sobre as quais todos os entes federados poderão atuar.

Observe que, numa primeira vista, pode-se ficar com a idéia de que se trata de repartição vertical de competências, uma vez que diferentes entes federados atuarão sobre as mesmas matérias. Entretanto, não se cuida de partilha vertical de competências, uma vez que, no âmbito da competência comum, todos os entes federados atuarão paralelamente, em pé de igualdade, sem predominância da atuação de um sobre a de outro.

Portanto, que fique claro: no âmbito da competência comum, temos atuação paralela, horizontal, dos entes federados, isto é, todos os entes atuam em pé de igualdade, sem predominância de um sobre o outro; logo, a atuação de um ente federado sobre uma dessas matérias não afasta a atuação do outro (as atuações, em verdade, se complementam).

Exatamente por esse motivo – atuação paralela dos entes federados – é que dispõe a Constituição Federal que, no âmbito da competência comum, lei complementar deverá fixar normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (CF, art. 29, parágrafo único).

4.6) COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE

Estabelece a Constituição Federal que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre as diversas matérias arroladas nos incisos do seu art. 24, adotando, conforme dito antes, a técnica de **repartição vertical de competências**.

Observe que os Municípios não integram a competência legislativa concorrente, vale dizer, os Municípios não concorrem com a União e com os Estados no tocante à fixação de normas sobre essas matérias.

Porém, os Municípios poderão suplementar, no que couber, as leis federais e estaduais editadas no uso da competência legislativa concorrente, por força da autorização expressa constante do art. 30, II, da Constituição Federal. Essa competência dos Municípios é denominada “competência suplementar”, e poderá ser utilizada para suplementar uma lei federal ou estadual quando estas leis tratarem de matérias que tenham repercussão em assuntos de interesse local.

Mas, que fique claro: os Municípios não integram a competência legislativa concorrente, isto é, eles não concorrem com a União e com os Estados no tocante a legislar sobre as matérias enunciadas nos incisos do art. 24 da CF/88; eles apenas poderão suplementar as leis federais ou estaduais editadas no uso da competência legislativa concorrente, se couber, isto é, se estas leis tratarem de matéria que tenha repercussão em assunto de interesse local.

Enfim, o Município concorreria com a União e o Estado se existisse a seguinte regra constitucional: se a União e o Estado forem omissos, o Município poderá legislar plenamente

sobre a matéria; essa regra, porém, não existe, isto é, o Município poderá, apenas, suplementar a legislação federal ou estadual, no que couber, significando dizer que, se não houver lei federal ou estadual prévia, o Município nada poderá fazer a respeito, não poderá legislar sobre tais matérias.

Bem, vista a atuação do Município, na suplementação das leis federais ou estaduais resultantes do uso da competência legislativa concorrente, vejamos agora como será a atuação da União, dos Estados e do Distrito Federal no âmbito dessa competência legislativa concorrente.

Estabelece a Constituição Federal que no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais, bem assim que essa competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados e do Distrito Federal (CF, art. 24, §§ 1º e 2º).

Assim, o funcionamento padrão da competência legislativa concorrente seria este: a União editaria uma lei federal estabelecendo as normas gerais sobre a matéria e os Estados e o Distrito Federal suplementariam essa lei federal de normas gerais da União, editando suas leis e fixando as regras específicas.

Caso a União estabeleça, além de normas gerais, normas específicas, estará agindo inconstitucionalmente, por invadir a competência constitucional dos Estados-membros e do Distrito Federal (CF, art. 24, § 1º).

Porém, essa limitação imposta à União - de que sua competência limitar-se-á a estabelecer normas gerais - deve ser entendida da seguinte maneira: a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais no tocante aos Estados e ao Distrito Federal, não impedindo que a União venha a estabelecer normas específicas em relação aos seus próprios órgãos e entidades (órgãos e entidades federais).

Assim, mesmo no âmbito da competência legislativa concorrente é possível que a União estabeleça normas específicas, desde em relação aos órgãos e entidades

federais. Exemplificando: cabe à União e aos Estados legislar concorrentemente sobre custas dos serviços forenses (CF, art. 24, IV); logo, nessa matéria, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais em relação aos Estados, isto é, em relação às custas dos serviços forenses no âmbito da Justiça dos Estados-membros, caberá à União, somente, estabelecer normas gerais (a competência para fixar normas específicas pertence ao próprio Estado); agora, no tocante às custas dos serviços forenses no âmbito da Justiça Federal, a competência da União abrange não só o poder de estabelecer as normas gerais, como também para editar as normas específicas (afinal, se a própria União não estabelecer tais normas específicas, em relação à sua própria Justiça, quem as fixará?).

Esse mesmo raciocínio poderá ser aplicado às outras matérias integrantes da competência legislativa concorrente, como no caso de legislar sobre educação (CF, art. 24, IX): a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais sobre educação em relação às instituições de ensino dos Estados-membros e do Distrito Federal; em relação às instituições de educação federais (Universidades Federais, por exemplo), caberá à própria União editar tanto normas gerais, quanto normas específicas.

Portanto, fixe bem esta noção: mesmo no âmbito da competência legislativa concorrente, é possível que a União estabeleça normas específicas, desde que em relação aos seus órgãos e entidades (órgãos e entidades federais).

Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades (CF, art. 24, § 3º).

Esse dispositivo é o que, de fato, estabelece o núcleo da concorrência, isto é, se a União for omissa, se não editar sua lei federal de normas gerais, os Estados e o Distrito Federal poderão legislar plenamente sobre a matéria, para atender a suas peculiaridades. Então, a atuação dos Estados e do Distrito Federal não está dependente da prévia atuação da União; ao contrário, diante da omissão da União poderão eles

legislar plenamente sobre a matéria, nos respectivos âmbitos, editando tanto normas gerais quanto normas específicas.

Logo, podemos concluir que no âmbito da competência legislativa concorrente é possível que os Estados e o Distrito Federal estabeleçam normas gerais, desde que diante da omissão da União. Se a União é omissa, se não edita sua lei de normas gerais, determina a Constituição que os Estados e o Distrito Federal poderão legislar plenamente sobre a matéria, e este “legislar plenamente” certamente envolve a edição de normas gerais.

A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (CF, art. 24, § 4º).

Nesse ponto, a Constituição Federal deixa claro que o fato de a União ter sido omissa num primeiro momento, permitindo que os Estados e o Distrito Federal legislassem plenamente sobre a matéria, não significa que ela tenha perdido sua competência constitucional para a futura edição de normas gerais. A qualquer tempo poderá a União abandonar sua inércia, desconsiderar a existência de leis estaduais legislando plenamente sobre a matéria, e baixar uma lei federal estabelecendo as normas gerais. Nessa situação, caso a União edite supervenientemente sua lei federal de normas gerais, estabelece a Constituição que esta lei federal de normas gerais prevalecerá sobre a lei estadual, suspendendo a eficácia desta, no que lhe for contrário. Enfim, todos os dispositivos da lei estadual (editada diante da omissão inicial da União) que contrariarem a lei federal da União de normas gerais (editada supervenientemente) terão a eficácia suspensa por esta.

Essa suspensão de eficácia surte efeitos daí por diante (*ex nunc*) e perdurará enquanto estiver em vigor a lei federal de normas gerais da União. Se futuramente a União revogar sua lei federal de normas gerais, os dispositivos da lei estadual (que até então estavam com a eficácia suspensa por esta lei federal de normas gerais) readquirirão automaticamente sua eficácia, voltando a regular a matéria.

Importante ressaltar que a lei federal superveniente **suspende a eficácia** dos dispositivos da lei estadual, no que lhe for contrário. Não há, nessa situação, a **revogação** de tais dispositivos da lei estadual.

Se houvesse revogação, significaria dizer que tais dispositivos da lei estadual seriam retirados do ordenamento jurídico e, com isso, caso no futuro a lei federal de normas gerais fosse revogada, não haveria a reconstituição tácita dos dispositivos da lei estadual, isto é, eles não retornariam automaticamente para o ordenamento jurídico.

Entretanto, como há uma mera suspensão de eficácia, os dispositivos da lei estadual não serão retirados do ordenamento jurídico, eles permanecerão no ordenamento jurídico, mas com a eficácia suspensa, sem produzir efeitos, enquanto tiver vigência a lei federal de normas gerais. Se futuramente a lei federal de normas gerais for revogada por outra lei federal, os dispositivos da lei estadual readquirirão automaticamente sua eficácia, passando a regular novamente a matéria – sem necessidade de qualquer disposição expressa nesse sentido na lei federal revogadora.

Exemplificando: compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre pesca (CF, art. 24, VI); caso a União estabeleça as normas gerais sobre o assunto, os Estados e o Distrito Federal somente poderão complementar essas normas gerais e, por óbvio, não poderão contrariar tais normas gerais fixadas pela União; se a União for omissa, se não editar sua lei federal estabelecendo as normas gerais sobre caça, cada Estado e o Distrito Federal poderão, nos respectivos âmbitos, legislar plenamente sobre o assunto, para atender a suas peculiaridades; porém, caso futuramente a União abandone a inércia e edite sua lei federal de normas gerais sobre caça, todos os dispositivos das leis estaduais que contrariarem as normas gerais da lei federal ficarão com a eficácia suspensa, enquanto viger essa lei federal de normas gerais; finalmente, se no futuro a União resolver revogar sua lei federal de normas gerais, os

dispositivos das leis estaduais readquirirão automaticamente a eficácia e passarão, novamente, a regular a matéria.

Espero ter conseguido clarear os principais pontos desse assunto, para o fim de concurso público.

EXERCÍCIOS DE CONCURSOS:

1) A repartição de competências é o ponto nuclear da noção de Estado Federal, tendo a CF/88 adotado como princípio geral de repartição de competência a predominância do interesse.

2) Como corolário do princípio federativo, acolhido pela Constituição Federal brasileira, os estados têm autonomia para organizar-se e reger-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios da Constituição Federal, sendo-lhes reservadas as competências que lhes são atribuídas por ela, mediante um rol taxativamente enumerado, a exemplo do que ocorre com a União e os municípios.

3) Uma vez que a Constituição Federal define as competências exclusivas da União e dos municípios, é correto dizer que as competências não incluídas em nenhuma dessas duas órbitas dizem respeito somente aos estados, desde que tais competências não sejam concorrentes.

4) Lei complementar não pode autorizar a União a desempenhar serviços de interesse local.

5) Na competência legislativa concorrente, em face de omissão legislativa da União, prevê a CF/88 a competência legislativa plena de Estados e Distrito Federal.

6) A autonomia financeira dos municípios, reconhecida em razão do princípio federativo, adotado pela CF/88, implica a existência de autonomia para a instituição de seus tributos e gestão de suas rendas.

7) A possibilidade de a União instituir, mediante lei complementar, imposto não previsto expressamente como sendo um imposto de competência da União, desde que seja não-cumulativo e não tenha fato gerador ou base de cálculo

próprios de outros impostos discriminados na CF/88, constitui uma competência legislativa residual.

8) Se determinada competência administrativa não estiver arrolada entre aquelas expressamente conferidas pela Constituição à União, dever-se-á concluir que ela toca somente aos estados-membros e ao Distrito Federal, uma vez que, na técnica brasileira de repartição de competências, as chamadas competências reservadas cabem a estes e não àquela.

9) O modelo de federalismo adotado no Brasil prevê competências concorrentes para legislar e competências administrativas comuns.

10) A modificação da repartição tributária em eventual reforma constitucional não atinge o modelo de federação adotado, muito menos se pode configurar em ameaça a cláusula pétrea.

11) A organização e a manutenção, no DF, pela União, da Defensoria pública e do Ministério Público violam a autonomia desse ente federativo.

12) A Constituição Federal adotou sistema de repartição horizontal de competências, não acolhendo o sistema de repartição vertical.

13) A competência legislativa dos Estados-membros está enumerada taxativamente na Constituição, sendo inconstitucional, por invasão de competência, a lei estadual que dispuser sobre o assunto não especificado como próprio da atividade legiferante de Assembléia Legislativa.

14) Somente quando autorizado por lei complementar federal pode o Estado-membro legislar sobre questões específicas de matérias incluídas na competência privativa da União.

15) Os Estados-membros não estão impedidos de celebrar tratados internacionais, desde que com a interveniência expressa da União.

16) Não pode ser objeto de emenda à Constituição a proposta que intente alterar a competência concorrente dos entes federativos.

17) Em tema de competência legislativa concorrente, cabe à União estabelecer normas gerais e aos Estados-membros, normas específicas – estas últimas somente poderão ser promulgadas após editadas aquelas regras pela União.

18) A competência denominada literalmente de concorrente pela Constituição de 1988 cabe à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

19) A competência denominada literalmente de concorrente pela Constituição de 1988 importa a revogação da lei estadual, na hipótese de superveniência de lei do Congresso Nacional que lhe for contrária.

20) No âmbito da competência legislativa concorrente, cabe aos Estados-membros e também aos Municípios suplementar a legislação federal, no que couber.

GABARITOS OFICIAIS:

1) CERTO; repartição de competências é garantia maior de um Estado Federado, e a Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da predominância do interesse para partilhar as competências entre os entes federados.

2) ERRADO; as competências dos Estados não estão enumeradas num rol taxativo na Constituição Federal de 1988, tendo sido atribuída a esses entes federados a chamada competência remanescente, prevista no art. 25, § 1º, da CF/88.

3) ERRADO; uma competência pode não ser exclusiva da União, nem exclusiva dos Municípios, nem concorrente e pertencer a todos os entes federados, por integrar a competência comum, prevista no art. 23 da CF/88.

4) CERTO; serviço de interesse local é matéria de competência dos Municípios (CF/88, art. 30, I), e a repartição de competência fixada na Constituição Federal não pode ser alterada por meio de lei complementar.

- 5) CERTO; disposição expressa do art. 24, § 3º, da CF/88: se a União é omissa, os Estados e o Distrito Federal adquirem competência legislativa plena para atender a suas peculiaridades.
- 6) CERTO; previsão expressa do art. 30, III, da CF/88.
- 7) CERTO; a União possui competência legislativa residual para instituir impostos (CF, art. 154, I) e contribuições de seguridade social (CF, art. 195, § 4º) não previstos na Constituição Federal.
- 8) ERRADO; a competência pode não pertencer à União, mas poderá pertencer aos Municípios, ou a todos os entes federados (competência comum).
- 9) CERTO; temos a competência concorrente para legislar (CF, art. 24) e competência administrativa comum (CF, art. 23).
- 10) ERRADO; a princípio, a modificação da repartição tributária por meio de emenda constitucional é permitida; porém, essa modificação poderá configurar em ameaça a cláusula pétrea, a depender da sua magnitude, porque poderá levar ao enfraquecimento de um ente federado frente a outro, com tendência a abolir a forma federativa de Estado (CF, art. 60, § 4º, I).
- 11) ERRADO; ora, se é a própria Constituição Federal que prevê que a Defensoria Pública e o Ministério Público no DF serão organizados e mantidos pela União (CF, art. 21, XIII), não se pode falar em violação da autonomia desse ente federado por esse motivo.
- 12) ERRADO; a CF/88 adotou tanto o modelo horizontal, quanto o modelo vertical de repartição de competências.
- 13) ERRADO; as competências dos Estados não estão enumeradas num rol taxativo na Constituição Federal de 1988, tendo sido atribuída a esses entes federados a chamada competência remanescente, prevista no art. 25, § 1º, da CF/88.

14) CERTO; somente quando autorizado por lei complementar federal pode o Estado-membro legislar sobre questões específicas de matérias incluídas na competência privativa da União, conforme previsão expressa do art. 22, parágrafo único, da CF/88.

15) ERRADO; celebração de tratados internacionais é matéria da competência exclusiva da União e, portanto, indelegável (CF, art. 21, I).

16) ERRADO; emenda à Constituição pode sim alterar o modelo de partilha de competências, desde que tal alteração não implique tendência a abolir a forma federativa de Estado.

17) ERRADO; no âmbito da competência legislativa concorrente a atuação dos Estados e do Distrito Federal não depende de atuação prévia da União; ao contrário, diante da omissão da União esses entes adquire competência legislativa plena (CF, art. 24, § 3º).

18) ERRADO; os Municípios não integram a competência legislativa concorrente.

19) ERRADO; a lei federal superveniente suspende a eficácia da lei estadual (e não revoga), no que lhe for contrário (não se pode confundir revogação, quando a lei é retirada do ordenamento jurídico, com suspensão de eficácia, quando a lei permanece no ordenamento jurídico, sem produzir eficácia, sem gerar efeitos).

20) CERTO; os Municípios podem, de fato, complementar a legislação federal e estadual, no que couber (CF, art. 30, II), inclusive quando esta legislação federal ou estadual for resultante do uso da competência legislativa concorrente; este enunciado é da Esaf (concurso de Auditor-Fiscal da Receita Federal/2002) e não o considero perfeito, porque, na minha opinião, a sua parte inicial conduz ao entendimento de que os Municípios estariam atuando “no âmbito da competência legislativa concorrente”, o que não é verdade, pois estes não integram essa concorrência legislativa; em verdade, os Municípios estarão atuando “no âmbito de sua competência complementar”, prevista no art. 30, II, da CF/88;

entretanto, elaboramos recurso, à época, e a banca examinadora não mudou o gabarito oficial.

Um forte abraço – e até a próxima semana.

Vicente Paulo.

AULA 8: HIERARQUIA DAS LEIS

Na aula de hoje, estudaremos como está organizado o quadro de hierarquia das espécies normativas do nosso País, isto é, quais as relações de subordinação que existem entre as diferentes normas jurídicas do nosso País. Responderemos, nesta aula, indagações como estas: Quais as espécies estão num nível de superioridade em relação às demais? Será que existe hierarquia entre uma lei complementar e uma medida provisória? Uma resolução do Senado Federal é hierarquicamente inferior à lei ordinária? Uma norma constitucional gravada como cláusula pétrea está num patamar de superioridade hierárquica em relação a uma norma constitucional resultante de emenda constitucional?

O estudo da hierarquia das leis é de suma importância num dado ordenamento jurídico, pois para resolvermos os conflitos do dia-a-dia, na aplicação do Direito, temos que saber qual a relação de subordinação existente entre as normas conflitantes.

Com efeito, no Brasil, estamos sujeitos à incidência de uma infinidade de normas jurídicas, tais como: normas constitucionais originárias, emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções, decretos, portarias, regimentos dos tribunais do Poder Judiciário, tratados e convenções internacionais etc.

Vale lembrar, ainda, que boa parte dessas normas se repete no âmbito estadual e municipal: leis complementares federais, estaduais e municipais; emendas à Constituição Federal, à Constituição do Estado e à Lei Orgânica do Município; decretos do Presidente da República, do Governador e do Prefeito etc.

Em face dessa riqueza do nosso ordenamento jurídico, é comum termos conflitos entre essas normas no dia-a-dia, que precisarão ser resolvidos. Exemplificando: uma lei federal e uma lei estadual versando sobre direito ambiental (qual norma deverá prevalecer?); um decreto do Presidente da

República contrariando o texto de uma lei (qual norma deverá prevalecer?); uma matéria está hoje disciplinada na norma jurídica "X", e amanhã é publicada uma norma jurídica "Y", dando um novo tratamento a essa matéria, contrariando os termos da lei "X" (qual norma deverá prevalecer?). Para resolvermos esses conflitos temos que conhecer, entre outros aspectos, a relação de hierarquia existente entre tais normas conflitantes, pois é sabido que uma norma de hierarquia superior prevalecerá sobre a norma subordinada.

Por que dizemos que no caso de conflito entre uma lei e a Constituição Federal deverá prevalecer esta última? Porque sabemos, de antemão, que a Constituição está num patamar de superioridade hierárquica em relação à lei e, portanto, não poderá ser contrariada por esta. Por que afirmamos que um Decreto do Presidente da República não pode contrariar o texto de uma lei? Pela mesma razão, porque sabemos que o ato administrativo decreto não pode contrariar texto de lei – e assim por diante.

Vejamos, então, como se relacionam em termos hierárquicos as diferentes espécies normativas do nosso ordenamento jurídico.

1) HIERARQUIA ENTRE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS

Vimos que a nossa Constituição Federal de 1988 é do tipo rígida, por exigir um processo especial para modificação do seu texto. A exigência desse processo especial para elaboração das normas constitucionais termina por colocar a Constituição no ápice do ordenamento jurídico, numa situação de superioridade hierárquica em relação a todas as demais normas infraconstitucionais do ordenamento jurídico. Enfim, a rigidez constitucional faz nascer o "princípio da supremacia da Constituição", significando dizer que a Constituição está num patamar de superioridade hierárquica em relação a todas as demais normas do ordenamento jurídico, que não poderão, portanto, contrariar os comandos constitucionais.

Por outro lado, sabemos que as normas constitucionais originárias (inseridas na Constituição no momento de sua elaboração) foram elaboradas por um mesmo órgão, investido de poder constituinte originário (no caso da CF/88, pela Assembléia Nacional Constituinte). Logo, se todas as normas constitucionais originárias foram elaboradas por um mesmo poder, não se pode falar na existência de hierarquia entre elas.

Portanto, não há hierarquia entre normas constitucionais originárias, inseridas na Constituição no momento de sua elaboração, independentemente de seu conteúdo. Sejam elas materialmente constitucionais, sejam elas apenas formalmente constitucionais, sejam elas cláusulas pétreas, sejam elas permanentes ou integrantes do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), todas se situam num mesmo patamar hierárquico.

2) HIERARQUIA ENTRE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS E DERIVADAS

Normas constitucionais originárias são aquelas inseridas na Constituição no momento de sua elaboração, por obra do poder constituinte originário.

Normas constitucionais derivadas são aquelas inseridas na Constituição por meio da promulgação de emendas à Constituição, por obra do poder constituinte derivado, segundo os procedimentos de revisão (ADCT, art. 3º) ou de reforma (CF, art. 60).

Não há hierarquia entre normas constitucionais originárias e derivadas. Legitimamente promulgada uma emenda à Constituição, passa ela a integrar o ordenamento jurídico no mesmo nível hierárquico das normas constitucionais originárias.

Entretanto, não podemos afirmar que, pelo fato de não haver relação hierárquica, são elas juridicamente equivalentes. Não, não são. Existe uma relevante distinção entre as normas constitucionais originárias e as normas constitucionais derivadas, que é a possibilidade de controle de

constitucionalidade. As normas constitucionais derivadas estão sujeitas a controle de constitucionalidade, poderão ser declaradas inconstitucionais se desrespeitarem as prescrições do art. 60 da Constituição Federal, bem assim, no tocante à revisão constitucional, se houve desobediência ao art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). As normas constitucionais originárias não se sujeitam a controle de constitucionalidade, não há a possibilidade de declaração da inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias.

A razão para essa distinção é a seguinte: as normas constitucionais originárias são obra do poder constituinte originário, que, como vimos, é um poder ilimitado, incondicionado, soberano; as normas constitucionais derivadas são obra do poder constituinte derivado, que é um poder sujeito a limitações, impostas pelo art. 60 da CF/88, bem assim pelo art. 3º do ADCT, e, logo, havendo desrespeito a essas limitações, poderão ser declaradas inconstitucionais.

3) CONSTITUIÇÃO FEDERAL, CONSTITUIÇÃO DO ESTADO, LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL E LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO

A Constituição Federal, a Constituição do Estado, a Lei Orgânica do Distrito Federal e a Lei Orgânica do Município não se situam num mesmo nível hierárquico. Embora os entes federados tenham autonomia para elaborar suas próprias normas de organização (Constituição e Lei Orgânica), essas normas são hierarquicamente inferiores à Constituição Federal, isto é, devem obediência aos princípios estabelecidos por esta.

Temos o seguinte: num patamar de superioridade hierárquica temos a Constituição Federal; num patamar imediatamente inferior, temos a Constituição do Estado; num patamar inferior hierarquicamente temos a Lei Orgânica do Município.

No tocante à Lei Orgânica do Distrito Federal, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que está ela equiparada à Constituição do Estado-membro.

Assim, a Constituição do Estado e a Lei Orgânica do Distrito Federal devem obediência à Constituição Federal, enquanto a Lei Orgânica do Município deve obediência não só à Constituição Federal, mas também à Constituição do respectivo Estado.

4) ESPÉCIES QUE INTEGRAM O PROCESSO LEGISLATIVO

Determina o art. 59 da Constituição Federal que o processo legislativo compreende a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. Essas espécies legislativas são denominadas “espécies normativas primárias”, pois retiram seu fundamento de validade diretamente da Constituição Federal.

Todas essas espécies, exceto as emendas à Constituição, situam-se num mesmo nível hierárquico. Num patamar de superioridade hierárquica temos as emendas à Constituição e, num nível imediatamente inferior, temos todas as demais espécies, lado a lado, sem nenhuma distinção hierárquica – leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções, todas essas espécies situam-se num mesmo nível hierárquico.

Porém, não podemos dizer que, por estarem num mesmo nível hierárquico, podem substituir livremente umas às outras. Embora não haja distinção hierárquica entre elas, cada uma tem um campo próprio de atuação, delineado no texto da Constituição Federal, que não poderá ser invadido livremente pelas demais. Enfim, a distinção entre essas espécies não se encontra na hierarquia, mas sim no campo da especialidade, isto é, cada uma delas tem um campo próprio de atuação, demarcado na Constituição. Da mesma forma, todas elas têm um campo vedado na Constituição, isto é, nenhuma delas possui campo material ilimitado, nenhuma delas pode tratar de qualquer matéria.

A fim de demonstrar que nenhuma dessas espécies possui campo de atuação ilimitado, vejamos os seguintes

comentários, em relação a cada espécie integrante do nosso processo legislativo:

a) lei complementar: a lei complementar pode substituir lei ordinária, lei delegada e medida provisória; não pode, porém, tratar de matérias reservadas pela Constituição ao decreto legislativo e à resolução, pois nestas matérias não quis o legislador constituinte que houvesse a participação do Chefe do Poder Executivo, na sanção ou veto (portanto, se matérias reservadas ao decreto legislativo e à resolução fossem disciplinadas por lei complementar, haveria a participação do Chefe do Poder Executivo, com direito a veto, participação essa não pretendida pelo legislador constituinte);

b) lei ordinária: lei ordinária pode substituir lei delegada e medida provisória, mas não pode tratar de matérias reservadas à lei complementar, ao decreto legislativo e à resolução;

c) lei delegada: lei delegada pode substituir medida provisória e lei ordinária, exceto no tocante às matérias vedadas pelo art. 68, § 1º, da CF/88; não pode, porém, tratar de matérias reservadas à lei complementar, ao decreto legislativo e à resolução;

d) medida provisória: medida provisória pode substituir lei ordinária e lei delegada, exceto nas matérias em relação às quais há vedação constitucional (CF, artigos 25, § 2º; 62, § 1º; e 246); não pode versar sobre matéria reservada à lei complementar, ao decreto legislativo e à resolução;

e) decreto legislativo: decreto legislativo é ato privativo do Congresso Nacional, para o trato das matérias de sua competência privativa; portanto, não pode substituir as demais espécies legislativas integrantes do processo legislativo, mas, tão-somente, versar sobre matérias a ele reservadas, especialmente no art. 49 da Constituição Federal (e, também, no art. 62, § 3º, na regulamentação dos efeitos de medida provisória não convertida em lei);

f) resolução: resolução é ato legislativo que poderá ser expedido pelo Congresso Nacional, pela Câmara dos

Deputados e pelo Senado Federal para o trato de matérias de suas respectivas competências; logo, não pode substituir as outras espécies legislativas.

Portanto, fixe esse entendimento: ressalvada a emenda à Constituição, todas as demais espécies que integram o nosso processo legislativo situam-se no mesmo nível hierárquico; a distinção entre estas não reside na hierarquia, mas sim no campo da reserva de matéria, visto que cada uma delas tem um campo próprio delineado no texto da Constituição.

4.1) RELAÇÃO ENTRE LEI ORDINÁRIA E LEI COMPLEMENTAR

Questão de infundáveis controvérsias doutrinárias diz respeito à relação existente entre lei ordinária e lei complementar. Autores de renome sustentam a tese da existência de hierarquia entre tais normas (a lei complementar, por exigir maioria absoluta para sua aprovação, estaria num patamar de superioridade hierárquica), enquanto outros entendem que se situam no mesmo nível hierárquico.

Embora estejamos longe de um consenso doutrinário, para o fim de concurso público prevalece a orientação do Supremo Tribunal Federal, que pode ser sintetizada nas seguintes assertivas:

- a) não há hierarquia entre lei ordinária e lei complementar; a distinção entre essas espécies faz-se pela reserva de matéria (princípio da especialidade), e não pelo estabelecimento de distinção hierárquica;
- b) lei ordinária não pode tratar de matéria reservada à lei complementar, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade formal;
- c) lei complementar pode tratar de matéria ordinária, mas nesse caso a lei complementar perderá o seu *status* de lei complementar e será, materialmente, espécie ordinária, podendo ser posteriormente revogada por lei ordinária (ou mesmo por medida provisória, se não for matéria vedada a esta espécie normativa).

5) HIERARQUIA ENTRE NORMAS FEDERAIS, ESTADUAIS E MUNICIPAIS

Não há hierarquia entre normas federais, estaduais e municipais. Não podemos falar que um decreto do Presidente da República é superior hierarquicamente à lei ordinária estadual; que uma lei complementar federal é superior hierarquicamente à lei ordinária estadual; que uma lei federal é superior hierarquicamente à lei municipal; que uma lei federal é superior hierarquicamente à Constituição do Estado; que uma lei estadual é hierarquicamente superior à lei municipal – e assim por diante.

Eventuais conflitos entre normas federais, estaduais e municipais devem ser resolvidos de acordo com a competência para o tratamento da matéria, e não pelo critério hierárquico. Exemplificando: num conflito entre lei federal e lei municipal tratando de horário de funcionamento das farmácias do Município, prevalecerá a lei municipal, pois a competência para tratar dessa matéria é do Município, por predominar o interesse local (CF, art. 30, I). Ao contrário, se essas duas leis estiverem tratando dos crimes de responsabilidade do Prefeito, prevalecerá a lei federal, porque essa matéria (definição de crimes de responsabilidade) é de competência da União, pois cabe a esta legislar privativamente sobre direito penal (CF, art. 22, I).

Entretanto, não devemos esquecer da regra constitucional que estabelece que, no âmbito da competência legislativa concorrente, a lei federal superveniente prevalecerá sobre a lei estadual, visto que aquela suspenderá a eficácia desta, no que lhe for contrário (CF, art. 24, § 4º). Nessa situação, portanto, a própria Constituição Federal estabeleceu uma prevalência da lei federal sobre a estadual.

6) TRATADOS INTERNACIONAIS

No Brasil, compete exclusivamente à União celebrar tratados e convenções internacionais (CF, art. 21, I), pois cabe à União representar o Estado brasileiro frente a outros Estados soberanos.

Para que um tratado internacional seja internado no ordenamento jurídico brasileiro ele passa por três fases distintas:

1ª) **celebração**, pelo Presidente da República, Chefe da União, representando a República Federativa do Brasil;

2ª) **aprovação definitiva**, pelo Congresso Nacional, por meio da expedição de um decreto legislativo;

3ª) **promulgação**, pelo Presidente da República, por meio da expedição de um decreto.

Enquanto não cumpridas essas três fases, o tratado internacional não terá nenhuma força obrigatória em relação a nós. Superadas essas fases, com a publicação do decreto de promulgação pelo Presidente da República, o tratado internacional passa a ter força obrigatória no ordenamento jurídico brasileiro, com força de **lei ordinária federal**.

Portanto, entenda assim: nós, brasileiros, podemos ver um tratado internacional como uma lei ordinária federal; essa a sua força no regime constitucional brasileiro, ainda quando verse sobre direitos fundamentais.

Considerando que um tratado internacional tem força de lei ordinária federal, temos o seguinte:

a) um tratado internacional não pode tratar de matéria reservada à lei complementar, sob pena de inconstitucionalidade formal;

b) disposições de um tratado internacional podem ser afastadas por meio de lei ordinária federal aprovada pelo Congresso Nacional (ou por medida provisória, se o tratado não versar sobre matéria vedada a esta espécie normativa);

c) tratado internacional pode ser objeto de controle de constitucionalidade perante o Poder Judiciário, inclusive por meio de ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) perante o Supremo Tribunal Federal, por desrespeito à Constituição Federal.

De regra, portanto, a força dos tratados e convenções internacionais no Brasil é de lei ordinária Federal, situando-se

no mesmo plano hierárquico das diferentes espécies normativas infraconstitucionais.

Há, porém, uma situação que foge a essa regra, disciplinada no § 3º do art. 5º da Constituição Federal (introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004), nos termos seguintes:

“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Nessa situação, portanto, uma vez cumpridos os dois requisitos constitucionais – (i) tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos; (ii) aprovação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros -, as normas internacionais referidas ingressarão no ordenamento brasileiro com *status* de emenda à Constituição, no mesmo plano hierárquico das normas constitucionais.

Feitas essas considerações, podemos concluir o seguinte sobre a hierarquia dos tratados e convenções internacionais no Direito brasileiro:

(a) em regra, os tratados e convenções internacionais gozam de hierarquia ordinária (lei ordinária federal), ainda quando versam sobre direitos humanos;

(b) apenas se versarem sobre direitos humanos e forem aprovados nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal (aprovados em dois turnos de votação em cada Casa do Congresso Nacional, por três quintos dos votos dos respectivos membros) gozarão de hierarquia constitucional, por serem equivalentes às emendas constitucionais.

7) REGIMENTOS DOS TRIBUNAIS DO PODER JUDICIÁRIO

A Constituição Federal outorgou aos Tribunais do Poder Judiciário a competência para a elaboração dos seus próprios regimentos (CF, art. 96, I, “a”).

Os regimentos são, portanto, espécies primárias, que retiram o seu fundamento de validade diretamente do texto da Constituição Federal. Situam-se, por esse motivo, no mesmo nível hierárquico das demais espécies primárias, integrantes do nosso processo legislativo (leis complementares, leis ordinárias etc.).

Em verdade, os regimentos dos Tribunais são leis em sentido material (normas gerais e abstratas); só não são leis em sentido formal, porque não integram o nosso processo legislativo (CF, art. 59).

8) DECRETO REGULAMENTAR DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

A Constituição Federal outorga competência privativa ao Presidente da República para expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis (CF, art. 84, IV).

Temos, nesse dispositivo, o chamado poder regulamentar, que é o poder outorgado ao Chefe do Executivo para explicitar, para facilitar, para clarear a aplicação das leis. No desempenho da sua função regulamentar, não poderá o Chefe do Executivo extrapolar o conteúdo da lei, inovando o ordenamento jurídico, tratando de matéria não contemplada pela lei. Afinal, sua competência é para regulamentar a lei, para facilitar a sua fiel execução – e não para inovar, para tratar de matéria não compreendida no texto da lei.

Percebe-se, assim, que o decreto regulamentar do Presidente da República é editado em função da lei regulamentada, com fundamento de validade no texto da lei, isto é, só será válido se encontrar fundamento na lei, se seus termos estiverem amparados no texto da lei. Por isso, **o decreto regulamentar é norma hierarquicamente inferior à lei, é norma infralegal, secundária**, pois não retira o seu fundamento de validade diretamente da Constituição, mas sim do texto da lei regulamentada.

9) DECRETO AUTÔNOMO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Entre nós, a competência normativa precípua do Chefe do Executivo é a expedição de decretos e regulamentos para a fiel execução das leis – o denominado poder regulamentar,

acima estudado, exercido pelo Chefe do Executivo nas três esferas de governo.

Vimos, também, que no desempenho do seu poder regulamentar, o Chefe do Executivo não pode extrapolar os contornos da lei, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. Assim, o fundamento de validade do decreto regulamentar é a lei, vale dizer, o decreto regulamentar é ato normativo subordinado hierarquicamente à lei, é espécie normativa secundária, infralegal.

Distinta é a posição hierárquica do decreto autônomo do Chefe do Executivo, editado com fundamento no art. 84, VI, da Constituição Federal, que estabelece a competência privativa do Presidente da República para dispor, mediante decreto, sobre (a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (b) extinção de funções e cargos públicos, quando vagos.

Note-se que nessas hipóteses do inciso VI do art. 84 da CF/88 o decreto do Chefe do Executivo não é espécie regulamentar, pois não está ele regulamentando a aplicação de nenhuma lei, mas sim tratando de situações autônomas, por expressa autorização da Constituição. Esse decreto do Chefe do Executivo é, portanto, espécie normativa primária, autônoma, que retira sua validade diretamente do texto da Constituição.

Esse decreto do Presidente da República, em verdade, tem força de lei, é lei em sentido material, pois trata, autonomamente, de matéria de competência privativa do Presidente da República. Aliás, tanto isso é verdade que poderá ele, inclusive, afastar texto de lei pretérita, que trate de tais matérias.

Com efeito, caso haja atualmente uma lei ordinária estabelecendo que determinada carreira da Administração direta federal é composta de 2.500 cargos, e destes 500 estejam vagos, um decreto do Presidente da República poderá extinguir esses cargos vagos, afastando a aplicação da lei. Da mesma forma, se tal carreira está organizada por uma lei

ordinária, um decreto do Presidente da República poderá reorganizá-la, revogando essa lei, desde que dessa reorganização não advenha aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos.

Portanto, **o decreto autônomo do Chefe do Executivo, expedido com fundamento no art. 84, VI, da Constituição Federal, é espécie normativa primária, que se situa no mesmo nível hierárquico das demais espécies primárias, integrantes do processo legislativo (leis complementares, leis ordinárias, decretos legislativos etc.).**

Essa mesma competência do Presidente da República, prevista no art. 84, VI, da CF/88, por força do federalismo, é estendida aos Governadores e Prefeitos, que poderão dispor sobre as mesmas matérias, nas respectivas esferas.

10) ESPÉCIES NORMATIVAS NOS ESTADOS, NO DISTRITO FEDERAL E NOS MUNICÍPIOS

Segundo orientação do STF, o modelo federal de processo legislativo vincula os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Significa dizer que esses entes federados poderão estabelecer as mesmas espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição Federal, e, ao adotarem uma dessas espécies, vinculam-se automaticamente ao processo legislativo para ela previsto no texto da CF/88.

Assim, no âmbito estadual, distrital e municipal, temos as mesmas espécies normativas previstas no art. 59 da CF/88 (emendas à Constituição do Estado e à Lei Orgânica do Município e do Distrito Federal; leis complementares estaduais, distritais e municipais; leis ordinárias estaduais, distritais e municipais etc.) e a elas serão aplicáveis as mesmas regras constitucionais que tratam do respectivo processo legislativo, bem assim as orientações aqui comentadas, fazendo-se as devidas adequações.

Bem, acho que conseguimos tratar dos principais pontos a respeito da relação hierárquica existente entre as diferentes

espécies normativas do nosso ordenamento jurídico – bons estudos, e até a próxima semana.

Vicente Paulo

EXERCÍCIOS DE CONCURSOS:

- 1) Por não existir hierarquia entre leis federais e estaduais, não há previsão, no texto constitucional, da possibilidade de uma norma federal, quando promulgada, suspender a eficácia de uma norma estadual.
- 2) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), a distinção entre a lei complementar e a lei ordinária não se situa no plano da hierarquia, mas no da reserva de matéria.
- 3) A extrapolação, pelo Poder Executivo, no uso do seu poder regulamentar, caracteriza, segundo a jurisprudência do STF, uma ilegalidade e não uma inconstitucionalidade, uma vez que não há ofensa direta à literalidade de dispositivo da Constituição.
- 4) Segundo a jurisprudência do STF, se uma lei complementar disciplinar uma matéria não reservada a esse tipo de instrumento normativo, pelo princípio da hierarquia das leis, não poderá uma lei ordinária disciplinar tal matéria.
- 5) Segundo a CF/88, a Constituição Estadual deverá obedecer aos princípios contidos na Constituição Federal, porém, nas matérias em que não haja setores legislativos concorrentes entre União e Estados, não haverá subordinação das leis estaduais às leis federais.
- 6) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que a tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias, dando causa à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras, é compatível com o sistema de Constituição rígida.
- 7) A circunstância de uma lei complementar ter tratado exclusivamente de matéria reservada à lei ordinária não a torna formalmente inconstitucional.

**CURSOS ONLINE – DIREITO CONSTITUCIONAL
PROF. VICENTE PAULO**

- 8) A lei complementar que trata exclusivamente de matéria reservada à lei ordinária poderá ser revogada por lei ordinária superveniente.
- 9) Leis complementares federais estão num patamar hierárquico superior ao das leis ordinárias estaduais.
- 10) Norma da Constituição Estadual que conflita com lei ordinária federal prevalece sobre esta, no âmbito do Estado-membro, por ser de hierarquia mais elevada.
- 11) Pacificou-se a doutrina e a jurisprudência no sentido de que os tratados internacionais de que o Brasil faz parte, quando versam direitos individuais, têm força de normas constitucionais.
- 12) Todas as normas estabelecidas pelo poder constituinte originário no texto constitucional são formalmente constitucionais e se equivalem em nível hierárquico.
- 13) É correto afirmar que a Lei Complementar é hierarquicamente superior à Lei Ordinária.
- 14) A medida provisória não pode regular diferentemente assunto já disciplinado por lei ordinária.
- 15) As leis complementares não têm a mesma posição hierárquica das normas constitucionais que regulam.
- 16) É lei complementar toda aquela votada como tal pelo Congresso Nacional, isto é, aprovada por maioria absoluta.
- 17) Decretos legislativos são atos regulamentares, editados pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, para facilitar a execução das leis no âmbito da estrutura interna do Congresso Nacional.

GABARITOS OFICIAIS:

- 1) ERRADO; embora a regra, de fato, seja a inexistência de hierarquia entre leis federais e estaduais, existe a hipótese de que, no âmbito da competência legislativa concorrente, uma lei federal superveniente venha a suspender a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

2) CERTO; segundo o entendimento do STF, não há hierarquia entre lei complementar e lei ordinária; a distinção entre essas espécies está no campo da reserva de matéria, isto é, no princípio da especialidade, pois a Constituição reserva a uma e a outra a competência para o tratamento das diferentes matérias.

3) CERTO; é entendimento consagrado na jurisprudência do STF que o conflito entre o ato regulamentar e a lei regulamentada constitui caso de ilegalidade, e não de inconstitucionalidade, pois não há ofensa direta ao texto da Constituição.

4) ERRADO; se uma lei complementar disciplinar matéria ordinária, perderá ela o seu status de lei complementar e poderá, então, ser revogada por lei ordinária superveniente (ou mesmo por medida provisória, se não for caso de matéria vedada a esta espécie normativa).

5) CERTO; a Constituição Estadual deve obediência aos princípios contidos na Constituição Federal, por força de expressa disposição do art. 25 da CF/88; de fato, não há hierarquia entre leis federais e estaduais, devendo ser ressalvada, porém, a hipótese da competência legislativa concorrente, prevista no art. 24, § 4º, da CF/88, em que a própria Constituição Federal estabeleceu uma hipótese de subordinação da lei estadual à lei federal, dispondo que esta suspenderá a eficácia daquela, no que lhe for contrário.

6) ERRADO; segundo a jurisprudência do STF, não há hierarquia entre normas integrantes da Constituição, tampouco a possibilidade de uma norma constitucional originária vir a ser declarada inconstitucional frente à outra; num sistema de Constituição rígida como o nosso, todas as normas constitucionais originárias situam-se no mesmo nível hierárquico, independentemente de seu conteúdo.

7) CERTO; lei complementar pode dispor sobre matéria ordinária, sem incorrer no vício de inconstitucionalidade; o que ocorrerá, nessa situação, é a perda do status da norma

complementar, que poderá ser revogada por lei ordinária superveniente.

8) CERTO; quando a lei complementar trata de matéria ordinária, ela perde seu status de norma complementar e poderá ser posteriormente revogada por norma ordinária.

9) ERRADO; não há que se falar em hierarquia entre normas federais e estaduais, ressalvada a hipótese da legislação concorrente (CF, art. 24, § 4º).

10) ERRADO; não há que se falar em hierarquia entre normas federais e estaduais, ressalvada a hipótese da legislação concorrente (CF, art. 24, § 4º); nessa situação, prevalecerá a norma do ente federado competente para o trato da matéria.

11) ERRADO; segundo orientação do STF, os tratados internacionais, ainda quando tratam de direitos individuais, não possuem hierarquia constitucional, mas sim de lei ordinária federal.

12) CERTO; todas as normas que integram o texto da Constituição Federal são normas formalmente constitucionais, pelo simples fato de integrarem o texto de uma Constituição escrita e rígida; da mesma forma, todas elas se situam no mesmo nível hierárquico.

13) ERRADO; não há hierarquia entre lei ordinária e lei complementar, visto que, ressalvada a emenda à Constituição, todas as demais espécies que integram o processo legislativo se situam no mesmo nível hierárquico.

14) ERRADO; medida provisória tem força de lei ordinária e, portanto, pode regular diferentemente assunto já disciplinado por lei ordinária, desde que não se trate de matéria vedada à medida provisória.

15) CERTO; leis complementares são normas infraconstitucionais, estão num nível hierarquicamente inferior à Constituição Federal.

16) ERRADO; nem toda lei aprovada por maioria absoluta, ou por quorum maior, é lei complementar; nada impede que uma lei ordinária seja aprovada por unanimidade das Casas

**CURSOS ONLINE – DIREITO CONSTITUCIONAL
PROF.VICENTE PAULO**

Legislativas; para que tenhamos uma lei complementar é necessária a ocorrência de dois requisitos: (a) exigência da Constituição Federal (o texto constitucional requer lei complementar para disciplinar a matéria); (b) aprovação por maioria absoluta, por determinação do art. 69 da CF/88.

17) ERRADO; decreto legislativo é ato privativo do Congresso Nacional (não existe decreto legislativo da Câmara dos Deputados e do Senado Federal), para o trato de matéria de sua competência privativa, sem necessidade de sanção do Presidente da República; é norma primária, que integra o processo legislativo; ato que tem por fim facilitar a execução das leis é o decreto regulamentar do Presidente da República, espécie infralegal, secundária, que não integra o processo legislativo.

AULA 9: PROCESSO LEGISLATIVO DAS LEIS

Na aula passada, estudamos a relação hierárquica existente entre as diferentes espécies normativas integrantes do nosso ordenamento jurídico. Vimos os diferentes graus hierárquicos das normas, desde as normas constitucionais até os atos administrativos infralegais, como o decreto regulamentar do Chefe do Executivo.

Em outra aula pretérita, estudamos, também, como são elaboradas as emendas constitucionais, tanto pelo processo de revisão constitucional (ADCT, art. 3º), quanto pelo processo de reforma constitucional (CF, art. 60).

Na aula de hoje, estudaremos como são elaboradas as leis ordinárias e complementares, passo a passo, desde a apresentação de um projeto de lei ao Poder Legislativo, até o momento de efetivo ingresso da norma no ordenamento jurídico, destacando todos os aspectos relevantes desse procedimento, para o fim de concurso público.

Estudaremos o processo legislativo da seguinte maneira: num primeiro momento, será dada uma breve noção a respeito de todo o procedimento (da apresentação do projeto de lei à publicação da lei), com o fim de formar-se uma visão panorâmica, sem maiores aprofundamentos; num segundo momento, examinaremos, detalhadamente, cada uma das fases desse procedimento, dando ênfase às orientações da doutrina e do Supremo Tribunal Federal.

Passemos, então, à breve noção de todo o processo legislativo de elaboração de uma lei nas Casas do Congresso Nacional.

1) NOÇÃO GERAL DO PROCESSO LEGISLATIVO

O processo legislativo de elaboração de uma lei tem início quando um dos legitimados pela Constituição Federal (CF, art. 61) tem a iniciativa de apresentar um projeto de lei a uma das Casas do Congresso Nacional.

No plano federal, o nosso Poder Legislativo é bicameral (composto de duas Casas Legislativas, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal) e, portanto, uma Casa atuará como Casa Iniciadora e a outra como Casa Revisora do projeto de lei apresentado.

O projeto de lei será apresentado à Casa Iniciadora, que dará início à apreciação da matéria.

No Brasil, um projeto de lei poderá ser apresentado à Câmara dos Deputados ou ao Senado Federal, isto é, as duas Casas Legislativas poderão atuar como Casa Iniciadora. Porém, se o projeto de lei for apresentado pelo Presidente da República, Supremo Tribunal Federal, Tribunais Superiores ou pelos cidadãos (iniciativa popular) a Casa Iniciadora será, obrigatoriamente, a Câmara dos Deputados (CF, art. 61, § 2º, e art. 64).

Na prática, a Câmara dos Deputados atua como Casa Iniciadora nos projetos de lei resultantes de iniciativa de todos os legitimados do art. 61 da CF/88, exceto nos casos de projetos de lei apresentados por Senador da República ou por Comissão do Senado Federal (hipóteses estas em que o Senado Federal atuará como Casa Iniciadora).

Na Casa Iniciadora, após a discussão e votação do projeto de lei, este poderá ter um dos seguintes destinos: (i) **ser rejeitado**, hipótese em que será arquivado, só podendo constituir novo projeto de lei na mesma sessão legislativa se houver solicitação de maioria absoluta dos membros de uma das Casas do Congresso Nacional; (ii) **ser aprovado**, hipótese em que seguirá para a Casa Revisora, para revisão em um só turno de discussão e votação.

Na Casa revisora, após a revisão em um só turno de discussão e votação, o projeto de lei poderá ter um dos seguintes destinos: (i) **ser rejeitado**, hipótese em que será arquivado, só podendo constituir novo projeto de lei na mesma sessão legislativa se houver solicitação de maioria absoluta dos membros de uma das Casas do Congresso Nacional; (ii) **ser aprovado**, hipótese em que será

encaminhado ao Presidente da República, para o fim de sanção ou veto; (iii) **ser emendado**, hipótese em que retornará à Casa Iniciadora, para apreciação das emendas.

Se aprovado pela Casa Revisora e encaminhado ao Presidente da República, este poderá adotar as seguintes medidas em relação ao projeto de lei: (i) **sancioná-lo expressamente**, promulgá-lo e determinar a sua publicação; (ii) **permanecer em silêncio**, hipótese em que, após 15 dias úteis, será considerado tacitamente sancionado, podendo, então, ser a lei resultante da sanção tácita promulgada pelo próprio Presidente da República, desde que este o faça no prazo de 48 horas; se não o fizer no prazo de 48 horas, caberá ao Presidente do Senado Federal a competência para a promulgação, também no prazo de 48 horas; se este não o fizer no prazo de 48 horas, a competência para a promulgação da lei desloca-se para o Vice-Presidente do Senado Federal; (iii) **vetá-lo expressamente**, comunicando ao Presidente do Senado Federal, no prazo de 48 horas, os motivos do veto, para que este submeta a matéria ao Congresso Nacional, que, no prazo de trinta dias, em sessão conjunta, apreciará o veto, para o fim de mantê-lo ou rejeitá-lo, só podendo ser rejeitado por maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em votação secreta.

Se emendado pela Casa Revisora, o projeto voltará à Casa Iniciadora. Da Casa Iniciadora, aprovadas ou rejeitadas as emendas, o projeto de lei seguirá para o Presidente da República, para o fim de sanção ou veto. Nesse ponto, após a apreciação das emendas pela Casa Iniciadora, temos o seguinte: (i) caso as emendas da Casa Revisora sejam aprovadas pela Casa Iniciadora, seguirá para o Presidente da República o texto final, contemplando tais emendas; (ii) caso as emendas da Casa Revisora sejam rejeitadas pela Casa Iniciadora, seguirá para o Presidente da República o texto inicial do projeto, fixado anteriormente pela Casa Iniciadora (anote-se que a Casa Iniciadora poderá rejeitar integralmente as emendas apresentadas pela Casa Revisora e encaminhar o

seu texto original para o Presidente da República, para sanção ou veto).

Veja que no processo legislativo de elaboração das leis no nosso País, as duas Casas Legislativas não atuam em pé de igualdade. Há uma nítida predominância do papel da Casa Iniciadora sobre a atuação da Casa Revisora, que fica evidente quando são apresentadas emendas pela Casa Revisora ao texto do projeto aprovado na Casa Iniciadora. Nesse caso, temos o seguinte: a Casa Iniciadora aprova o texto do projeto de lei, e o remete à Casa Revisora; se a Casa Revisora emendar o projeto, este volta para a Casa Iniciadora, para apreciação das emendas; se a Casa Iniciadora aprovar as emendas, seguirá para sanção o texto final, com as emendas da Casa Revisora; porém, poderá a Casa Iniciadora rejeitar integralmente as emendas da Casa Revisora e encaminhar o seu texto originário, sem emenda alguma, para o Presidente da República, para o fim de sanção ou veto.

Exemplificando: suponha que a Casa Iniciadora aprove um projeto de lei fixando o valor do salário mínimo em R\$ 280,00; enviado o projeto para a Casa Revisora, esta emenda o projeto, elevando o valor do salário mínimo para R\$ 350,00, devolvendo o projeto à Casa Iniciadora; nesse caso, a Casa Iniciadora, ao apreciar a emenda da Casa Revisora, poderá aprová-la, elevando o salário mínimo para R\$ 350,00, ou rejeitá-la, encaminhando para o Presidente da República o texto anterior do projeto, com o valor de R\$ 280,00.

Na prática, como a Câmara dos Deputados atua, na maioria das vezes, como Casa Iniciadora (a discussão e votação de todos os projetos de lei têm início nesta Casa, exceto quando apresentados por Senador ou Comissão do Senado Federal), as grandes discussões legislativas ocorrem nesta Casa Legislativa, cabendo ao Senado Federal a tarefa de, tão-somente, revisar as matérias aprovadas pelos Deputados Federais.

Esse processo legislativo aplica-se, igualmente, à aprovação de leis ordinárias e leis complementares, pois a Constituição

Federal não estabeleceu distinções no tocante ao processo legislativo de tais espécies, a não ser a exigência de aprovação de maioria absoluta para as leis complementares, prevista no art. 69 da CF/88 (em verdade, nos regimentos das Casas Legislativas há algumas peculiaridades no tocante ao trâmite/deliberação de projeto de lei complementar, mas esses aspectos não nos interessam no estudo do Direito Constitucional, por se tratar de matéria meramente regimental).

2) PROCESSO LEGISLATIVO ORDINÁRIO OU SUMÁRIO

O processo legislativo poderá ser ordinário ou sumário.

O processo legislativo será ordinário quando não houver prazo determinado para que as Casas Legislativas deliberem sobre a matéria.

O processo legislativo será sumário quando houver prazo determinado para que as Casas Legislativas deliberem sobre a matéria.

Na vigente Constituição Federal, o Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa (CF, art. 64, § 1º), dando início ao processo legislativo sumário ou de urgência.

São dois, portanto, os requisitos para o processo legislativo sumário:

- a) projeto de lei apresentado pelo Presidente da República (não se exige que a matéria seja de sua iniciativa privativa, basta que o projeto seja por ele apresentado);
- b) solicitação de urgência na sua apreciação pelo Presidente da República.

Solicitada a urgência pelo Presidente da República, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal deverão manifestar-se sobre a matéria, cada qual sucessivamente, no prazo de quarenta e cinco dias e, se forem apresentadas emendas pelo Senado Federal, estas deverão ser apreciadas pela Câmara dos Deputados no prazo de dez dias.

Portanto, se houver solicitação de urgência do Presidente da República, o processo legislativo sumário deverá ser concluído no prazo máximo de cem dias, descontados os períodos de recesso do Congresso Nacional: quarenta e cinco dias na Câmara, quarenta e cinco dias no Senado e mais dez dias na Câmara, se houver emendas no Senado Federal.

Esgotados esses prazos sem deliberação, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, **com exceção das que tenham prazo constitucional determinado**, até que se ultime a votação (CF, art. 64, § 2º).

Nessa situação, com o esgotamento do prazo, ocorre o trancamento da pauta da Casa Legislativa, sobrestando-se a apreciação de todas as demais deliberações, até que se ultime a votação do projeto de lei com pedido de urgência. Esse trancamento, porém, **não alcança as deliberações que tenham prazo constitucional determinado**, como é o caso das medidas provisórias (CF, art. 62, 3º) e das leis orçamentárias (ADCT, art. 35, § 2º).

Cabe lembrar que os prazos aqui referidos **não** correm nos períodos de recesso do Congresso Nacional e que o processo legislativo sumário **não** pode ser utilizado para os projetos de código (não faria sentido as Casas Legislativas terem que aprovar um código num prazo tão exíguo).

Cuidado: esse trancamento de pauta, decorrente do esgotamento do prazo para apreciação de projeto de lei que tramita em regime de urgência (CF, art. 64, § 2º), não pode ser confundido com o trancamento de pauta decorrente de não-apreciação de medida provisória, previsto no art. 62, § 6º, da Constituição Federal.

São as seguintes as diferenças existentes entre o trancamento de pauta no regime de urgência e na apreciação de medida provisória:

a) contagem do prazo: no regime de urgência, o prazo de quarenta e cinco dias é contado em separado, em cada uma das Casas do Congresso Nacional; no caso da medida

provisória a contagem é única, a partir da publicação da medida provisória;

b) natureza do trancamento: no regime de urgência, o trancamento não é absoluto, pois não alcança as deliberações que tenham prazo constitucional determinado (medidas provisórias e leis orçamentárias); no caso da medida provisória, o trancamento é absoluto, não se vota nada, absolutamente nada na Casa Legislativa enquanto não houver a liberação da pauta.

3) ATUAÇÃO DAS COMISSÕES

As Casas Legislativas são integradas por Comissões, que atuam ativamente no processo legislativo de elaboração das leis.

A divisão do Legislativo em Comissões é uma tendência mundial nos dias modernos, como meio de acelerar o andamento das deliberações sobre as mais diversas matérias legislativas. A idéia é a seguinte: em vez de se discutir originariamente um projeto de lei no âmbito do Plenário, com todos os integrantes da Casa Legislativa, o projeto passa, antes de ir ao Plenário, pela apreciação de Comissões, que, por serem compostas de um número pequeno de parlamentares, o apreciará muito mais rapidamente, longe das emoções e paixões típicas das deliberações plenárias.

Assim, antes da deliberação plenária, o projeto de lei será apreciado por comissões de naturezas distintas: Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC) e Comissões Técnicas Permanentes.

Nas comissões técnicas permanentes, haverá a apreciação do conteúdo do projeto de lei, isto é, da conveniência (ou não) da aprovação de tal matéria para o País. Essas comissões são comumente denominadas de temáticas (ou especializadas), porque cada uma delas é especializada na apreciação de determinada matéria. A depender da matéria tratada no projeto de lei, será ele encaminhado a uma comissão especializada nessa matéria (ou a mais de uma comissão técnica, se for o caso). No âmbito da Câmara dos Deputados

temos, entre outras, as seguintes comissões: Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF); Comissão de Minas e Energia (CME); Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI); Comissão de Defesa do Consumidor (CDC); Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM); Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP).

Na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC), a apreciação será meramente formal, quanto à constitucionalidade do projeto de lei, bem assim quanto ao emprego da técnica de elaboração legislativa. Portanto, caberá à CCJC examinar: (1) se o projeto de lei está de acordo (ou não) com o texto e princípios da Constituição Federal; (2) se foi empregada corretamente a técnica de elaboração legislativa, que é estabelecida em lei complementar, por força do art. 59, parágrafo único, da CF/88.

Ultrapassada a fase de apreciação pelas comissões, o projeto de lei será objeto de discussão e votação no Plenário da respectiva Casa Legislativa.

Entretanto, é possível que o projeto de lei seja aprovado, conclusivamente, no âmbito das comissões técnicas, sem necessidade de submissão da matéria ao Plenário da Casa Legislativa. A idéia é a seguinte: já que as comissões são compostas, proporcionalmente, por parlamentares dos diferentes partidos políticos com representação na Casa Legislativa, o Plenário poderá delegar competência para que a comissão, em seu nome, decida conclusivamente sobre a matéria. Cuida-se de medida para otimizar/acelerar os trabalhos legislativos, pois certamente será mais rápido votar certas matérias no âmbito de uma comissão (composta de alguns parlamentares), do que votá-las no Plenário (que, na Câmara dos Deputados, é composto de 513 parlamentares).

A autorização para a aprovação conclusiva de projeto de lei no âmbito das comissões consta da própria Constituição Federal, que estabelece que “às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe discutir e votar projeto de

lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa” (CF, art. 58, § 2º, I).

Se o projeto de lei tramitar em caráter conclusivo, não precisará ser votado pelo Plenário para que seja considerado aprovado pela Casa Legislativa, mas apenas aprovado pelas comissões designadas para analisá-lo. Portanto, no Brasil uma lei poderá ser legitimamente inserida no ordenamento jurídico sem nunca o projeto de lei ter sido apreciado pelo Plenário das Casas Legislativas.

Dois aspectos a respeito dessa possibilidade de deliberação conclusiva no âmbito das comissões precisam ser clareados:

a) não é qualquer espécie legislativa que poderá ser aprovada conclusivamente no âmbito das comissões (os regimentos das Casas Legislativas estabelecem quais matérias não podem ser objeto de deliberação conclusiva no âmbito de comissão, por exemplo: projeto de lei complementar não pode ser votado conclusivamente no âmbito de Comissão, pois a CF/88 exige maioria absoluta dos membros da Casa Legislativa para a aprovação dessa espécie normativa, e seria impossível a apuração dessa maioria absoluta dos integrantes da Casa no âmbito de uma Comissão);

b) mesmo aprovado pelas comissões, se houver recurso de um décimo dos membros da Casa Legislativa, o projeto deixará de ser conclusivo nas comissões e precisará ser votado no Plenário (na Câmara dos Deputados, a retirada da competência conclusiva da Comissão necessita de recurso de 51 deputados, número que equivale a 10% de 513 Deputados).

Veja que, mesmo nas hipóteses em que a deliberação conclusiva é autorizada, esse poder de votação conclusiva poderá ser retirado da Comissão, desde que haja recurso de um décimo dos integrantes da Casa Legislativa. Em suma: o projeto de lei está tramitando em regime conclusivo e um décimo dos integrantes da Casa Legislativa poderá entender que, dada a relevância da matéria, deverá ela ser objeto de

maior transparência e debate, no âmbito do Plenário; poderão, então, apresentar recurso, assinado por um décimo dos integrantes da Casa, afastando a competência de deliberação conclusiva da Comissão, forçando a submissão do projeto de lei à apreciação do Plenário.

4) INICIATIVA

A iniciativa é o ato que desencadeia o processo legislativo de elaboração das leis, e ocorre quando um dos legitimados pela Constituição Federal apresenta um projeto de lei a uma das Casas do Congresso Nacional.

Os legitimados no processo legislativo de elaboração das leis estão enumerados no art. 61 da Constituição Federal. A legitimação é a mesma para leis ordinárias e leis complementares.

Essa enumeração do art. 61 da CF/88, porém, não é exaustiva, e deverá ser combinada com outros artigos da Constituição Federal que também estabelecem legitimação no processo legislativo das leis.

De fato, em outros dispositivos da Constituição Federal temos iniciativa outorgada à Câmara dos Deputados (CF, art. 51, IV), ao Senado Federal (CF, art. 52, XIII) e ao Tribunal de Contas da União (CF, art. 73 c/c art. 96, II).

Outro órgão não indicado expressamente no art. 61 da Constituição Federal, mas que pode apresentar projeto de lei perante a Câmara dos Deputados é o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). Isso porque cabe ao Tribunal de Justiça a iniciativa da lei de organização judiciária (CF, art. 125, § 1º), e quem legisla sobre a organização judiciária do Distrito Federal e dos Territórios é a União, por força do art. 22, XVII, da Constituição Federal. Logo, o TJDFT não apresentará o projeto de lei da respectiva organização judiciária perante a Câmara Legislativa do Distrito Federal, mas sim perante a Câmara dos Deputados (note-se que o TJDFT é o único Tribunal de Justiça do País que dispõe de iniciativa de lei perante o Congresso Nacional, haja vista que os tribunais de justiça dos Estados apresentarão o projeto de

lei de organização judiciária perante a respectiva Assembléia Legislativa).

A Constituição Federal outorga legitimação aos cidadãos, desde que observados os requisitos impostos pelo art. 61, § 2º, a saber: apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Em verdade, esses requisitos tornam inviável o exercício da iniciativa popular no Brasil, mediante a apresentação de um projeto de lei pelos cidadãos à Câmara dos Deputados (fico imaginando o trabalho árduo daqueles que receberem a incumbência de conferir essa distribuição do eleitorado pelos diferentes Estados, bem assim o número do título de eleitor e respectivas assinaturas!), mas a iniciativa dos cidadãos ainda poderá servir como meio de pressão para a atuação do Congresso Nacional (ora, convenhamos, é muito mais fácil convencer um parlamentar a apresentar um projeto de lei do que sair pelo Brasil afora, colhendo essas assinaturas, visto que qualquer parlamentar, individualmente, pode dar início ao processo legislativo!).

Importante destacar que embora a denominação seja iniciativa “popular”, o povo não pode dar início ao processo legislativo de elaboração das leis no Brasil, haja vista que a iniciativa popular somente foi outorgada aos **cidadãos**, isto é, àqueles que estiverem no gozo da capacidade eleitoral ativa, aptos para votar. Enfim, o povo não dispõe de iniciativa popular no Brasil; somente os cidadãos.

Caso seja apresentado o projeto de lei resultante da iniciativa popular, o seu trâmite será igual a qualquer projeto de lei apresentado por outro legitimado (poderá ser objeto de emendas parlamentares; estará sujeito à sanção ou veto do Chefe do Executivo etc.).

4.1) INICIATIVA PRIVATIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

A iniciativa privativa do Presidente da República está estabelecida nos artigos 61, § 1º, e 165, da Constituição Federal.

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por força do federalismo, e em respeito ao princípio da separação dos Poderes da República, **essa iniciativa privativa do Presidente da República obriga os Estados, o Distrito Federal e os Municípios**. Assim, as matérias que são de iniciativa privativa do Presidente da República na esfera federal, são de iniciativa privativa do Governador (nos Estados e no Distrito Federal) e do Prefeito (nos Municípios).

Ademais, ainda segundo a jurisprudência do STF, em respeito à iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, **essas matérias não poderão ser tratadas no texto da Constituição do Estado e da Lei Orgânica dos Municípios e do Distrito Federal**, visto que isso implicaria usurpação da iniciativa privativa do respectivo Chefe do Executivo (esse ponto foi detalhadamente explicado na aula sobre Organização do Estado).

4.2) INICIATIVA PRIVATIVA E EMENDA PARLAMENTAR

Mesmo nas matérias de iniciativa privativa, os parlamentares mantêm o poder de apresentar emendas ao projeto de lei. Se o Presidente da República (ou qualquer outro legitimado detentor de iniciativa privativa) apresenta projeto de lei de sua iniciativa privativa, este poderá receber emendas parlamentares no âmbito das Casas Legislativas.

Porém, **o poder de emenda parlamentar a projeto de lei resultante de iniciativa privativa não é ilimitado, haja vista que somente poderão ser apresentadas emendas:**

- a) que não impliquem aumento de despesa, exceto no caso de projeto das leis orçamentárias (CF, art. 63, I);**
- b) que guardem pertinência temática com a matéria tratada no projeto de lei.**

Exemplo: se o Presidente da República apresenta projeto de lei versando sobre a remuneração de certa categoria de

servidores públicos federais do Poder Executivo (matéria de sua iniciativa privativa, por força do art. 61, § 1º, II, "a"), os congressistas poderão apresentar emendas a tal projeto de lei do Chefe do Executivo; porém, essas emendas não poderão implicar aumento de despesa, tampouco poderão tratar de matéria diversa, estranha ao projeto apresentado pelo Chefe do Executivo.

Caso sejam apresentadas emendas que não atendam aos requisitos acima expostos, deverá o Presidente da República vetar o projeto de lei, por inconstitucionalidade. Ademais, ainda que o Presidente da República não veto tal projeto de lei, a lei dele resultante será inconstitucional, pois **a sanção do Chefe do Executivo não convalida o vício de emenda parlamentar**. Enfim, mesmo com a sanção do Chefe do Executivo, a lei será inconstitucional, e sua invalidade poderá ser ulteriormente argüida perante o Poder Judiciário.

Esse entendimento, por força do federalismo, repete-se no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em relação aos projetos de lei resultantes de iniciativa privativa apresentados ao respectivo Poder Legislativo local (Assembléia Legislativa, Câmara Legislativa e Câmara Municipal, conforme o caso).

4.3) VÍCIO DE INICIATIVA E SANÇÃO

Questão muito discutida a respeito do processo legislativo de elaboração das leis é o seguinte: o que acontece quando há usurpação da iniciativa do Presidente da República e este decide sancionar o respectivo projeto de lei?

Suponha que um Deputado, indevidamente, apresente um projeto de lei sobre aumento da remuneração dos servidores públicos federais da Administração Direta (matéria de iniciativa privativa do Presidente da República, por força do art. 61, § 1º, II, "a"), e que este projeto seja aprovado pelas duas Casas do Congresso Nacional e, ulteriormente, sancionado pelo Presidente da República. A sanção do Presidente da República, nessa situação, convalidará, sanará o vício de iniciativa?

Parte da doutrina entende que a sanção do Presidente da República convalidará o vício ocorrido na iniciativa, uma vez que o Presidente da República teve a oportunidade de vetar o projeto, mas não o fez, preferindo sancioná-lo, mesmo sabendo que houve indevido uso de sua iniciativa privativa por um Deputado (essa sanção estaria, portanto, convalidando o vício verificado na iniciativa).

Outra corrente doutrinária, porém, defende que a sanção do Presidente da República não convalida o vício de iniciativa, uma vez que a vontade do Presidente da República não pode afastar a determinação da Constituição, que estabeleceu a sua iniciativa privativa de lei sobre a matéria.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal também já houve idas e vindas, ora se adotando uma posição, ora outra. Atualmente, o entendimento do STF segue a segunda orientação doutrinária, de que **a sanção do Presidente da República não convalida o vício de iniciativa**, isto é, a lei resultante será inconstitucional, e poderá ter a sua validade ulteriormente argüida perante o Poder Judiciário.

Cabe ressaltar que essa orientação alcança, também, as hipóteses de usurpação da iniciativa privativa dos demais legitimados (Procurador-Geral da República, Supremo Tribunal Federal etc.), embora em relação a esses nunca tenha havido controvérsia, pois nesses casos não faria sentido falar-se em convalidação pelo Presidente da República de vício ocorrido em relação à iniciativa de outrem (se a iniciativa privativa usurpada é do Procurador-Geral da República, não faria sentido falar-se em convalidação do vício pela sanção do Presidente da República, muito menos pelo próprio Procurador-Geral da República, pois este não dispõe do direito de veto/sanção!).

Esse entendimento, por força do federalismo, repete-se no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em relação à usurpação da iniciativa privativa nos respectivos âmbitos.

4.4) FIXAÇÃO DE PRAZO PARA INICIATIVA PRIVATIVA

Algumas Constituições de Estados e Leis Orgânicas de Municípios estabeleceram prazos para que os detentores de iniciativa privativa apresentassem os respectivos projetos de lei ao Poder Legislativo. Por exemplo: a Constituição do Estado, ao fixar a iniciativa privativa do Governador para o aumento da remuneração dos servidores públicos estaduais, determinou que este projeto de lei deverá ser apresentado à Assembléia Legislativa até o mês de março de cada ano civil.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar essa matéria, fixou entendimento de que **é inconstitucional a fixação de prazo pelo Legislativo para que o detentor de iniciativa privativa apresente o respectivo projeto de lei, por ofensa ao princípio da separação dos poderes.**

O entendimento perfilhado pelo STF é de que o detentor de iniciativa privativa dispõe não só do poder de decidir sobre o conteúdo do projeto de lei, mas também sobre o momento oportuno de apresentá-lo ao Poder Legislativo.

4.5) INICIATIVA DA LEI DE ORGANIZAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A iniciativa da lei complementar de organização do Ministério Público é **concorrente entre o Chefe do Executivo e o respectivo Procurador-Geral** (CF, art. 61, § 1º, II, "d", c/c art. 128, § 5º). Se a iniciativa é concorrente, significa dizer que um e/ou outro poderão apresentar o projeto de lei complementar de organização do Ministério Público.

Assim, em relação ao Ministério Público da União (MPU), a iniciativa é concorrente entre o Presidente da República e o Procurador-Geral da República, inclusive no tocante ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, pois cabe à União organizar e manter esse ramo do MPU (CF, art. 21, XIII).

Nos Estados-membros, a iniciativa é concorrente entre o Governador e o Procurador-Geral de Justiça, Chefe do Ministério Público do Estado.

Entretanto, o mesmo não ocorre em relação ao Ministério Público que atua junto aos Tribunais de Contas (CF, art. 130).

Segundo orientação do STF, como esse Ministério Público não integra o Ministério Público comum, mas sim a própria Corte de Contas, **sua organização será por meio de lei ordinária, de iniciativa privativa do respectivo Tribunal de Contas.**

4.6) INICIATIVA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Segundo orientação do Supremo Tribunal Federal, **a iniciativa de lei em matéria tributária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios é concorrente entre o Chefe do Executivo e o Poder Legislativo.**

Assim, em matéria tributária federal, a iniciativa é concorrente entre o Presidente da República e os membros do Congresso Nacional; no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, é concorrente entre o Governador e os membros da Assembléia Legislativa/Câmara Legislativa; no âmbito dos Municípios, a concorrência é entre o Prefeito e os membros da Câmara Municipal.

Embora o STF não tenha se referido expressamente à iniciativa popular (CF, art. 61, § 2º), entendo que os cidadãos também poderão apresentar projeto de lei sobre matéria tributária, pois se esta iniciativa foi outorgada concorrentemente aos representantes dos cidadãos, com maior razão poderiam estes apresentar diretamente projeto de lei sobre matéria tributária perante o Poder Legislativo.

Esse entendimento não se aplica à iniciativa de lei em matéria tributária no âmbito dos Territórios Federais, pois nesse caso a iniciativa é **privativa do Presidente da República**, por força de expressa determinação constitucional (CF, art. 61, § 1º, II, "b").

5) SANÇÃO

Sanção é a concordância do Chefe do Executivo com o projeto de lei aprovado pelo Legislativo. Incide sobre o projeto de lei e faz nascer a lei. Em regra, é o momento em que nasce a lei, pela conjugação das vontades dos Poderes Legislativo e Executivo.

A respeito da sanção, destaco os seguintes pontos:

(a) é ato privativo do Chefe do Executivo, nas três esferas de governo (não existe hipótese em que membros do Legislativo sancionam projetos de lei);

(b) nem todas as espécies que integram o processo legislativo submetem-se à sanção (emendas constitucionais, leis delegadas, decretos legislativos e resoluções não se submetem à sanção);

(c) não é ato imprescindível ao nascimento da lei (pois o Chefe do Executivo poderá vetar o projeto de lei, o veto poderá ser rejeitado pelo Poder Legislativo e a lei nascerá, na rejeição do veto, mesmo sem ter havido sanção do Chefe do Executivo).

6) PROMULGAÇÃO

Promulgação é o ato que atesta a existência da lei, inserindo-a no ordenamento jurídico. É o ato que inova o ordenamento jurídico, pela inserção neste de uma nova lei.

A respeito da promulgação, destaco os seguintes pontos:

a) não é ato privativo do Chefe do Executivo, pois existem hipóteses em que o ato de promulgação cabe ao Poder Legislativo (no processo legislativo das leis, nos casos de sanção tácita e rejeição do veto, se o Presidente da República não promulgar a lei resultante no prazo de 48 horas, a competência desloca-se para o Presidente do Senado Federal; no tocante às emendas à Constituição, decretos legislativos e resoluções, a promulgação será pelo Legislativo);

b) é ato indispensável para o ingresso da norma no ordenamento jurídico (em verdade, é o próprio ato que faz ingressar a norma no ordenamento jurídico).

7) PUBLICAÇÃO

A publicação no órgão oficial respectivo não é, propriamente, fase que integra o processo de formação da lei, mas sim condição de eficácia, de obrigatoriedade da lei.

Pense assim: a lei nasce com a sanção (ou, excepcionalmente, com a rejeição do veto); com a promulgação, ocorre a sua inserção no ordenamento jurídico, estando, a partir de então, pronta e apta para produzir seus plenos efeitos; essa produção de efeitos, porém, está dependente de uma condição de eficácia, que é a publicidade, que se dá com a publicação na imprensa oficial.

8) VETO

Veto é a discordância do Chefe do Executivo com o projeto de lei aprovado pelo Legislativo. É o momento de que dispõe o Chefe do Executivo para discordar, expressa e motivadamente, do projeto de lei aprovado pelo Legislativo, forçando este Poder a reapreciar a matéria, com base nos motivos apresentados por aquele outro Poder da República.

Na Constituição Federal de 1988, são as seguintes as principais características do veto:

a) pode ser total ou parcial;

O Chefe do Executivo poderá vetar total (todos os dispositivos do projeto de lei) ou parcialmente (apenas parte dos dispositivos do projeto de lei). Porém, o poder de veto parcial não é ilimitado, pois o veto somente poderá abranger texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea (CF, art. 66, § 2º). Não poderá o Chefe do Executivo, portanto, vetar uma palavra, ou algumas palavras, de um desses dispositivos.

b) é sempre motivado;

Para que o Chefe do Executivo possa vetar projeto de lei é indispensável que exteriorize sua motivação perante o Poder Legislativo. São duas as motivações admitidas pela Constituição Federal: inconstitucionalidade ou contrariedade ao interesse público (CF, art. 66, § 1º). No primeiro caso, teremos o chamado veto jurídico, em que o Chefe do Executivo veta o projeto por entender que ele desrespeita a Constituição; na segunda hipótese, temos o chamado veto político, em que o Chefe do Executivo veta o projeto por entender que ele é contrário ao interesse público. Os motivos

do veto deverão ser comunicados ao Presidente do Senado Federal, no prazo de quarenta e oito horas (CF, art. 66, § 1º).

c) é sempre expresso;

O veto é sempre uma manifestação expressa do Chefe do Executivo, não existe veto tácito, por decurso de prazo, haja vista que o silêncio do Chefe do Executivo implica sanção, e não veto (CF, art. 66, § 3º).

Da mesma forma, sua apreciação pelo Congresso Nacional deverá ocorrer expressamente, não haverá manutenção ou rejeição tácita de veto pelo Congresso Nacional.

O Congresso Nacional dispõe do prazo de trinta dias para apreciar o veto, para o fim de rejeitá-lo ou mantê-lo (CF, art. 66, § 4º). Esgotado esse prazo sem deliberação, o veto não será considerado tacitamente mantido, tampouco tacitamente superado. Nessa situação, ocorrerá o seguinte: o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final (CF, art. 66, § 6º). Enfim, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata e ocorrerá o trancamento da pauta, não se apreciando nada antes da deliberação sobre o veto. Como o veto é apreciado em sessão conjunta do Congresso Nacional, a “sessão imediata” referida na Constituição Federal é a **sessão conjunta imediata do Congresso Nacional** (logo, não haverá nenhum trancamento da pauta da Câmara dos Deputados, tampouco do Senado Federal em decorrência de não-apreciação do veto, mas sim a pauta da sessão conjunta do Congresso Nacional).

d) é relativo ou superável;

No Brasil, o veto não é uma deliberação definitiva, que põe fim ao processo legislativo, impedindo o nascimento da lei. Mesmo havendo veto, o Legislativo poderá rejeitá-lo e fazer nascer a lei. Em verdade, em vez de terminar com o processo legislativo, o que o veto faz é prolongar o processo legislativo, com o nascimento de uma nova e obrigatória fase, que é a fase de apreciação do veto pelo Legislativo.

e) é irretratável;

Não se admite a desistência do veto: uma vez manifestado pelo Chefe do Executivo, torna-se absolutamente irretratável, insuscetível de desistência.

Da mesma forma, segundo orientação do STF, a apreciação do veto pelo Poder Legislativo também é irretratável (não poderá, por exemplo, o Legislativo rejeitar o veto e, em momento seguinte, emitir novo juízo, agora pela manutenção do veto).

f) pode incidir sobre texto elaborado pelo próprio Chefe do Executivo;

Nada impede que o Chefe do Executivo vete no projeto de lei texto por ele próprio inserido. Suponha que o Chefe do Executivo tenha apresentado projeto de lei tratando de certa matéria, e que este venha a ser aprovado pelo Legislativo. Ulteriormente, ao retornar para o fim de sanção/veto, poderá o Chefe do Executivo vetar o texto que ele próprio inseriu no projeto de lei (podem ter ocorrido mudanças fáticas entre a apresentação do projeto e o seu retorno para sanção/veto que justifiquem o veto).

g) admite superação parcial;

Assim como o veto pode ser parcial, a sua rejeição pelo Poder Legislativo também poderá ser parcial, isto é, ao apreciar o veto, o Legislativo poderá rejeitá-lo em relação a certos dispositivos do projeto de lei e mantê-lo em relação a outros. Se o Chefe do Executivo vetou dez artigos do projeto de lei, poderá o Legislativo rejeitar o veto em relação a cinco artigos e manter o veto em relação aos outros cinco artigos.

h) não impede a promulgação da parte não-vetada do projeto de lei;

Na hipótese do veto parcial, este não impede a promulgação e publicação da parte não-vetada da lei, isto é, a parte não-vetada não fica aguardando a apreciação do veto em relação aos dispositivos vetados. Se num projeto de lei de dez artigos dois forem vetados, os demais são sancionados e a lei resultante poderá ser promulgada e publicada, independentemente da apreciação do veto pelo Legislativo.

i) sua rejeição gera efeitos *ex nunc*.

Vimos que o veto poderá ser parcial, e que o veto não impede a entrada em vigor da parte não-vetada, visto que esta não fica aguardando a apreciação do veto daqueles dispositivos vetados.

Pois bem, no caso do veto parcial, em relação à parte vetada, os motivos do veto serão encaminhados ao Presidente do Senado Federal, no prazo de quarenta e oito horas, que submeterá a matéria à apreciação do Congresso Nacional, que, no prazo de trinta dias, decidirá sobre a matéria, em sessão conjunta e por voto secreto, só podendo rejeitar o veto por maioria absoluta dos Deputados e Senadores.

No caso de rejeição do veto pelo Legislativo, os dispositivos que tiveram o veto superado entrarão em vigor com eficácia *ex tunc* (retroativamente, a partir da publicação dos demais dispositivos não-vetados) ou *ex nunc* (somente daí por diante, a partir da rejeição)?

No Brasil, **a superação do veto gera efeitos *ex nunc***, vale dizer, os dispositivos que tiveram o veto superado ingressarão no ordenamento jurídico somente daí por diante.

9) IRREPETIBILIDADE DE PROJETO DE LEI REJEITADO

Determina a Constituição Federal que a matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional (CF, art. 67).

Embora a regra seja a irrepetibilidade, é possível que novo projeto de lei venha a ser apresentado na mesma sessão legislativa contemplando a matéria rejeitada, desde que haja solicitação de maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional.

Cuidado: essa irrepetibilidade de projeto de lei rejeitado (CF, art. 67) não pode ser confundida com a irrepetibilidade de emenda à Constituição rejeitada ou havida por prejudicada (CF, art. 60, § 5º). No caso de projeto de lei, note-se que a

irrepetibilidade é relativa (a matéria poderá constituir novo projeto de lei na mesma sessão legislativa, desde que haja solicitação de maioria absoluta dos membros de uma das Casas do Congresso Nacional); no caso de emenda à Constituição, a irrepetibilidade é absoluta (não há nenhuma possibilidade da matéria rejeitada ou havida por prejudicada constituir nova proposta de emenda na mesma sessão legislativa).

10) PROCESSO LEGISLATIVO DAS LEIS (X) CLÁUSULA PÉTREA

Segundo orientação do Supremo Tribunal Federal, o processo legislativo de elaboração das leis **não é cláusula pétrea**, isto é, poderá ser objeto de alterações substanciais por meio de emenda à Constituição.

Entretanto, nas mudanças eventualmente introduzidas por meio de emenda à Constituição deverá ser observado o princípio da separação dos poderes, pois, a depender da magnitude da mudança, a cláusula pétrea “separação dos poderes” poderá ser violada (CF, art. 60, § 4º, III). Por exemplo: seria inconstitucional uma emenda à Constituição que suprimisse do texto da Constituição todas as hipóteses de iniciativa privativa do Presidente da República, pois essa emenda seria, sem dúvida, tendente a abolir a separação dos poderes, por implicar acentuado enfraquecimento do Poder Executivo.

11) PROCESSO LEGISLATIVO FEDERAL E ESTADOS, DF E MUNICÍPIOS

Segundo orientação do Supremo Tribunal Federal, as regras básicas do processo legislativo federal são de observância obrigatória pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. Significa dizer que esses entes federados, ao prescreverem o processo legislativo de elaboração de suas leis, deverão observar as regras pertinentes fixadas pela Constituição Federal, para o processo legislativo perante o Congresso Nacional.

Assim, todos os passos aqui estudados para o processo legislativo federal (prazos para sanção ou veto, para comunicação dos motivos do veto, para deliberação sobre o veto, para promulgação da lei; deliberação de maioria absoluta para superação do veto etc.) aplicam-se ao processo legislativo de elaboração das leis no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (ressalvando-se, evidentemente, a apreciação bicameral, haja vista que no âmbito desses entes federados o Poder Legislativo é unicameral).

Acredito que, resumidamente, são esses os principais pontos a respeito do processo legislativo de elaboração das leis para o fim de concurso público.

QUESTÕES DE CONCURSOS:

- 1) Apesar de a Constituição assegurar a participação popular no processo legislativo, inclusive na fase de iniciativa, não é qualquer brasileiro que pode dar início a ele.
- 2) Nos termos da CF/88, o Presidente da República só poderá solicitar urgência para apreciação de proposição que verse sobre matéria cujo projeto de lei seja de sua iniciativa privativa.
- 3) Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelo Congresso Nacional, em sessão conjunta, unicameral.
- 4) São de observância compulsória pelos estados as regras básicas do processo legislativo federal, por sua implicação com o princípio fundamental da separação e independência dos Poderes, incluindo-se as regras de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo na elaboração de leis que disponham acerca da remuneração de servidores públicos, seu regime jurídico e sua aposentadoria.
- 5) É possível a instauração do processo legislativo em virtude de anteprojeto de lei pelo povo.

- 6) Nos termos da Constituição Federal, os projetos de lei e de emenda à Constituição deverão ser aprovados, necessariamente, pelo plenário da Câmara e do Senado Federal.
- 7) É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a sanção presidencial a projeto de lei supre eventual vício de iniciativa.
- 8) Não pode haver emenda parlamentar a projeto de lei da iniciativa privativa do Chefe do Executivo.
- 9) Não sofre de inconstitucionalidade formal a lei federal, de iniciativa de parlamentar, que, versando sobre matéria tributária, concede benefício fiscal a certas categorias de contribuintes de impostos de competência da União.
- 10) Não havendo aumento de despesa, o Poder Legislativo pode livremente emendar projeto de lei de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo.
- 11) Diante de demora do Chefe do Executivo em apresentar projeto de lei da sua iniciativa privativa, o Poder Legislativo pode aprovar lei fixando prazo para que o projeto seja encaminhado.
- 12) Os projetos de lei encaminhados pelo Presidente da República poderão ter início na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal.
- 13) Derrubado o veto presidencial, o projeto de lei deverá ser encaminhado ao Presidente do Senado, logo após a deliberação do Congresso Nacional, a fim de ser por ele promulgado.
- 14) Compete ao Presidente da República sancionar e fazer publicar as leis. Apesar disso, existem certos atos legislativos do Congresso Nacional que prescindem da sanção presidencial.
- 15) Se o Presidente da República receber projeto pelo Congresso Nacional e não o vetar expressamente em até quinze dias, seu silêncio terá efeito de sanção.

16) O veto presidencial, que pode ser total ou parcial, no Direito brasileiro, é um ato de deliberação negativa do qual resulta a rejeição definitiva do projeto, tendo o Presidente da República quinze dias úteis para expressá-lo.

17) Na hipótese de sanção tácita do projeto de lei, a competência originária para a promulgação da lei será privativa do Presidente do Senado.

18) Vetado um dispositivo de lei pelo Presidente da República, a lei somente entrará em vigor, mesmo nas partes não vetadas, depois de analisado o veto pelo Congresso Nacional.

19) Na hipótese de superação do veto parcial, a disposição vetada de um projeto de lei sancionado pelo Presidente da República entrará em vigor com eficácia retroativa (ex tunc).

20) O Presidente da República pode vetar qualquer texto ou expressão de projeto de lei, desde que o ato seja devidamente fundamentado e tenha respaldo constitucional.

21) É admissível a rejeição parcial do veto total.

22) Mesmo depois de mantido o veto do Chefe do Executivo a certo projeto de lei, o Legislativo pode, dando-se conta de que o veto era intempestivo, dá-lo por inexistente, considerando o projeto de lei tacitamente sancionado.

23) Os projetos de lei de iniciativa popular, aprovados pelo Congresso Nacional, não se submetem à sanção presidencial.

24) Se o veto não for apreciado pelo Congresso Nacional dentro de 30 dias da sua comunicação ao Presidente do Senado Federal, o veto torna-se, tacitamente, definitivo.

25) A Constituição veda a apresentação de emendas parlamentares a projeto de lei de iniciativa popular.

26) O Presidente da República pode desistir do veto já manifestado, considerando o projeto de lei tacitamente sancionado.

GABARITOS OFICIAIS

- 1) CERTO; a iniciativa popular só foi outorgada aos cidadãos (CF, art. 61).
- 2) ERRADO; não se exige que a matéria seja de iniciativa privativa do Presidente da República, basta, apenas, que o projeto seja por ele apresentado, ainda que sobre matéria de iniciativa concorrente (CF, art. 64, § 1º).
- 3) ERRADO; esses projetos de lei são apreciados, de fato, em sessão conjunta, mas não unicameral; diz a Constituição que serão eles apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum (CF, art. 166); assim, a discussão será conjunta, mas a votação será em separado, apurando-se, separadamente, os votos dos deputados e dos senadores.
- 4) CERTO; vimos que as regras básicas do processo legislativo federal são de observância obrigatória por parte dos Estados, do DF e dos Municípios, inclusive no tocante à iniciativa privativa do Presidente da República.
- 5) ERRADO; o povo não dispõe de iniciativa popular, mas somente os cidadãos.
- 6) ERRADO; o enunciado está correto no tocante à emenda à Constituição, mas está errado no que se refere ao projeto de lei, porque este, como vimos, poderá ser apreciado em regime conclusivo no âmbito das comissões, sem deliberação no Plenário (CF, art. 58, § 2º, I).
- 7) ERRADO; a jurisprudência do STF atualmente é no sentido contrário, isto é, de que a sanção não supre o vício de iniciativa.
- 8) ERRADO; pode haver emendas, desde que não impliquem aumento de despesa e guardem pertinência com a matéria do projeto.
- 9) CERTO; porque os membros do Legislativo também podem apresentar projeto de lei sobre matéria tributária.
- 10) ERRADO; mesmo não havendo aumento de despesa, os congressistas não são livres para apresentar emendas, pois só

poderão apresentar emendas que guardem pertinência temática com o projeto.

11) ERRADO; segundo a orientação do STF, é inconstitucional a fixação de prazo pelo Legislativo para que o detentor de iniciativa privativa apresente o respectivo projeto de lei.

12) ERRADO; os projetos de lei de iniciativa do Presidente da República serão apresentados, obrigatoriamente, perante a Câmara dos Deputados (CF, art. 64).

13) ERRADO; rejeitado o veto, a matéria segue para o Presidente da República promulgar; apenas se ele não o fizer no prazo de quarenta e oito horas é que a competência desloca-se para o Presidente do Senado Federal (CF, art. 66, § 7º).

14) CERTO; emenda à Constituição, lei delegada, decreto legislativo e resolução não se submetem à sanção.

15) ERRADO; a sanção tácita só ocorre após quinze dias ÚTEIS, e não após quinze dias corridos.

16) ERRADO; o veto no Brasil não implica rejeição definitiva do projeto de lei, pois o veto poderá ser rejeitado pelo Congresso Nacional.

17) ERRADO; a competência originária é do Presidente da República; apenas se ele não o fizer no prazo de quarenta e oito horas é que a competência desloca-se para o Presidente do Senado Federal (CF, art. 66, § 7º).

18) ERRADO; no Brasil, a parte não-vetada do projeto de lei não fica aguardando a apreciação do veto dos dispositivos vetados; a parte não vetada, portanto sancionada, poderá ser promulgada e publicada, independentemente da apreciação do veto.

19) ERRADO; a superação do veto no Brasil gera efeitos *ex nunc*.

20) ERRADO; o veto parcial somente poderá abranger texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea (CF, art. 66, § 2º).

21) CERTO; a apreciação do veto é feita em destaques, por matéria; portanto, nada impede que o Congresso Nacional rejeite o veto em relação a alguns dispositivos e mantenha o veto em relação a outros dispositivos.

22) ERRADO; segundo orientação do STF, assim como o veto é irretratável, a sua apreciação pelo Legislativo também é absolutamente irretratável.

23) ERRADO; os projetos de lei resultantes de iniciativa popular são projetos de lei como quaisquer outros, apresentados pelos demais legitimados, e, portanto, poderão ser emendados, estão sujeitos à sanção/veto etc.

24) ERRADO; não há superação ou manutenção tácita de veto; esgotado o prazo, o veto será colocado na ordem do dia da sessão conjunta imediata, sobrestadas as demais deliberações, até sua votação final (CF, art. 66, § 6º).

25) ERRADO; projeto de lei resultante de iniciativa popular poderá ser objeto de emenda parlamentar.

26) ERRADO; o veto é ato absolutamente irretratável, insuscetível de desistência.

AULA 10: INTERVENÇÃO

Ao tratarmos do assunto “Organização do Estado”, vimos que nossa Federação é composta de quatro espécies de entes federados – União, Estados, Distrito Federal e Municípios -, todos dotados de autonomia política, nos termos em que estabelecido no texto da Constituição Federal (CF, art. 18).

Portanto, no nosso Estado a regra é o exercício da plena autonomia de um ente federado, sem nenhuma ingerência de outros. Cada ente federado, ao desempenhar as competências que lhe foram outorgadas pela Constituição Federal, o faz com plena autonomia, sem interferência dos demais entes.

Podemos afirmar que a autonomia política corresponde ao direito à vida das pessoas naturais, vale dizer, assim como a pessoa natural tem assegurado constitucionalmente o direito fundamental à vida, os entes federados têm o direito fundamental à sua vida, que é a autonomia política.

Entretanto, como não existe direito constitucional de natureza absoluta, o próprio direito à vida poderá ser afastado. Se essa assertiva é correta no tocante à pessoa natural, que poderá ter o seu direito à vida afastado no caso de guerra declarada (CF, art. 5º, XLVII, “a”), também o é em relação às pessoas políticas, que poderão ter a sua vida (autonomia política) temporariamente afastada, nas hipóteses excepcionais em que a Constituição Federal admite o processo de intervenção (CF, arts. 34 e 35).

O processo de intervenção consiste, pois, na possibilidade de afastamento, excepcional e temporário, da autonomia de um ente federado por outro, nas hipóteses taxativamente autorizadas na Constituição Federal, no interesse maior de preservação da própria unidade federativa.

Por representar medida excepcionalíssima, a intervenção somente poderá efetivar-se nas hipóteses taxativamente autorizadas na Constituição Federal (CF, arts. 34 e 35). Qualquer intervenção de um ente federado sobre outro que não se enquadre numa das hipóteses autorizadas na

Constituição Federal será flagrantemente inconstitucional, por ser tendente a abolir a forma federativa de Estado, matéria gravada como cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4º, I).

Finalmente, cabe destacar que a intervenção entre nós funciona como meio de controle de constitucionalidade, isto é, como meio de fazer-se cumprir a Constituição Federal. Pense assim: se determinado ente federado estiver desrespeitando certos princípios estabelecidos na Constituição Federal, será tentado o restabelecimento da normalidade por outros meios menos gravosos (negociações políticas, recursos ao Poder Judiciário etc.); porém, se a normalidade não for restabelecida, a intervenção será decretada para se fazer cumprir a Constituição Federal. Ora, se a intervenção está sendo utilizada para se fazer cumprir a Constituição, a medida está atuando como controle de constitucionalidade.

Feita essa breve introdução, e partindo dessas premissas sobre a intervenção (é medida de afastamento excepcional e temporário da autonomia de um ente federado por outro; somente poderá ser decreta nas hipóteses expressamente autorizadas na Constituição Federal, sob pena de ofensa à cláusula pétrea forma federativa de Estado; é meio de controle de constitucionalidade), passemos ao estudo dos dispositivos constitucionais pertinentes, dividindo o estudo em tópicos, para destacar e facilitar o entendimento dos principais aspectos dessa medida.

1) INTERVENÇÕES AUTORIZADAS

As hipóteses em que a Constituição Federal admite a intervenção estão taxativamente enumeradas nos artigos 34 e 35 da Constituição Federal: o art. 34 enumera as hipóteses de intervenção nos Estados e no Distrito Federal; o art. 35 enumera as hipóteses de intervenção nos Municípios.

Veja que a intervenção ocorre sempre do ente de maior grau para o ente de menor grau, isto é, não há hipótese de intervenção de Município em Estado ou na União, tampouco de intervenção de Estado na União.

Nas hipóteses em que autorizada constitucionalmente, a União poderá intervir nos Estados e no Distrito Federal (CF, art. 34) e nos Municípios localizados em Territórios Federais (CF, art. 35). Não há autorização da Constituição para que a União intervenha em Município localizado em Estado. Com isso, podemos afirmar que em hipótese alguma a União intervirá em Município localizado em Estado, sob pena de flagrante desrespeito à Constituição Federal.

Os Estados-membros poderão intervir nos respectivos Municípios, desde que caracterizada uma das hipóteses previstas no art. 35 da Constituição Federal.

O Distrito Federal (que não pode ser dividido em Municípios) e os Municípios (entes de menor grau) não dispõem do poder de intervir, embora possam ser objeto de intervenção: o Distrito Federal poderá sofrer intervenção federal (CF, art. 34) e o Município poderá sofrer intervenção do respectivo Estado a que pertence, ou da União, caso se localize em Território Federal (CF, art. 35).

2) REQUISITOS DA INTERVENÇÃO

Como medida excepcional de afastamento da autonomia do ente político, a intervenção somente poderá ocorrer nas hipóteses taxativamente autorizadas na Constituição Federal, e a medida deverá observar fielmente as prescrições constitucionais. São os seguintes os requisitos da intervenção:

- a) ocorrência de uma das hipóteses taxativamente enumeradas na Constituição como autorizativas da intervenção;
- b) intervenção de ente político mais amplo no ente político menos amplo (União nos Estados e Distrito Federal ou, excepcionalmente, nos Municípios de Território Federal; Estados nos Municípios de seu território);
- c) ato político (decretação da intervenção), decretado e executado exclusivamente pelo Chefe do Executivo

(Presidente da República ou Governador de Estado, conforme o caso).

3) TIPOS DE INTERVENÇÃO

A Constituição Federal estabelece dois tipos de intervenção: intervenção espontânea e intervenção provocada.

Temos intervenção espontânea (ou de ofício) nas hipóteses em que a Constituição autoriza que a intervenção seja efetivada diretamente, por iniciativa do próprio Chefe do Executivo. O Chefe do Executivo não depende da iniciativa de nenhum órgão ou autoridade para decretar a intervenção: de acordo com sua convicção e discricionariedade, decreta a medida, independentemente da provocação de outros órgãos.

São hipóteses de intervenção espontânea:

- a) para a defesa da unidade nacional (CF, art. 34, I e II);
- b) para a defesa da ordem pública (CF, art. 34, III);
- c) para a defesa das finanças públicas (CF, art. 34, V).

Portanto, nessas hipóteses de intervenção espontânea, previstas no art. 34, I, II, III e V, da CF/88, o próprio Presidente da República poderá tomar a iniciativa e decretar a intervenção federal.

Nas hipóteses de intervenção espontânea, o Presidente da República ouvirá o Conselho da República (CF, art. 90, I) e o Conselho de Defesa Nacional (CF, art. 91, § 1º, II), que opinarão a respeito. Ouvidos tais Conselhos, decidirá o Presidente da República, discricionariamente, sobre a decretação da intervenção.

Temos intervenção provocada quando a medida depende de provocação de algum órgão ao qual a Constituição conferiu tal competência. Nessas hipóteses, não poderá o Chefe do Executivo tomar a iniciativa e decretar, de ofício, a medida. A intervenção dependerá da prévia manifestação de vontade do órgão que recebeu essa incumbência constitucional.

Segundo a CF, a provocação poderá dar-se mediante "solicitação" ou "requisição".

Nos casos de **solicitação**, o Chefe do Executivo não está obrigado a decretar a intervenção. O órgão solicitará ao Chefe do Executivo a intervenção, mas este decidirá a respeito, com discricionariedade, podendo decretar, ou não, a intervenção solicitada.

Nos casos de **requisição**, o Chefe do Poder Executivo não dispõe de discricionariedade para decidir se decreta, ou não, a intervenção. Havendo a requisição, estará ele obrigado a decretar a intervenção.

A provocação mediante requisição está prevista nos seguintes dispositivos constitucionais: art. 34, IV (requisição do STF), art. 34, VI (requisição do STF, STJ ou TSE) e art. 34, VII (requisição do STF).

A provocação mediante solicitação está prevista no art. 34, IV, na defesa dos Poderes Executivo ou Legislativo.

Vamos examinar, com atenção, essas diferentes hipóteses de intervenções federais provocadas.

a) intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal para garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nessas Unidades da Federação (CF, art. 34, IV);

Nessa hipótese, teremos o seguinte: se o exercício das prerrogativas de um dos Poderes da República (Executivo, Legislativo ou Judiciário) estiver sendo ameaçado, coagido no âmbito do Estado ou do Distrito Federal, o Presidente da República poderá ser provocado, por esses Poderes locais ameaçados, para decretar a intervenção e restabelecer a normalidade, para restabelecer o livre exercício dos Poderes.

Se a coação ou o impedimento for dos Poderes Executivo ou Legislativo, esses Poderes locais (Governador ou Assembléia Legislativa) **solicitarão** ao Presidente da República a intervenção federal, a fim de que a União venha garantir o livre exercício de suas funções. Nessas hipóteses, a provocação da Assembléia Legislativa ou do Governador não obriga o Presidente da República a decretar a intervenção, haja vista tratar-se de **solicitação**.

Se a coação ou impedimento for do Poder Judiciário local, a intervenção federal dependerá de requisição do Supremo Tribunal Federal (STF). Nesse caso, o Tribunal de Justiça respectivo provocará o STF que, se entender cabível, requisitará a intervenção federal ao Presidente da República. Havendo requisição do STF, o Presidente da República está obrigado a decretar a intervenção, pois se cuida de hipótese de **requisição**.

b) intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal no caso de desobediência a ordem ou decisão judiciária;

No caso de desobediência à ordem ou decisão judiciária (CF, art. 36, II), a intervenção dependerá da requisição do Superior Tribunal de Justiça (STJ), do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) ou do Supremo Tribunal Federal (STF) perante o Presidente da República.

Embora a Constituição Federal não seja expressa a respeito, temos o seguinte:

(i) se a desobediência for à ordem ou decisão da Justiça Eleitoral, a requisição caberá ao TSE;

(ii) se a desobediência for à ordem ou decisão do STJ, a requisição caberá ao próprio STJ;

(iii) se a desobediência for à ordem ou decisão dos outros órgãos da Justiça (do STF, da Justiça Federal, da Justiça Estadual, da Justiça do Trabalho ou da Justiça Militar), a requisição caberá ao STF.

Percebe-se, assim, que a competência residual de requisição foi outorgada ao Supremo Tribunal Federal: se a ordem ou decisão judiciária desobedecida for de qualquer outro órgão do Poder Judiciário que não seja o STJ ou da Justiça Eleitoral, a competência para requisitar a intervenção será do STF.

Observe, também, que nessas hipóteses a provocação é por meio de **requisição** (e não por meio de solicitação), medida que obriga o Chefe do Executivo a decretar a intervenção.

c) intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal no caso de ofensa aos princípios sensíveis;

Os chamados “princípios sensíveis” estão enumerados no art. 34, VII, da Constituição Federal, e são os seguintes: forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública, direta e indireta; aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

No caso de ofensa a esses “princípios sensíveis” (CF, art. 34, VII), a intervenção da União dependerá de representação do Procurador-Geral da República perante o STF (CF, art. 36, III).

Assim, em se tratando de ofensa aos princípios sensíveis enumerados no art. 34, VII, a intervenção da União dependerá da iniciativa do Procurador-Geral da República, que representará perante o Supremo Tribunal Federal. Se o Supremo Tribunal Federal der provimento à representação do Procurador-Geral da República, comunicará ao Chefe do Executivo, para que este dê seqüência ao procedimento de intervenção. Caso o Supremo Tribunal Federal negue provimento à representação do Procurador-Geral da República, determinará o seu arquivamento, obstando a continuidade do procedimento de intervenção.

Essa representação do Procurador-Geral da República é chamada de **representação interventiva** (ou ação direta de inconstitucionalidade interventiva) e tem por fim submeter à fiscalização do Poder Judiciário o procedimento de intervenção. Ao apreciar a representação interventiva, está o Supremo Tribunal Federal fiscalizando a constitucionalidade do procedimento de intervenção.

Nesse ponto, um conselho, para o fim de concurso público: você terá que memorizar os princípios sensíveis, apontados no art. 34, VII, da Constituição Federal, goste da idéia ou não! Isso porque no concurso o examinador cobrará o conhecimento desse ponto com enunciados do tipo: “No caso

de ofensa aos direitos da pessoa humana, a intervenção federal dependerá de representação do Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal”; ora, nessa situação, você só acertará a questão se souber que “direitos da pessoa humana” é um princípio sensível, enunciado no art. 34, VII, da CF/88.

d) intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal no caso de recusa à execução de lei federal;

Se o caso for de recusa à execução de lei federal (CF, art. 34, VI), a representação interventiva também será do Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal (STF), por força do art. 36, III, da CF/88 (redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004).

Valem aqui os comentários feitos na letra anterior, sobre a representação interventiva perante o Supremo Tribunal Federal no caso de ofensa aos princípios sensíveis.

Nessa hipótese de intervenção – recusa à execução de lei federal -, até a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004 a representação interventiva do Procurador-Geral da República era perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ). Referida emenda constitucional repassou essa competência ao Supremo Tribunal Federal (STF).

4) DECRETAÇÃO E EXECUÇÃO DA INTERVENÇÃO

No Brasil, a intervenção federal é decretada e executada pelo Chefe do Executivo (CF, art. 84, X), por meio do chamado decreto de intervenção.

Reza a Constituição Federal que o decreto de intervenção especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução e, se for o caso, nomeará temporariamente o interventor, com o conseqüente afastamento das autoridades locais de suas funções (CF, art. 36, I).

Percebe-se que, como medida excepcional, a intervenção será sempre por prazo certo, que deverá ser especificado no próprio decreto de intervenção. Observa-se, também, que nem sempre o decreto de intervenção nomeará, de pronto, o

interventor, pois há a possibilidade, apontada abaixo, de restabelecimento da normalidade no âmbito do ente federado sem a efetiva intervenção.

5) APRECIÇÃO DO LEGISLATIVO

O decreto de intervenção será submetido à apreciação do Poder Legislativo, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. Se a intervenção for federal, o decreto do Presidente da República será submetido à apreciação do Congresso Nacional. No caso de intervenção estadual, o decreto do Governador será apreciado pela Assembléia Legislativa.

Se o Congresso Nacional ou a Assembléia Legislativa estiver de recesso, haverá convocação extraordinária, no mesmo prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Caso o Poder Legislativo não aprove a decretação da intervenção, o Chefe do Executivo deverá cessá-la imediatamente, sob pena de crime de responsabilidade.

Porém, nem sempre o decreto do Chefe do Executivo será apreciado pelo Poder Legislativo.

Com efeito, estabelece a Constituição Federal que nas hipóteses em que há representação interventiva do Chefe do Ministério Público perante os Tribunais do Poder Judiciário - inexecução de lei federal (art. 34, VI), ofensa aos princípios sensíveis (art. 34, VII) e intervenção de Estado em Município (art. 35, IV) - o controle político pelo Legislativo será dispensado, e o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade (CF, art. 36, § 3º).

Esse ponto merece um melhor esclarecimento.

Como vimos, nas hipóteses de intervenção dependentes de representação interventiva (art. 35, IV; art. 36, III), as fases do procedimento serão as seguintes: (i) o Chefe do Ministério Público (Procurador-Geral da República ou Procurador-Geral de Justiça, conforme o caso) representa perante o Tribunal do Poder Judiciário (STF ou TJ, conforme o caso); (ii) se o Tribunal do Poder Judiciário negar provimento à

representação interventiva, determinará o seu arquivamento, obstando o procedimento de intervenção; (iii) se o Tribunal do Poder Judiciário der provimento à representação interventiva, comunicará o Chefe do Executivo, para fins de efetivação da medida interventiva.

Porém, mesmo nas hipóteses em que o Tribunal do Poder Judiciário dá provimento à representação interventiva não podemos afirmar que é certo que haverá efetiva intervenção no ente federado. Isso porque, nas hipóteses de representação interventiva, prevê a Constituição Federal que o Chefe do Executivo deverá baixar um decreto suspendendo a execução do ato impugnado, sem necessidade de submetê-lo à apreciação do Poder Legislativo, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade (CF, art. 36, § 3º).

Assim, nos casos de representação interventiva, quando é dado provimento a esta pelo Tribunal do Poder Judiciário, o ente federado ainda tem uma chance de evitar a decretação da efetiva intervenção, restabelecendo a normalidade com base no decreto baixado pelo Chefe do Executivo, nos termos do art. 36, § 3º, da Constituição Federal. Apenas se esse decreto não for suficiente para restabelecer a normalidade é que haverá efetiva intervenção, com o afastamento da autonomia do ente federado.

6) INTERVENÇÃO ESTADUAL

Os Estados-membros poderão intervir nos Municípios localizados em seu território.

Ressalvada a hipótese de intervenção federal em Município localizado em Território Federal, todas as intervenções em Municípios serão decretadas e executadas pelos Estados.

As hipóteses que autorizam a intervenção estadual estão enumeradas no art. 35 da Constituição Federal, aplicando-se a ela as mesmas regras atinentes à intervenção federal (decreto do Chefe do Executivo, controle político pelo Legislativo, temporalidade etc.).

Na hipótese de intervenção prevista no inciso IV do art. 35, a decretação da intervenção dependerá de ser julgada procedente pelo Tribunal de Justiça representação interventiva do Procurador-Geral de Justiça (Chefe do Ministério Público Estadual).

Em todas as hipóteses aqui estudadas, cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo impedimento legal (CF, art. 36, § 4º).

Acredito que sejam esses os pontos relevantes sobre intervenção, para o fim de concurso público – bons estudos.

EXERCÍCIOS DE CONCURSOS

1) Compete ao Supremo Tribunal Federal o julgamento da representação interventiva, na hipótese de recusa à execução do direito federal por parte do Estado-membro.

2) A Constituição estadual pode estabelecer que a representação interventiva, no plano estadual, deverá ser proposta pelo Procurador-Geral ou Advogado-Geral do Estado.

3) A decretação da intervenção da União nos Estados, em razão de impedimento ao livre exercício do Poder Judiciário Estadual, dar-se-á por requisição do STF, provocada por pedido do Presidente do Tribunal de Justiça; nesta hipótese, a decretação da intervenção é obrigatória, não sendo mais um ato discricionário pelo Presidente da República.

4) A possibilidade de intervenção da União nos Estados onde não ocorra a prestação de contas da administração pública, direta e indireta, é uma exceção ao princípio federativo que tem por objetivo a defesa do princípio republicano.

GABARITOS OFICIAIS:

1) ERRADO; a competência para julgar a representação interventiva no caso de recusa à execução do direito federal é do Superior Tribunal de Justiça (STJ); o Supremo Tribunal Federal somente julga a representação interventiva no caso de ofensa aos princípios sensíveis.

2) ERRADO; no plano estadual a representação interventiva, para a fiscalização de intervenção do Estado em Município, nos termos do art. 35, IV, da CF/88, deverá ser proposta pelo Procurador-Geral de Justiça, Chefe do Ministério Público do Estado (CF, art. 129, IV), e não pelo Procurador-Geral ou Advogado-Geral do Estado, que é órgão integrante do Poder Executivo (CF, art. 132).

3) CERTO; nesse caso, vimos que se cuida de caso de provocação mediante **requisição** do STF, e, portanto, o Chefe do Executivo estará obrigado a intervir.

4) CERTO; essa hipótese de intervenção é um princípio sensível da ordem federativa, previsto no art. 34, VII, "d", da CF/88; cuida-se, de fato, de exceção ao princípio federativo, pois numa federação a regra é o exercício da autonomia pelos entes federados, e a intervenção nada mais é do que o afastamento da autonomia de um ente federado por outro; por outro lado, trata-se de defesa do princípio republicano, que tem como uma de suas características o dever de prestar contas.

Até breve.

AULA 11: MEDIDA PROVISÓRIA

Na aula de hoje trataremos do instituto medida provisória, espécie normativa objeto de incontáveis controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais desde a promulgação da vigente Carta Política. Amada por uns (especialmente pelo Chefe do Executivo!), odiada por outros (inclusive por este que aqui escreve!), o fato é que a medida provisória chamou para si praticamente todas as controvérsias acerca do atual processo legislativo.

Sabe-se que a medida provisória foi criada pela atual Carta da República em substituição ao antigo decreto-lei, espécie esta que não mais integra o nosso processo legislativo. Cópia de um instituto presente no constitucionalismo italiano, a medida provisória tem sido reiteradamente utilizada no Brasil em substituição à lei, nas hipóteses em que o Chefe do Poder Executivo vislumbra a ocorrência de relevância e urgência para sua edição.

Devido à importância que tem sido dada a essa espécie normativa nos mais diferentes concursos públicos, vamos dedicar toda essa aula ao exame do seu regime constitucional, bem assim ao processo legislativo de sua elaboração, dividindo esse estudo em itens, no intuito de melhor estruturar o seu estudo.

Essa matéria é de fácil compreensão, porém, recheada de detalhes que precisam ser memorizados pelo candidato (vedações à edição de medida provisória, prazos constitucionais determinados etc.). Mas uma realidade compensa essa dificuldade: é difícil uma prova de Direito Constitucional de concurso de nível superior sem uma questão sobre medida provisória!

Portanto, amando ou odiando essa espécie normativa, valorize os detalhes desta aula, pois eles certamente aparecerão no seu concurso...

1) NATUREZA JURÍDICA

A medida provisória não é lei, em termos formais. Medida provisória é ato normativo dotado de força de lei desde a sua edição, desde a sua publicação na imprensa oficial. Pode-se dizer que medida provisória é lei em sentido material, quando versa sobre normas gerais e abstratas, de conteúdo normativo.

A criação da medida provisória foi o meio encontrado pelo legislador constituinte originário de outorgar ao Chefe do Executivo um meio rápido, célere para que ele possa, em situações de relevância e urgência, tratar de matérias sujeitas à reserva legal, sem necessidade de passar pelo lento e moroso processo legislativo de elaboração das leis (que, como vimos, mesmo quando o Chefe do Executivo solicita urgência para a apreciação de projeto de lei de sua autoria, pode levar até cem dias, desconsiderados os períodos de recesso, para a elaboração da lei).

Assim, nessas situações de urgência e relevância, o Chefe do Executivo dispõe do poder de fugir do moroso processo legislativo, editando uma medida provisória para tratar de matéria que, em situações de normalidade, exigiria lei para o seu tratamento.

Importante realçar que a medida provisória tem força de lei desde a sua publicação. Essa sua força de lei não depende da apreciação do Congresso Nacional. O que depende da apreciação do Congresso Nacional é a sua conversão em lei, isto é, a transformação de um ato provisório, de eficácia limitada (medida provisória), em um ato permanente, com eficácia por prazo indeterminado (lei).

2) REGIME JURÍDICO CONSTITUCIONAL

Da promulgação da Constituição Federal até os dias atuais, as medidas provisórias tiveram dois regimes constitucionais distintos.

O primeiro regime, estabelecido pelo texto originário da Constituição Federal, teve vigência até setembro de 2001,

quando foi promulgada a Emenda Constitucional nº 32, de 11/09/2001. Nesse regime jurídico antigo, a medida provisória tinha uma eficácia inicial de trinta dias, mas podia ser sucessivamente reeditada pelo Chefe do Executivo; a apreciação da medida provisória era em sessão conjunta do Congresso Nacional etc.

A Emenda Constitucional nº 32/2001 deu nova redação ao art. 62 da Constituição Federal, mudando completamente o tratamento constitucional dessa espécie normativa. A medida provisória passou a ter eficácia inicial de sessenta dias, prorrogáveis por mais sessenta dias; sua apreciação pelo Congresso Nacional passou a ser em separado, nas duas Casas Legislativas; foram estabelecidas diversas vedações ao uso de medida provisória etc.

A Emenda Constitucional nº 32/2001 foi, portanto, um divisor de águas entre o regime constitucional antigo e o regime novo das medidas provisórias. Com a sua promulgação, todo o regime constitucional das medidas provisórias foi alterado. Aliás, até a numeração das medidas provisórias foi reiniciada, começamos tudo “do zero”, isto é, as novas medidas provisórias, editadas a partir da Emenda Constitucional nº 32/2002, no novo regime jurídico, receberam numeração nova, começando da medida provisória nº 1, medida provisória nº2, medida provisória nº 3 – e assim por diante.

Portanto, todo o nosso estudo nesta aula de hoje será a respeito das novas medidas provisórias, isto é, das medidas provisórias editadas no novo regime constitucional, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 32/2001.

E sobre as medidas provisórias antigas, editadas no regime constitucional antigo, antes da Emenda Constitucional nº 32/2001, temos que saber algo para o fim de concurso público?

Na minha opinião, a respeito das medidas provisórias antigas só temos que saber responder à seguinte indagação: o que aconteceu com as medidas provisórias antigas, editadas no regime constitucional anterior, que estavam em trâmite no

Congresso Nacional na data da promulgação da Emenda Constitucional nº 32/2001? Que fim foi dado a essas medidas provisórias antigas?

Com efeito, na data da promulgação da Emenda Constitucional nº 32/2001 havia no Congresso Nacional 66 medidas provisórias antigas em tramitação, isto é, havia 66 medidas provisórias editadas no regime constitucional anterior que ainda não haviam sido apreciadas pelo Congresso Nacional. O que aconteceu com elas?

A resposta está no art. 2º da Emenda Constitucional nº 32/2001, que estabeleceu a seguinte regra: **continuarão elas em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.**

Observe que a Emenda Constitucional nº 32/2001 concedeu vigência por prazo indeterminado a essas medidas provisórias, continuarão elas em vigor, regulando a matéria com força de lei, até que aconteça uma das seguintes medidas: (i) sejam revogadas explicitamente por outra medida provisória (ou por outra lei ordinária, lei delegada, lei complementar ou emenda constitucional); (ii) sejam apreciadas definitivamente pelo Congresso Nacional, para o fim de rejeição ou conversão em lei.

Em verdade, o art. 2º da Emenda Constitucional nº 32/2001 transformou esses atos normativos provisórios em atos de vigência por prazo indeterminado. Por força desse dispositivo da Emenda Constitucional nº 32/32, passamos a ter no nosso ordenamento jurídico um grupo de medidas provisórias que, de “provisórias” mesmo, não têm nada!

Algumas peculiaridades dessa regra de transição de tais medidas provisórias antigas merecem ser destacados.

A primeira é que elas ganharam vigência por prazo indeterminado, independentemente de qualquer ato ulterior (não há necessidade de reedição, de prorrogação do prazo etc.). O próprio art. 2º da Emenda Constitucional nº 32/2001 lhes conferiu vigência por prazo indeterminado, sem

necessidade da prática de qualquer ato ulterior, seja pelo Congresso Nacional, seja pelo Presidente da República. Com a mera promulgação da Emenda Constitucional nº 32/2001 elas ganharam vigência por prazo indeterminado, e pronto.

A segunda é que não é correto afirmar que elas foram convertidas em lei pela Emenda Constitucional nº 32/2001, pois permanece, ainda, a possibilidade de o Congresso Nacional, a qualquer tempo, apreciá-las, para o fim de rejeição ou conversão em lei. A distinção é sutil, mas juridicamente relevante: elas continuarão regulando as respectivas matérias por prazo indeterminado, com força de lei, como se leis fossem, mas não foram convertidas, transformadas em lei; ganharam vigência por prazo indeterminado, com força de lei, mas não foram convertidas em lei, porque permanece a possibilidade de o Congresso Nacional, a qualquer tempo, vir a apreciá-las, para o fim de convertê-las definitivamente em lei, ou de rejeitá-las.

A terceira é que se o Congresso Nacional decidir por apreciar uma dessas medidas provisórias deverá fazê-lo segundo as regras do regime constitucional antigo (sessão conjunta do Congresso Nacional etc.) – e não de acordo com o regime constitucional novo, implantado pela Emenda Constitucional nº 32/2001.

3) PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS

Medida provisória somente pode ser adotada diante de urgência e relevância. Caso seja adotada sem a presença desses pressupostos constitucionais, será inconstitucional, por flagrante desrespeito ao texto da Constituição Federal (CF, art. 62).

Mas, a quem caberá o exame quanto à presença, ou não, desses pressupostos constitucionais? Poderá o Poder Judiciário declarar uma medida provisória inconstitucional pelo desatendimento, pela ausência desses pressupostos de urgência e relevância?

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, num primeiro momento caberá ao próprio chefe do Executivo

decidir pela presença dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência e, num segundo momento, ao Poder Legislativo, ao apreciar a medida provisória adotada pelo Executivo.

Porém, essa competência dos demais Poderes da República não afasta a competência do Poder Judiciário para, excepcionalmente, declarar a inconstitucionalidade de medida provisória que tenha sido editada sem a presença dos seus pressupostos constitucionais.

Portanto, embora em regra caiba aos Poderes Executivo (ao editar) e Legislativo (ao apreciar) a decisão sobre a presença dos pressupostos constitucionais, poderá o Poder Judiciário, nos casos de excesso, declarar a inconstitucionalidade de medida provisória que tenha desatendido aos pressupostos de urgência e relevância.

Em relação à competência do Poder Legislativo, o atual texto constitucional impõe a obrigação de as duas Casas do Congresso Nacional emitirem juízo sobre os pressupostos de urgência e relevância, antes do exame do mérito da medida provisória. Agora, portanto, não se trata de mero poder das Casas Legislativas, mas sim de um dever constitucional, por determinação expressa da Constituição. Esse foi o meio encontrado pelo legislador constituinte derivado de co-responsabilizar o Poder Legislativo no tocante à adoção e conversão em lei de medida provisória editada sem a presença dos seus pressupostos constitucionais. Atualmente, se uma medida provisória editada sem a presença dos seus pressupostos constitucionais for convertida em lei, não se pode culpar, apenas, o Chefe do Poder Executivo, pois as duas Casas do Congresso Nacional também terão se manifestado, expressamente, sobre a questão, firmando sua convicção de que tais pressupostos estavam presentes.

Com efeito, determina a Constituição Federal que a deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo

prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais (CF, art. 62, § 5º).

Na prática, por força desse dispositivo constitucional, a apreciação da medida provisória nas duas Casas do Congresso Nacional dá-se em duas fases distintas: numa fase preliminar, a Casa Legislativa emite um juízo sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais, isto é, se estão presentes os pressupostos de relevância e urgência para a edição da medida provisória (se a Casa decidir pelo desatendimento dos pressupostos constitucionais, a medida provisória será rejeitada); numa segunda fase, se a Casa decidir pela presença dos pressupostos constitucionais, passa-se para o exame do mérito da medida provisória, isto é, passa-se para o exame do seu conteúdo.

Cabe destacar que esse exame prévio quanto à presença dos pressupostos constitucionais ocorre nas duas Casas do Congresso Nacional - Câmara dos Deputados e Senado Federal.

4) VEDAÇÕES CONSTITUCIONAIS

Medida provisória tem força de lei ordinária e, portanto, pode disciplinar matérias submetidas à reserva legal.

Porém, não é qualquer matéria disciplinável por lei ordinária que poderá ser tratada por meio de medida provisória, pois a Constituição Federal veda, expressamente, a edição de medida provisória para o tratamento de certas matérias.

As vedações constitucionais à edição de medida provisória estão em, apenas, quatro dispositivos constitucionais, a saber:

- a) art. 25, § 2º;
- b) art. 62, § 1º;
- c) art. 73 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT);
- d) art. 246.

A primeira vedação, estabelecida no art. 25, § 2º, da CF/88, é dirigida ao Governador de Estado, que não poderá adotar medida provisória para regulamentar a exploração dos serviços locais de gás canalizado. Evidentemente, essa vedação só se aplica àqueles Estados que tiverem optado pela adoção, nas respectivas Constituições Estaduais, da espécie normativa medida provisória.

A segunda, do art. 62, § 1º, da CF/88, enumera diversas matérias que não poderão ser tratadas por medida provisória, tais como nacionalidade, cidadania, direitos políticos, direito penal, processual penal e processual civil etc.

A terceira, prevista no art. 73 do ADCT, veda a adoção de medida provisória para a regulação do Fundo Social de Emergência.

A quarta, do art. 246 da CF/88, veda a edição de medida provisória para regulamentar artigo da Constituição Federal cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda constitucional promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação da Emenda Constitucional nº 32/2001 (inclusive os artigos cuja redação foi alterada por esta Emenda Constitucional nº 32/2001).

Essa vedação só atinge, portanto, os artigos da Constituição Federal cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda constitucional entre 1º de janeiro de 1995 até a Emenda Constitucional nº 32/2001. Artigos da Constituição Federal que tenham sido alterados por emenda constitucional em data anterior a 1º de janeiro de 1995 (1994, 1993, 1992 etc.) não se submetem a esta vedação, tampouco os artigos da Constituição que tenham sido (ou venham a ser) alterados por emenda constitucional depois da Emenda Constitucional nº 32/2001 (isto é, pelas emendas constitucionais nº 33, nº 34, nº 35, nº 36, nº 37 etc).

A respeito dessa última vedação, do art. 246 da CF/88, farei um breve histórico, para explicar as razões dessa estranha regra no texto da nossa Constituição. Quais as razões

históricas que levaram ao surgimento dessa regra constitucional?

Em 1995, em razão dos desmandos do Chefe do Executivo no tocante à edição de medidas provisórias, o Congresso Nacional acrescentou o art. 246 ao vigente texto constitucional, por meio da promulgação da Emenda Constitucional nº 6/1995. A redação original deste artigo vedava a adoção de medida provisória para regulamentar artigo da Constituição cuja redação fosse alterada por emenda constitucional promulgada a partir de então. Portanto, pela redação original do art. 246, todo artigo da Constituição Federal que viesse a ser alterado por meio de emenda a partir de 1995, a qualquer tempo, não poderia ser regulamentado por medida provisória.

Em setembro de 2001, na promulgação da Emenda Constitucional nº 32/2001, o governo queria revogar, suprimir o art. 246 do texto constitucional, fazendo desaparecer, por completo, com essa vedação à adoção de medida provisória, em relação a qualquer tempo. Por outro lado, os partidos de oposição ao governo não pretendiam modificar, em nada, a redação do art. 246 da CF/88, para que fosse mantida a vedação à adoção de medida provisória para regulamentar artigos da Constituição Federal cuja redação fosse alterada por qualquer emenda constitucional a partir de 1995.

Moral da estória: depois de muita discussão e negociações políticas entre governo e partidos de oposição, chegou-se a um meio termo, isto é, decidiu-se pela modificação da redação do art. 246 da CF/88, afastando a sua incidência daí por diante (a partir da Emenda Constitucional nº 33/2001 não há mais incidência da vedação do art. 246), mas mantendo-se a sua eficácia em relação ao período pretérito (1º de janeiro de 1995 até a Emenda Constitucional nº 32/2001).

Com isso, ficamos com esse estranho hiato no texto da Constituição Federal: um período em que artigos da Constituição que tenham sido alterados por emenda não

poderão ser regulamentados por medida provisória (1º de janeiro de 1995 até a Emenda Constitucional nº 32/2001, inclusive).

Olha, conselho de amigo: todas essas vedações à edição de medida provisória devem ser memorizadas hoje, se ainda não o foram; praticamente toda prova de concurso tem uma questão (ou mais) sobre medida provisória, e este ponto, a respeito das vedações, é o mais cobrado entre todos.

5) PRAZOS CONSTITUCIONAIS

A medida provisória é espécie normativa com prazo constitucionalmente determinado para sua apreciação pelo Congresso Nacional.

Com a publicação da medida provisória, começam a correr dois prazos distintos:

- a) um prazo para sua apreciação pelo Congresso Nacional, isto é, para conclusão do processo legislativo de sua apreciação;
- b) um prazo para o trancamento da pauta da Casa Legislativa em que a medida provisória estiver tramitando.

O prazo para apreciação da medida provisória é de sessenta dias, prorrogável por uma única vez por mais sessenta dias, desconsiderados os períodos de recesso do Congresso Nacional.

Essa prorrogação é automática, ocorrerá sempre que os primeiros sessenta dias não forem suficientes para a conclusão do processo legislativo, sem necessidade de solicitação do Chefe do Executivo.

Observe que esta hipótese é de **prorrogação** de prazo, e não de reedição da medida provisória. Não se edita um novo ato normativo; a mesma medida provisória ganha um novo prazo de eficácia, de mais sessenta dias.

Note-se, também, que a eficácia da medida provisória poderá ultrapassar, em muito, cento e vinte dias, uma vez que não são computados os períodos de recesso do Congresso

Nacional. Assim, se a medida provisória for publicada em 16 de dezembro (durante o recesso do Congresso Nacional, portanto), a contagem do prazo só será iniciada em 15 de fevereiro do ano seguinte, quando termina o recesso do Congresso Nacional. Nessa hipótese, somente ocorrerá a contagem do prazo em data anterior se houver convocação extraordinária do Congresso Nacional, pois, neste caso, as medidas provisórias em vigor nada data da convocação extraordinária serão automaticamente incluídas na pauta de convocação (CF, art. 57, § 8º). Ora, se serão automaticamente incluídas na pauta de votação, inicia-se a contagem do prazo, enquanto perdurar a sessão legislativa extraordinária (SLE).

O prazo para trancamento de pauta da Casa Legislativa em que a medida provisória estiver tramitando é de quarenta e cinco dias, desconsiderados os períodos de recesso do Congresso Nacional.

Assim, publicada a medida provisória, se esgotar o prazo de quarenta e cinco dias sem a conclusão do processo legislativo de sua apreciação, a pauta da Casa em que estiver tramitando estará automaticamente trancada, isto é, não se votará nenhuma matéria nessa Casa Legislativa até que se ultime a votação da medida provisória (CF, art. 62, § 6º).

Exemplificando: se no esgotamento do prazo a medida provisória estiver tramitando na Câmara dos Deputados, a pauta desta Casa restará trancada; nesse momento não acontecerá nada com a pauta do Senado Federal; num momento seguinte, quando a Câmara dos Deputados ultimar a votação da medida provisória, destrancando a sua pauta, a medida provisória segue para o Senado Federal, trancando automaticamente a pauta daquela Casa Legislativa (não se conta novo prazo de quarenta e cinco dias na segunda Casa); se eventualmente o Senado Federal emendar o texto aprovado na Câmara dos Deputados, a matéria retorna para a Câmara, para revisão, e novamente já chega trancando a pauta desta Casa Legislativa (não há nova contagem do prazo de quarenta e cinco dias).

Aspecto interessante é que mesmo acontecendo o trancamento de pauta com a expiração do prazo de quarenta e cinco dias, continua sendo possível a perda de eficácia de medida provisória por decurso de prazo, isto é, pelo esgotamento do prazo constitucionalmente previsto sem a conclusão do processo legislativo de apreciação da medida provisória (sessenta dias, prorrogáveis por mais sessenta dias). Isso porque o trancamento de pauta (com a expiração do prazo de quarenta e cinco dias) não paralisa a contagem do prazo para apreciação da medida provisória (sessenta dias, prorrogáveis por mais sessenta dias). Logo, se a pauta da Casa Legislativa permanecer trancada, mesmo com esse trancamento estará correndo o prazo para apreciação da medida provisória, e, uma vez esgotado este sem a conclusão do processo legislativo, a medida provisória perderá a sua eficácia por decurso de prazo.

6) INSTITUIÇÃO E MAJORAÇÃO DE IMPOSTOS

Determina a Constituição Federal que medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos - exceto o imposto de importação (II), imposto de exportação (IE), imposto sobre produtos industrializados (IPI), imposto sobre operações financeiras (IOF) e imposto extraordinário de guerra (IEG) – só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada (CF, art. 62, § 2º).

Essa regra veio para moralizar, no tocante aos impostos, a aplicação do princípio da anterioridade (CF, art. 150, III, "b"), evitando que uma medida provisória publicada em 31/12 majorando imposto legitime a exigência desse imposto já a partir do dia seguinte (1º de janeiro), independentemente de sua conversão em lei.

Agora, em relação aos impostos (exceto II, IE, IPI, IOF e IEG), a medida provisória publicada num exercício financeiro só legitimará a exigência a partir do primeiro dia do exercício seguinte se houver sido convertida em lei até 31/12 daquele exercício em que foi editada. Se a medida provisória for

publicada em outubro de 2004, teremos o seguinte: (i) caso seja convertida em lei até 31/12/2004, o imposto será exigível a partir de 1º/01/2005; caso só seja convertida em lei em 2005, o imposto só será exigível a partir de 1º/01/2006.

Três detalhes em relação a essa regra:

(a) essa regra só se aplica à majoração de IMPOSTOS (e não de todos os TRIBUTOS); portanto, em relação à instituição e majoração das demais espécies tributárias (taxas, contribuições de melhoria e contribuições) basta a publicação da medida provisória até 31/12 para se fazer cumprir o princípio da anterioridade;

(b) mesmo em relação aos impostos, deve-se ressaltar o II, IE, IPI, IOF e IEG, que são os impostos que não se sujeitam ao princípio da anterioridade tributária;

(c) essa regra deve ser combinada, também, com a regra estabelecida no art. 150, III, "c", da CF/88, introduzida pela Emenda Constitucional nº 42/2003 (exigência de noventa dias entre a publicação da lei/medida provisória e a exigência de alguns tributos).

7) TRÂMITE LEGISLATIVO

Quando a medida provisória é recebida no Congresso Nacional, é examinada por uma comissão mista de Deputados e Senadores, que sobre ela emitirá parecer (CF, art. 62, § 9º).

A comissão mista não deliberará definitivamente sobre a medida provisória, competência esta que pertence ao Plenário das Casas Legislativas. O parecer da comissão mista tem por fim, apenas, agilizar/facilitar a apreciação da medida provisória, em separado, pelo Plenário das Casas Legislativas.

Emitido o parecer pela comissão mista, a medida provisória terá sua votação iniciada na Câmara dos Deputados (CF, art. 62, § 8º). A Câmara dos Deputados é, pois, casa iniciadora obrigatória no processo legislativo de medida provisória.

Se aprovada na Câmara dos Deputados, observado o disposto no art. 62, § 5º, da CF/88 (emissão de juízo prévio sobre a presença dos pressupostos de relevância e urgência e, após, apreciação do mérito), seguirá para o Senado Federal, para revisão, observada, novamente, a regra do art. 62, § 5º, da CF/88 (emissão de juízo prévio sobre a presença dos pressupostos de relevância e urgência e, após, apreciação do mérito).

Se houver emendas no Senado Federal, a matéria retorna para a Câmara dos Deputados, para apreciação das emendas apresentadas.

Depois da apreciação da medida provisória pelo Plenário das duas Casas Legislativas, teremos um dos seguintes resultados:

1º) **CONVERSÃO INTEGRAL EM LEI:** temos a conversão integral quando é aprovado pelas Casas Legislativas exatamente o texto adotado pelo Presidente da República, sem nenhuma modificação substancial; nesse caso, como não há alteração no texto adotado pelo Presidente da República, não há retorno para sua sanção ou veto; o próprio Presidente do Congresso Nacional promulgará a lei resultante e encaminhará à Presidência da República, para publicação;

2º) **REJEIÇÃO EXPRESSA INTEGRAL:** temos rejeição expressa integral quando o Poder Legislativo rejeita, expressa e integralmente, a medida provisória adotada pelo Presidente da República; a rejeição integral poderá dar-se por motivo formal (ausência dos pressupostos constitucionais de urgência e relevância para edição da medida provisória) ou material (discordância quanto ao conteúdo da medida provisória); havendo rejeição integral, a medida provisória perderá sua eficácia desde a edição, devendo o Congresso Nacional, no prazo de sessenta dias contado da rejeição, disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas dela decorrentes; se o Congresso não editar o decreto legislativo no prazo de sessenta dias, as relações jurídicas constituídas e decorrentes

de atos praticados durante a vigência da medida provisória conservar-se-ão por ela regidos;

Vamos entender bem esse ponto: havendo rejeição da medida provisória, esta perderá sua eficácia desde a edição; a partir daí, o Congresso Nacional terá o prazo de sessenta dias para editar um decreto legislativo disciplinando as relações jurídicas constituídas no período, isto é, para determinar como ficarão as situações jurídicas daquelas pessoas que foram atingidas pela medida provisória no período entre a sua publicação e a ulterior rejeição; porém, a competência do Congresso é limitada no tempo, isto é, se não for editado o decreto legislativo no prazo de sessenta dias, o Congresso perderá a sua competência para tal, e as relações do período conservar-se-ão regidas pelo texto da medida provisória (mesmo com a rejeição da medida provisória, as relações jurídicas consolidadas no período de sua vigência, entre a publicação e a rejeição, continuarão regidas pelos seus termos).

3º) PERDA DE EFICÁCIA POR DECURSO DE PRAZO (REJEIÇÃO TÁCITA): temos a rejeição tácita quando ocorre o esgotamento do prazo constitucionalmente previsto sem a conclusão do processo legislativo de apreciação da medida provisória (sessenta dias, prorrogáveis por mais sessenta dias, desconsiderados os períodos de recesso do Congresso Nacional); nesse caso, como a medida provisória não foi convertida em lei, ocorrerá a perda de sua eficácia desde a edição, aplicando-se, a partir daí, a mesma regra do subitem "2º", acima (o Congresso Nacional terá sessenta dias para editar um decreto legislativo disciplinando as relações do período; se não o fizer, as relações jurídicas do período conservar-se-ão regidas pelos termos da medida provisória);

4º) CONVERSÃO PARCIAL: temos conversão parcial da medida provisória quando o Poder Legislativo a converte em lei, mas com modificações substanciais no seu texto (isto é, com supressão de texto, acréscimos de texto, com alterações substanciais de redação etc.); nesse caso, a medida provisória é transmudada para "projeto de lei de conversão"

(o Legislativo, a partir da medida provisória, elabora um “projeto de lei de conversão”) e, caso seja aprovado pelas Casas Legislativas, retornará para o Presidente da República, para sanção ou veto (veja que nesse caso teremos o envio do projeto de lei de conversão para o Presidente da República vetar ou sancionar, pois foram introduzidas modificações no texto por ele adotado na medida provisória e, portanto, deverá ele manifestar-se sobre essas modificações);

Nesse caso, quando a medida provisória é transformada em projeto de lei de conversão (conversão parcial), se aprovado esse projeto de lei de conversão será ele encaminhado para o Presidente da República, para sanção ou veto. Então, como o Presidente da República terá o prazo de quinze dias úteis para vetá-lo ou sancioná-lo (CF, art. 66, § 1º), a Constituição determina que nesse período, enquanto o projeto de lei de conversão estiver pendente de veto ou sanção, a medida provisória permanecerá integralmente em vigor (CF, art. 62, § 12), ainda que ultrapassado o prazo máximo de sua eficácia (sessenta dias, prorrogáveis por mais sessenta dias).

Exemplificando: suponha que, na conversão parcial, o projeto de lei de conversão tenha sido aprovado no 120º dia no Congresso Nacional (portanto, no último dia de prazo de eficácia da medida provisória); nesse caso, como o projeto de lei de conversão ainda terá que ser sancionado ou vetado pelo Presidente da República, que tem o prazo de quinze dias úteis para fazê-lo, a medida provisória manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto (CF, art. 62, § 12).

Mas, atenção: nesse período de pendência do veto ou sanção do Presidente da República, quem estará regulando a matéria será o texto original da medida provisória, adotado pelo Presidente da República – e não o texto do projeto de lei de conversão, elaborado e aprovado pelo Congresso Nacional.

8) REEDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA

É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo (CF, art. 62, § 10).

Pela leitura desse dispositivo constitucional, constata-se que continua sendo permitida a reedição de medida provisória que tenha sido rejeitada (rejeição expressa) ou que tenha perdido a sua eficácia por decurso de prazo (rejeição tácita), desde que em **sessão legislativa distinta** daquela em que se deu a rejeição ou a perda de eficácia por decurso de prazo.

Enfim, a vedação constitucional aplica-se, apenas, à reedição de medida provisória na mesma sessão legislativa em que tenha sido rejeitada ou em que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo. Poderá ocorrer a reedição legitimamente, desde que em sessão legislativa distinta.

Lamentável dizer que essa vedação constitucional tem sido objeto de vergonhoso desrespeito por parte do atual governo federal, que tem se utilizado do artifício (hipócrita!) de introduzir pequenas e insignificantes alterações no texto da medida provisória rejeitada, para reeditá-la na mesma sessão legislativa, sob o argumento de que não se trata da “mesma matéria”.

Pois é, o constitucionalista Konrad Hesse nos ensina que para uma Constituição possuir força normativa é imprescindível que haja, entre os seus aplicadores, uma “vontade de Constituição”, um desejo de que ela dê certo, de que seja cumprida, obedecida. No Brasil, temos visto o contrário: sai governo, entra governo, e continuamos a assistir a uma triste “vontade de fraude à Constituição”, todo mundo encontrando um meio de burlar regras constitucionais, por meros casuísmos... (lamento, sei que isso não tem nada a ver com concurso, mas há momentos em que não conseguimos segurar a barra!).

9) RETIRADA DE MEDIDA PROVISÓRIA

Não se admite a retirada de medida provisória submetida à apreciação do Congresso Nacional.

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não se permite ao Chefe do Executivo retirar medida provisória por ele submetida ao Congresso Nacional para apreciação.

10) REVOGAÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA

É possível juridicamente que o Presidente da República edite uma medida provisória revogando outra medida provisória por ele anteriormente editada e submetida à apreciação do Congresso Nacional.

Então, cuidado: não se admite a **retirada** de medida provisória pelo Chefe do Executivo, mas admite-se a **revogação** de medida provisória ainda não apreciada pelo Congresso Nacional.

Nesse caso, teremos uma situação jurídica um tanto quanto complicada, visto que, em verdade, um ato normativo precário, dependente de apreciação do Congresso Nacional, estará sendo revogado por outro ato também precário e dependente de apreciação do Congresso Nacional. Enfim, será um ato precário revogando outro ato precário...

Como resolver juridicamente essa situação? Como compatibilizar a revogação de um ato precário por outro ato precário, ambos dependentes de apreciação do Congresso Nacional?

Suponha a seguinte situação hipotética: o Presidente da República publica a medida provisória 1 (MP1), submetendo-a à apreciação do Congresso Nacional; posteriormente, após 90 dias, publica uma medida provisória 2 (MP2), revogando a medida provisória 1 (MP1).

Nessa situação, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, teremos o seguinte:

- a) na publicação da MP2: nesse momento teremos, apenas, a suspensão da eficácia da MP1, até que a MP2 venha a ser apreciada pelo Congresso Nacional;
- b) na apreciação da MP2: nesse momento, se a MP2 for convertida em lei, teremos a efetiva revogação da MP1; se a MP2 for rejeitada, teremos a restauração da eficácia da MP1,

pelo prazo que lhe restava (no exemplo dado, por mais trinta dias).

Nesse ponto, mais um exemplo de “vontade de fraude à Constituição”, mas desta vez com interesse para o fim de concurso.

Vimos que uma vez esgotado o prazo de quarenta e cinco dias contados de sua edição, a medida provisória tranca a pauta da Casa em que estiver tramitando, impedindo qualquer deliberação nesta Casa.

Pois bem, o atual governo, diante do trancamento da pauta da Câmara dos Deputados por uma medida provisória, desenvolveu o seguinte argumento: (1) medida provisória que está trancando a pauta é medida provisória ainda não apreciada; (2) o STF admite a revogação de medida provisória ainda não apreciada por outra medida provisória, conforme acabamos de ver neste item; (3) logo, a pauta da Casa Legislativa poderá ser destrancada por meio da revogação da medida provisória por outra medida provisória; (4) editou-se, então, uma nova medida provisória revogando a que estava trancando a pauta da Câmara dos Deputados, destrancando-se a pauta.

Inaugurou-se, assim, a técnica de liberar a pauta da Casa Legislativa por meio da revogação da medida provisória pendente de apreciação por outra medida provisória, editada às pressas, com essa específica finalidade!

Essa questão foi levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, e a nossa Corte considerou essa prática constitucional, legítima.

Pelo menos, ao aceitar esse artifício, o Supremo Tribunal Federal deixou assente que a medida provisória que está sendo objeto de revogação não poderá ser reeditada na mesma sessão legislativa, em respeito ao disposto no art. 62, § 10, da Lei Maior.

Também, com o devido respeito aos Ministros do STF, se fosse permitida a reedição da MP revogada na mesma sessão legislativa, poder-se-ia rasgar a Constituição, porque passaríamos a ter o seguinte: MP trancando a pauta; revoga-se a MP por outra e libera-se a pauta; no dia seguinte, reedita-se a MP revogada!

11) MEDIDA PROVISÓRIA (X) LEI DELEGADA

As medidas provisórias e as leis delegadas têm em comum, entre outros aspectos, o fato de serem espécies normativas primárias, integrantes do nosso processo legislativo, e de serem elaboradas pelo Chefe do Executivo.

Entre as dessemelhanças, destacamos as seguintes:

(a) a lei delegada depende de delegação do Congresso Nacional, por meio de resolução, e sua edição independe de urgência e relevância (CF, art. 68); a medida provisória independe de delegação do Congresso Nacional, mas sua edição depende da presença dos pressupostos de relevância e urgência (CF, art. 62);

(b) o texto adotado pelo Chefe do Executivo na lei delegada poderá, ou não, ser apreciado pelo Congresso Nacional, mas, no caso de apreciação, o Congresso o fará em votação única, vedada a apresentação de emendas (a CF/88 veda a apresentação de emendas – art. 68, § 3º); o texto adotado pelo Chefe do Executivo na medida provisória será obrigatoriamente apreciado pelas duas Casas do Congresso Nacional, em separado, sendo admitidas alterações (a MP poderá ser convertida parcialmente em lei, transformando-se em projeto de lei de conversão);

(c) há prazo constitucionalmente determinado para a apreciação das medidas provisórias, não existindo o mesmo para o processo legislativo de lei delegada.

Um aspecto muito abordado em provas de concursos públicos diz respeito às vedações constitucionais impostas à edição dessas duas espécies normativas.

As duas espécies normativas têm limitações materiais estabelecidas na Constituição Federal, isto é, há vedações constitucionais à adoção de medida provisória, bem assim à adoção de lei delegada. Porém, as vedações não são as mesmas, e não podem ser confundidas:

a) as vedações à edição de medida provisória estão nos artigos 25, § 2º; 62, § 1º; 246; art. 73 do ADCT;

b) as vedações à lei delegada estão enumeradas no art. 68, § 1º.

Mas, atenção: há vedações coincidentes (ambas não podem tratar de matéria reservada à lei complementar, por exemplo) e outras específicas, que só se aplicam a uma das espécies (lei delegada não pode tratar de direitos individuais, medida provisória pode; medida provisória não pode tratar de seqüestro de poupança, lei delegada pode – e assim por diante).

Esse ponto é muito cobrado em provas de concursos públicos porque se desenvolveu na doutrina – sob a liderança do Eminentíssimo constitucionalista José Afonso da Silva – uma tese segundo a qual as vedações constitucionais à edição de lei delegada seriam automaticamente aplicáveis, extensíveis à medida provisória. A argumentação é a seguinte: se nem o Congresso Nacional pode delegar competência para que o Presidente da República trate de determinada matéria por meio de lei delegada, muito menos poderá o Presidente da República, por iniciativa própria, tratar dessa matéria por meio de medida provisória.

Essa tese, contudo, **não** foi aceita pelo Supremo Tribunal Federal, pois o entendimento do Tribunal é de que, no caso de medida provisória, se está diante de urgência e relevância e, portanto, mesmo matérias que não podem ser disciplinadas por meio de lei delegada poderão ser tratadas por medida provisória. Enfim, a tese de que se aplicam à medida provisória as vedações constitucionais impostas à lei delegada não é aceita pelo Supremo Tribunal Federal.

Medida Provisória	Lei Delegada
A edição exige urgência e relevância	A edição não exige urgência e relevância
Independente de delegação do Congresso Nacional	Depende de delegação do Congresso Nacional
É obrigatoriamente apreciada	Nem sempre é apreciada pelo

pelo Congresso Nacional	Congresso Nacional
Pode ser modificada pelo Congresso Nacional	Não pode ser modificada pelo Congresso Nacional
Há prazo fixado para sua apreciação pelo Congresso	Não há prazo fixado para sua apreciação pelo Congresso
Vedações: artigos 25, § 2º; 62, § 1º; 246; 73 do ADCT	Vedações: art. 68, § 1º

12) CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

As medidas provisórias têm força de lei desde a sua edição, e, portanto, estão sujeitas a controle de constitucionalidade desde a data de sua publicação, independentemente de sua conversão em lei.

Em verdade, submetem-se a controle de constitucionalidade político, exercido pelas Casas do Congresso Nacional, e, também, a controle judicial, exercido pelos juízos e tribunais do Poder Judiciário.

O controle político ocorre quando as Casas Legislativas emitem juízo sobre a presença, ou não, dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência para edição da medida provisória pelo Chefe do Poder Executivo (CF, art. 62, § 5º).

Com efeito, caso a Casa Legislativa (Câmara dos Deputados ou Senado Federal) entenda que não estavam presentes os pressupostos constitucionais de relevância e urgência para a edição da medida provisória, deverá rejeitá-la, por desrespeito à Constituição Federal. Trata-se, portanto, de juízo de constitucionalidade emitido pelo Poder Legislativo, caracterizando controle de índole política, porque exercido por órgão estranho à estrutura do Poder Judiciário.

O controle judicial ocorre quando o Poder Judiciário é provocado para examinar a constitucionalidade da medida provisória.

Essa provocação do Poder Judiciário poderá partir: (i) de qualquer pessoa que tenha sido prejudicada pelos termos da medida provisória (controle difuso, diante de um caso concreto, com eficácia inter partes); (ii) de um dos legitimados pela Constituição Federal para instaurar o controle abstrato perante o Supremo Tribunal Federal, com o fim de obter, com eficácia *erga omnes*, o reconhecimento da sua inconstitucionalidade (ou da sua constitucionalidade).

Assim, desde a sua publicação, a medida provisória poderá ser impugnada por qualquer pessoa prejudicada pelos seus termos (por meio de mandado de segurança, por exemplo), visando ao afastamento da sua aplicação a um caso concreto.

Da mesma forma, desde a publicação da medida provisória, um dos legitimados pela Constituição poderá instaurar o chamado controle em abstrato, visando discutir, em tese, a sua validade. Assim, um dos legitimados pelo art. 103, I ao IX, poderá ajuizar uma ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) ou uma argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), ou um dos legitimados pelo art. 103, § 4º, poderá ajuizar uma ação declaratória de constitucionalidade (ADECON) perante o Supremo Tribunal Federal, para discutir a validade da medida provisória, desde que cumpridos os requisitos para o ajuizamento dessas ações (que serão oportunamente estudados).

Importante destacar que esses dois controles judiciais – concreto e abstrato – poderão ser instaurados desde a data de publicação da medida provisória, independentemente de sua conversão em lei pelo Congresso Nacional.

13) CONTRIBUIÇÕES DE SEGURIDADE SOCIAL

As contribuições de seguridade social poderão ser instituídas por meio de lei ordinária, desde que incidentes sobre as bases de cálculo já autorizadas na Constituição Federal, no art. 195 do Texto Maior.

Somente para a instituição de novas fontes para garantir a manutenção ou a expansão da seguridade social, incidentes sobre bases de cálculo não-previstas no art. 195 da

Constituição Federal, é que se exige lei complementar (CF, art. 195, § 4º).

Portanto, no primeiro caso – instituição de contribuições de seguridade social incidentes sobre as bases de cálculo previstas no art. 195 da Constituição Federal – as contribuições poderão ser instituídas, também, por meio de medidas provisórias, desde que diante de urgência e relevância.

No segundo caso – instituição de novas fontes destinadas a garantir a manutenção ou a expansão da seguridade social, incidentes sobre bases de cálculo não-previstas no art. 195 da Constituição Federal – as contribuições não poderão ser instituídas por meio de medida provisória, pois esta espécie não pode tratar de matéria reservada à lei complementar.

É sabido que as contribuições de seguridade social não se submetem ao princípio da anterioridade tributária, previsto no art. 150, III, “b”, da Constituição Federal. Sujeitam-se elas à chamada **anterioridade nonagesimal**, isto é, poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado (CF, art. 195, § 6º).

Mas, cuidado: somente as contribuições de seguridade social não se sujeitam ao princípio da anterioridade; as demais contribuições – de interesse das categorias profissionais e econômicas e as de intervenção no domínio econômico – sujeitam-se ao princípio da anterioridade tributária, previsto no art. 150, III, “b”, da Constituição Federal.

Surgiu, então, a seguinte dúvida: no caso de uma contribuição de seguridade social ser instituída por meio de medida provisória, a partir de quando poderá ser exigida? Após noventa dias da publicação da medida provisória, ou somente noventa dias após a conversão em lei da medida provisória?

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o prazo de noventa dias é contado **a partir da publicação da**

medida provisória, e não de sua conversão em lei pelo Congresso Nacional.

Anote-se que, por força desse entendimento do STF, é possível atualmente a exigência de contribuição de seguridade social instituída (ou majorada) por medida provisória mesmo antes da conversão desta em lei, pois os noventa dias da anterioridade nonagesimal poderão expirar antes do término do processo legislativo de apreciação da medida provisória pelo Congresso Nacional (sessenta dias, prorrogáveis por mais sessenta dias, desconsiderados os períodos de recesso do Congresso Nacional).

A única exceção a essa regra seria o caso de conversão parcial da medida provisória em lei, se nesta conversão parcial for introduzida matéria nova, não prevista no texto originário da medida provisória. Nessa hipótese, não faria sentido falar-se, em relação a essa matéria só introduzida pelo Congresso Nacional, em contagem desde a edição da medida provisória (pois a matéria sequer constava do texto da medida provisória).

14) MEDIDA PROVISÓRIA NOS ESTADOS, DF E MUNICÍPIOS

Questão que foi objeto de intensa discussão doutrinária é a possibilidade de os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituírem medida provisória.

Alguns constitucionalistas entendiam que esses entes federados não poderiam instituir medida provisória, pois nessas esferas o Poder Legislativo é unicameral, e, portanto, não haveria razões para instituição dessa espécie normativa. Para esses, a medida provisória só se justificaria no plano federal, pois neste o processo legislativo é bicameral, moroso, e a medida provisória seria então necessária para, em situações de urgência e relevância, versar sobre matéria sujeita à reserva legal, sem necessidade de submissão ao lento processo legislativo bicameral. Como nas demais esferas o processo legislativo é unicameral, rápido, não haveria razões para a criação da medida provisória.

Outros defendiam que tais entes federados poderiam instituir a espécie medida provisória, por entenderem que as espécies integrantes do processo legislativo federal (CF, art. 59) seriam, por força do federalismo, implicitamente aplicáveis aos demais entes federados.

O Supremo Tribunal Federal perfilhou essa segunda orientação, firmando entendimento de que os Governadores de Estado poderão adotar medidas provisórias, desde que essa espécie normativa seja prevista na respectiva Constituição Estadual.

Em relação aos Municípios, o entendimento é de que esses entes federados poderão instituir medidas provisórias, desde que prevejam esta espécie normativa e, também, desde que o respectivo Estado-membro tenha adotado a medida provisória em seu processo legislativo (haja vista que os Municípios, ao elaborarem sua Lei Orgânica, devem obediência à Constituição do Estado).

Acho que estamos bem em termos de medida provisória, porque eu odeio essa espécie normativa e, justamente por odiá-la, acompanho, diuturnamente, as orientações a seu respeito...

EXERCÍCIOS DE CONCURSOS:

1) Sabendo que a Emenda Constitucional nº 11, de 1996, estabeleceu que é facultado às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei, é correto afirmar que o presidente da República não pode expedir medida provisória para regular a admissão desses professores, técnicos e cientistas estrangeiros no quadro das universidades.

2) Sabendo que a Constituição estabelece que lei complementar disporá sobre dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo poder público, é correto afirmar que essa

matéria não pode ser regulada por meio de medida provisória.

3) As MPs perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de quarenta e cinco dias, contado da sua publicação, prorrogável uma única vez por igual período.

4) Se o Congresso Nacional estiver em recesso, o prazo de eficácia da medida provisória não será suspenso, devendo o Parlamento ser convocado extraordinariamente para apreciá-la.

5) Se o Congresso Nacional não editar, no prazo de sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia da MP, decreto legislativo que discipline as relações jurídicas nascidas em sua vigência, estas permanecerão por ela regidas. O Congresso Nacional tem, assim, o ônus de legislar acerca das relações jurídicas surgidas durante a vigência de MPs não-convertidas em lei, sob pena de manter-se a regulação presidencial sobre elas.

6) Aprovado, pelo Congresso Nacional, projeto de lei de conversão, alterando o texto original da medida provisória, esta só perderá sua vigência quando o projeto for sancionado ou vetado pelo Presidente da República, ainda que isso ocorra após o prazo máximo de cento e vinte dias contados de sua edição.

7) O presidente da República pode delegar a edição de medidas provisórias, que versem sobre assunto de organização do Poder Judiciário, ao presidente do Supremo Tribunal Federal.

8) Dada a sua natureza de “lei sob condição resolutiva”, medida provisória não se sujeita ao controle abstrato da constitucionalidade, antes de convertida em lei.

9) Não cabe o uso de medida provisória para regulamentar assunto que venha a ser objeto, hoje, de uma emenda constitucional.

10) Pacificou-se o entendimento de que os Estados-membros e os Municípios não podem adotar o regime das medidas provisórias no seu processo legislativo.

11) Uma medida provisória, mesmo que expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional, pode ser reeditada na sessão legislativa seguinte àquela em que ocorreu a rejeição.

12) Incumbe ao Congresso Nacional, por meio de resolução, regular as relações jurídicas decorrentes de medida provisória rejeitada.

13) Sabe-se que o Imposto de Renda é um dos tributos sujeitos ao princípio da anterioridade tributária, insculpido no art. 150, III, "b", da Constituição Federal. Logo, medida provisória que majore o Imposto de Renda em setembro de 2004 permite a exigência dessa majoração somente a partir de 1º de janeiro de 2005, independentemente de sua conversão em lei.

14) A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais de urgência e relevância.

15) As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados. Antes, porém, caberá a uma comissão da Câmara dos Deputados examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer.

16) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o prazo de 90 dias para cobrança da contribuição social de seguridade social, instituída por medida provisória, conta-se a partir do primeiro dia de vigência da medida provisória, independentemente de sua conversão em lei.

17) Os direitos individuais não podem ser regulados por medida provisória.

18) As medidas provisórias não se submetem a processo de controle de constitucionalidade enquanto não convertidas em lei.

19) O Presidente da República pode retirar da apreciação do Congresso Nacional medida provisória recém-editada.

20) Não se afigura legítima a revogação de medida provisória antes do decurso do prazo constitucionalmente fixado para sua apreciação pelo Congresso Nacional.

21) O Supremo Tribunal Federal pode declarar inconstitucional uma medida provisória, por considerar não preenchidos os pressupostos formais da relevância e urgência para a sua edição.

GABARITOS OFICIAIS:

1) CERTO; trata-se de aplicação da vedação estabelecida no art. 246 da Constituição Federal: se a Emenda Constitucional nº 11 foi promulgada no ano de 1996 e alterou artigo da Constituição Federal, é certo que essa matéria não poderá ser regulamentada por meio de medida provisória (pois o ano de 1996 está no interregno de 1º/01/1995 até a EC nº 32/2001).

2) CERTO; medida provisória não pode regular matéria reservada à lei complementar, por força do art. 62, § 1º, III, da Constituição Federal.

3) ERRADO; as medidas provisórias têm eficácia por um prazo de sessenta dias, prorrogável por mais sessenta dias, desconsiderados os períodos de recesso do Congresso Nacional; o prazo de quarenta e cinco dias, improrrogável, é para o trancamento da pauta da Casa Legislativa em que a medida provisória estiver tramitando.

4) ERRADO; durante os períodos de recesso do Congresso Nacional não se conta o prazo para apreciação das medidas provisórias, exceto se houver convocação de sessão legislativa extraordinária (SLE); se houver convocação de SLE, as medidas provisórias em vigor serão automaticamente incluídas na pauta de votação, e, portanto, conta-se o prazo nos dias de duração da SLE.

5) CERTO; quando uma medida provisória é expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional (rejeição expressa), ou

quando perde sua eficácia por decurso de prazo (rejeição tácita), temos o seguinte: o Congresso Nacional terá o prazo de sessenta dias, a contar da rejeição, para editar um decreto legislativo disciplinando as relações jurídicas constituídas no período de vigência da medida provisória, isto é, entre a sua publicação e sua rejeição; se o Congresso Nacional não editar o decreto legislativo nesse prazo, sua competência termina, e as relações jurídicas do período conservar-se-ão regidas pelo texto da medida provisória.

6) CERTO; cuida-se de disposição expressa do art. 62, § 12, da Constituição Federal: como na conversão parcial, quando a medida provisória é transformada em projeto de lei de conversão, este será enviado para o Presidente da República para fins de sanção ou veto, enquanto o projeto de lei de conversão estiver pendente de sanção ou veto, a medida provisória permanecerá integralmente em vigor, ainda que ultrapassado o prazo comum de sua eficácia, que é de sessenta dias, prorrogáveis por mais sessenta dias (este foi o meio encontrado pelo legislador constituinte para evitar um vazio jurídico entre o término da eficácia da medida provisória e a sanção/veto do Chefe do Executivo).

7) ERRADO; edição de medida provisória não é matéria delegável pelo Chefe do Executivo; as matérias delegáveis estão enumeradas no parágrafo único do art. 84 da Constituição Federal, e edição de medida provisória não é uma delas.

8) ERRADO; medida provisória submete-se a controle de constitucionalidade, concreto ou abstrato, desde a sua edição, independentemente de sua conversão em lei pelo Congresso Nacional.

9) ERRADO; a vedação à regulamentação por meio de medida provisória só alcança artigos da Constituição Federal cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º/01/1995 até a promulgação da Emenda Constitucional nº 32, de 11/09/2001; portanto, essa vedação

não se aplica a artigo da Constituição Federal cuja redação venha a ser alterada hoje por meio de emenda constitucional.

10) ERRADO; o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal foi em sentido contrário, isto é, de que tais entes federados podem instituir medidas provisórias.

11) CERTO; é permitida a reedição de medida provisória rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo, desde que em sessão legislativa distinta daquela em que se deu a sua rejeição ou a perda de eficácia por decurso de prazo; a vedação constitucional aplica-se, somente, à reedição na mesma sessão legislativa (CF, art. 62, § 10).

12) ERRADO; o instrumento legislativo para que o Congresso Nacional discipline os efeitos de medida provisória não convertida em lei é o decreto legislativo, e não a resolução.

13) ERRADO; sendo o imposto de renda tributo sujeito ao princípio da anterioridade, a cobrança dessa majoração só será legítima a partir de 1º/01/2005 se a medida provisória for convertida em lei até 31/12/2004, por força do disposto no art. 62, § 2º, da Constituição Federal.

14) CERTO; atualmente, por força do art. 62, § 5º, da Constituição Federal, cada Casa Legislativa, antes de examinar o mérito da medida provisória, está obrigada a emitir um juízo sobre a presença dos pressupostos constitucionais de urgência e relevância.

15) ERRADO; a comissão que examinará previamente a medida provisória, emitindo um parecer, é mista, integrada por Deputados e Senadores, e não somente de Deputados, como diz o enunciado (CF, art. 62, § 9º).

16) CERTO; esse foi o entendimento firmado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de que a contagem do prazo de noventa dias para exigência das contribuições de seguridade social tem como marco inicial a publicação da medida provisória, e não a data de conversão em lei da medida provisória pelo Congresso Nacional.

17) ERRADO; não há vedação constitucional a que medida provisória regule os direitos individuais; a vedação que existe, no tocante aos direitos individuais, diz respeito à lei delegada (CF, art. 68, § 1º, II), e, conforme vimos, as vedações à edição de lei delegada não são extensíveis à edição de medida provisória.

18) ERRADO; desde a data de sua publicação, as medidas provisórias submetem-se a controle de constitucionalidade, tanto no modelo difuso, diante de um caso concreto, quanto no modelo concentrado, em abstrato; qualquer pessoa prejudicada pela medida provisória poderá requerer a sua inconstitucionalidade diante de um caso concreto, ou um dos legitimados pela Constituição poderá discutir a sua validade, numa das ações do controle em abstrato, perante o Supremo Tribunal Federal.

19) ERRADO; conforme vimos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite a retirada pelo Chefe do Executivo de medida provisória por ele submetida à apreciação do Congresso Nacional.

20) ERRADO; a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que é juridicamente possível a revogação de medida provisória pendente de apreciação por outra medida provisória.

21) CERTO; embora não seja a regra, o Supremo Tribunal Federal pode declarar a inconstitucionalidade de medida provisória pelo desatendimento dos pressupostos constitucionais de urgência e relevância, indispensáveis para sua edição; cabe destacar, apenas, que essa competência não é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, haja vista que, no modelo difuso, diante de um caso concreto, qualquer Juízo ou Tribunal do País dispõe de competência para realizar o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público e, ao exercer essa competência, poderá declarar a inconstitucionalidade de uma medida provisória, pelo desatendimento dos pressupostos de urgência e relevância.

Fiquem com Deus – e até breve,

Vicente Paulo

AULA 12: IMUNIDADES DOS CONGRESSISTAS, DOS DEPUTADOS ESTADUAIS, DOS VEREADORES, DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, DOS GOVERNADORES E DOS PREFEITOS

Na aula de hoje trataremos das imunidades dos ocupantes de mandatos eletivos nas três esferas de governo, examinando seu conteúdo e seus limites, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Antes, porém, um breve aviso.

No decorrer deste curso, houve alguns atrasos de minha parte na apresentação de algumas aulas, motivados por compromissos que me pegam de surpresa e impedem a elaboração oportuna da aula da semana. Lamento muitíssimo por essas indesejáveis situações, mas não tenho como delas fugir. Sou servidor público em atividade e, como tal, muitas vezes me são repassadas tarefas/viagens que quebram toda minha programação de trabalho de final de semana, em virtude de deslocamentos.

Pode parecer fácil, mas elaborar uma dessas aulas aqui apresentadas exige, no mínimo, dez horas de trabalho, de extrema concentração e dedicação exclusiva da mente. Se não consigo a concentração desejada, prefiro não escrever, sob pena de pecar na qualidade, e de faltar com meu maior compromisso, que é ser útil na preparação de vocês, que tanta confiança depositaram no meu trabalho, mesmo à distância. Então, nessas situações de força maior, entre elaborar uma aula às pressas, correndo o risco de pecar na qualidade, e atrasar na sua apresentação, mantendo o grau de qualidade que considero satisfatório, não tenho dúvida em decidir pela segunda alternativa. Espero contar com a compreensão de vocês, humildemente – e quem me conhece sabe que não faltaria com meus compromissos se não houvesse um motivo de força maior.

Bem, vamos ao estudo das imunidades dos ocupantes de mandatos eletivos no Brasil.

Imunidades são prerrogativas outorgadas pela Constituição Federal aos ocupantes de mandatos eletivos, com o fim de assegurar-lhes proteção no exercício de suas nobres funções, contra abusos e pressões dos demais poderes constitucionais. É condição de garantia do princípio da **Separação de Poderes**, pois as imunidades asseguram independência a um Poder da República para o exercício de suas funções constitucionais, sem as pressões e ingerências dos demais Poderes. Assim, as imunidades conferidas aos congressistas têm por fim assegurar ao Poder Legislativo a independência para que possa, com coragem e livre de pressões dos outros Poderes da República, exercer as suas funções constitucionais; da mesma forma, as imunidades conferidas ao Presidente da República visam assegurar-lhe independência para o exercício do mandato, como representante dos interesses do povo – e assim por diante.

As imunidades não devem ser vistas como privilégios que dizem respeito à figura da autoridade, mas sim como prerrogativas que dizem respeito à função exercida pela autoridade, e à própria independência do respectivo Poder da República. As imunidades dos congressistas, por exemplo, dizem respeito ao exercício da função congressional, em respeito à independência do Poder Legislativo frente aos Poderes Executivo e Legislativo – e não à figura dos parlamentares; as imunidades conferidas ao Presidente da República dizem respeito ao exercício do mandato presidencial, com independência frente aos demais Poderes da República, e não à figura do Presidente da República etc.

A partir dessa noção – imunidades são prerrogativas constitucionais que dizem respeito ao exercício de certas funções públicas, em atenção ao princípio da Separação dos Poderes -, passemos ao exame das imunidades das diversas autoridades da República, iniciando-se pelas prerrogativas dos congressistas.

1) IMUNIDADES DOS CONGRESSISTAS

Para o bom desempenho de seus mandatos, com liberdade de convicção e ação, os congressistas gozam de importantes imunidades constitucionais, que ora afastam em relação a eles a possibilidade de responsabilização penal e civil, ora lhes outorgam certas garantias no processo de sua incriminação.

Os congressistas dispõem de duas imunidades: imunidade material e imunidade formal (ou processual).

1.1) IMUNIDADE MATERIAL

A imunidade material está prevista no *caput* do art. 53 da Constituição Federal, que estabelece que os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

Essa imunidade afasta a possibilidade de responsabilização do congressista por suas opiniões, palavras e votos, desde que no desempenho da atividade congressual. Se houver nexo de causalidade entre a conduta do parlamentar e o exercício do mandato eletivo, não poderá ele ser responsabilizado criminalmente (não poderá ser processado criminalmente), civilmente (não estará obrigado a indenizar eventuais danos causados a terceiros por sua conduta), tampouco disciplinarmente e politicamente perante a Casa Legislativa a que pertence.

O caso típico de proteção dessa imunidade diz respeito aos delitos de opinião (calúnia, difamação, injúria etc.), em que o parlamentar não responderá por essas manifestações, desde que expendidas no exercício da função parlamentar.

Exemplificando: suponha que um Deputado, no exercício da atividade parlamentar, faça um discurso no qual ataque, direta e incisivamente, a idoneidade de determinada empresa, afirmando que esta pratica atividades ilícitas, que seus sócios estão desviando recursos societários para proveito próprio, em flagrante prejuízo aos acionistas, que seus balanços contábeis apresentados são fraudulentos, pois não retratam a real situação de déficit etc.; suponha, também, que esse discurso tenha sido amplamente divulgado pela mídia, levando a uma desvalorização imediata das ações da

empresa, causando sérios prejuízos aos acionistas e, ulteriormente, levado à quebra da empresa; suponha, agora, que quatro meses após a falência da empresa é comprovado que todas as acusações do parlamentar são absolutamente equivocadas, insubsistentes; pois bem, nessa situação, de extrema gravidade, o Deputado não poderá ser responsabilizado, nem criminalmente, nem civilmente, pelos danos causados à empresa, por força da imunidade material.

Em verdade, a imunidade material afasta a ilicitude da conduta do congressista, no tocante a votos, opiniões e palavras manifestados no exercício da atividade parlamentar; manifestações que, se expendidas por um cidadão, serão consideradas ilícitas (tanto no âmbito penal, quanto na esfera civil), quando praticadas por um congressista serão consideradas lícitas, desde que no exercício da atividade parlamentar.

Para estudarmos o alcance dessa imunidade, responderemos às seguintes indagações, de acordo com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal:

a) O texto constitucional diz que os parlamentares são invioláveis por “quaisquer” de suas palavras, opiniões e votos (art. 53, *caput*); então, essa imunidade protege o parlamentar em relação a absolutamente todas as suas manifestações?

Resposta: Não, de jeito nenhum. As manifestações dos parlamentares só estarão protegidas pela imunidade material se forem expendidas no exercício da atividade congressual, diretamente ou em razão dela. Logo, diante de cada caso concreto, o Poder Judiciário examinará se a conduta do parlamentar teve, ou não, nexos de causalidade com o exercício da atividade congressual. Em caso positivo, estará o parlamentar protegido, imune à responsabilização; em caso negativo, responderá normalmente pela sua conduta, podendo ser responsabilizado civil e criminalmente, se for o caso.

b) A partir de que momento a imunidade tem incidência, protegendo o parlamentar? Somente após a posse do parlamentar?

Resposta: Desde a diplomação pela Justiça Eleitoral o candidato está protegido pela imunidade. Diplomação é o momento em que a Justiça Eleitoral formaliza a eleição do candidato para o cargo em que concorreu. É momento anterior à posse e, desde já, está o parlamentar protegido pela imunidade.

c) A imunidade só protege o parlamentar em relação a manifestações no recinto do Congresso Nacional?

Resposta: Não, a imunidade protege as manifestações do congressista que guardem conexão com o exercício da atividade congressual, dentro ou fora do Congresso Nacional. Não é relevante o local da manifestação do parlamentar, mas sim se tal manifestação tem conexão com o exercício da atividade parlamentar.

d) A imunidade só protege manifestações verbais do congressista?

Resposta: Não. A imunidade protege as manifestações dos congressistas divulgadas por quaisquer meios, tais como: jornais, revistas, televisão, internet etc.

e) A imunidade protege as manifestações político-partidárias do congressista, durante campanha eleitoral?

Resposta: Não. A imunidade não protege as manifestações político-partidárias do congressista em campanha, em relação às ofensas dirigidas ao seu adversário político. Se houvesse essa proteção, o parlamentar ingressaria na disputa eleitoral em situação de vantagem em relação aos seus adversários não-parlamentares, que não gozariam de tal prerrogativa.

f) A imunidade protege as pessoas que auxiliam o parlamentar nos trabalhos legislativos?

Resposta: Não. A imunidade não protege os auxiliares do parlamentar, tais como assessores, consultores e servidores em geral.

g) A imunidade protege o jornalista que reproduz as manifestações do parlamentar?

Resposta: Sim. A imunidade material protege o jornalista que reproduz as manifestações do parlamentar, divulgando-as para o público em geral, desde que se limite a reproduzi-las na íntegra ou em extrato fiel. Esse entendimento do Supremo Tribunal Federal visa a assegurar a publicidade dos atos e manifestações legislativos, pois, se assim não fosse, se o jornalista não estivesse imune à responsabilização, certamente não haveria divulgação das manifestações parlamentares, em razão do risco da incriminação e/ou responsabilização civil de quem as divulgasse.

h) A imunidade protege o parlamentar durante os trabalhos e depoimentos perante comissão parlamentar de inquérito (CPI)?

Resposta: Sim. Os trabalhos e depoimentos prestados por congressista a comissão parlamentar de inquérito (CPI) estão protegidos pela imunidade, haja vista que a atuação em comissão do Legislativo tem direta conexão com o exercício do mandato eletivo.

i) O parlamentar que se ausenta do Legislativo para ocupar cargo no Poder Executivo continua com direito à imunidade?

Resposta: Não. Nas hipóteses em que admitido constitucionalmente o afastamento do parlamentar para ocupação de cargo fora do Poder Legislativo (CF, art. 56, I: Não perderá o mandato o Deputado ou Senador investido no cargo de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de capital ou chefe de missão diplomática temporária), o parlamentar não perde o mandato, mas é suspenso o seu direito às imunidades (material e processual). Portanto, se um Senador da República ausentar-se do Senado Federal para ocupar o cargo de Ministro de Estado, não continuará ele, enquanto exercer esse cargo no Poder Executivo, com direito às imunidades, haja vista que essas prerrogativas visam a proteger os trabalhos legislativos.

j) A imunidade protege o suplente do parlamentar?

Resposta: Não. A imunidade só protege o parlamentar enquanto na titularidade do mandato eletivo. O suplente, enquanto nesta condição, não faz jus às imunidades previstas na Constituição. Por exemplo: o Senador é eleito com dois suplentes (CF, art. 46, § 3º); desde a diplomação o titular estará protegido pelas imunidades, os dois suplentes não; o suplente somente fará jus às imunidades caso venha, no amanhã, ocupar a titularidade do mandato eletivo (se o titular ausentar-se para ocupar um cargo fora do Legislativo terá suspenso o seu direito à imunidade, e o suplente que o substituir no Legislativo passará, enquanto titular do mandato, a fazer jus às imunidades).

l) O congressista pode renunciar às imunidades?

Resposta: Não. Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, as imunidades parlamentares são de ordem pública, elemento de garantia da independência do Poder Legislativo, e, como tais, não podem ser objeto de renúncia. Em verdade, o destinatário último das imunidades é o próprio Poder Legislativo, e não o parlamentar em si, razão pela qual não se reconhece a este o poder de a elas renunciar.

m) O parlamentar responderá, após o término do mandato, pelas manifestações protegidas pela imunidade material (palavras, opiniões e votos no exercício da atividade congressual)?

Resposta: Não. A imunidade material afasta, eternamente, a possibilidade de responsabilização do parlamentar por suas manifestações relacionadas ao exercício do mandato eletivo. Mesmo depois que tenha cessado o mandato eletivo, não poderá o parlamentar ser responsabilizado por tais condutas. Enfim, a imunidade material é de caráter perpétuo, assegurando ao parlamentar que ele jamais, mesmo após o término do mandato, responderá por suas palavras, opiniões e votos no exercício da atividade parlamentar.

1.2) IMUNIDADE FORMAL

Ao contrário da imunidade material, a imunidade formal (ou processual) não afasta a ilicitude da conduta do parlamentar, não afasta a possibilidade de sua responsabilização; ela apenas assegura ao parlamentar certas prerrogativas no curso do processo de sua responsabilização.

Assim, ressalvadas as condutas protegidas pela imunidade material (palavras, opiniões e votos no exercício do mandato parlamentar), os congressistas estão sujeitos às mesmas leis que afetam os indivíduos em geral, e, em caso da prática de atos criminosos, responderão por eles, em homenagem ao princípio da igualdade. Entretanto, ao responder pela prática desses ilícitos, gozarão de certas prerrogativas no curso do processo. Essas prerrogativas perfazem a denominada imunidade formal ou processual.

Portanto, que fique claro: a imunidade formal ou processual, a seguir estudada, não afasta a ilicitude da conduta do parlamentar; o ato praticado pelo parlamentar será considerado crime, e ele responderá pela sua prática, segundo as leis incriminadoras respectivas, aplicáveis aos indivíduos em geral; porém, ao responder pelo ato criminoso, gozará o parlamentar de certas prerrogativas, que não existem para o cidadão comum; algumas dessas prerrogativas estão ligadas à prisão, outras relacionadas com o andamento do processo perante o Poder Judiciário.

São duas as espécies de imunidade formal dos congressistas: imunidade formal em relação à prisão e imunidade formal em relação ao processo de crimes praticados após a diplomação.

1.2.1) IMUNIDADE FORMAL EM RELAÇÃO À PRISÃO

A imunidade formal em relação à prisão está prevista no art. 53, § 2º, da Constituição Federal, nos termos seguintes:

“Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de

vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.”

Essa imunidade impede que o congressista, após a diplomação, seja preso, exceto numa única hipótese: flagrante de crime inafiançável (flagrante de crime de racismo, por exemplo, que é inafiançável). Uma vez diplomado, o congressista não poderá mais ser preso, salvo nessa hipótese excepcional. Seja em relação a crimes praticados no passado, antes da diplomação, seja em relação a crimes praticados após a diplomação, não poderá o congressista ser preso, ressalvada unicamente essa hipótese de flagrante de crime inafiançável.

Ademais, mesmo no caso de prisão decorrente de flagrante de crime inafiançável, quem decidirá sobre a manutenção, ou não, dessa prisão será a Casa Legislativa respectiva (Câmara dos Deputados ou Senado Federal, conforme o caso), por maioria de seus membros, isto é, por maioria absoluta (maioria absoluta: 257 Deputados, ou 41 Senadores).

No tocante à deliberação da Casa Legislativa sobre a prisão, a Emenda Constitucional nº 35/2001 trouxe uma significativa alteração: suprimiu a previsão de votação secreta, passando a votação a ser ostensiva, aberta.

Examinaremos, a seguir, duas importantes orientações do Supremo Tribunal Federal sobre essa imunidade formal em relação à prisão.

A primeira orientação do STF é de que nem mesmo nas hipóteses admitidas de prisão civil por dívida poderá o parlamentar ser preso após a diplomação, haja vista que o texto constitucional não faz distinção entre prisão de natureza criminal e civil. Assim, mesmo que o parlamentar encontre-se numa situação que autorizaria sua prisão civil por dívida - depositário infiel ou inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, previstos no art. 5º, LXVII, da CF/88 – não poderá ele ser preso após a diplomação.

A segunda orientação do STF é de que essa imunidade **não** impede a prisão do congressista nos casos de condenação transitada em julgado. Em face desse entendimento, nos casos de condenação definitivamente impostas ao congressista, poderá ele ser preso, para o cumprimento da pena restritiva de liberdade que lhe foi imposta.

Essa segunda orientação do STF merece uma explicação adicional.

Certamente há pessoas pensando da seguinte maneira: ora, com a condenação definitiva do congressista, não perderá ele o mandato, como decorrência automática dessa condenação? Por que então se falar em possibilidade de prisão do congressista, se com a condenação transitada em julgado ele perderá o mandato, deixando de ser congressista?

Bem, a situação não é bem assim, conforme explicações a seguir.

De fato, determina o texto constitucional que perderá o mandato o Deputado ou Senador que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado (CF, art. 55, VI).

Acontece, porém, que essa perda do mandato não é automática, não é decorrência automática da condenação transitada em julgado. Em verdade, mesmo com a condenação criminal em sentença transitada em julgado só haverá perda do mandato por decisão da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa (CF, art. 55, § 2º).

Portanto, para que o congressista condenado em sentença criminal transitada em julgado perca o mandato será necessário que tenhamos: (a) provocação da Mesa da Casa Legislativa respectiva ou de partido político representado no Congresso Nacional; (b) deliberação da respectiva Casa

Legislativa, por maioria absoluta e voto secreto, assegurada ampla defesa ao congressista.

Em face dessa prerrogativa, no caso de condenação criminal do congressista em sentença transitada em julgado teremos o seguinte: (a) perda do mandato, caso a Casa Legislativa assim o decida, nos termos acima examinados; (b) manutenção do mandato, com a obrigação do cumprimento da pena, mediante a decretação de sua prisão.

Vejamos um exemplo, para clarear esse entendimento do Supremo Tribunal Federal. Suponha que um Deputado tenha sido condenado, em sentença transitada em julgado, ao cumprimento de uma pena de dois anos de reclusão. Nessa situação teremos o seguinte: (a) perda do mandato, caso a Câmara dos Deputados assim o decida, obedecido o procedimento previsto no art. 55, § 2º, da CF/88; (b) manutenção do mandato, com o parlamentar sendo recolhido à prisão, para o cumprimento da pena privativa de liberdade pelo prazo de dois anos (neste caso, após o cumprimento da pena o Deputado reassumirá o mandato, pelo prazo que lhe restar).

1.2.2) IMUNIDADE FORMAL EM RELAÇÃO AO PROCESSO DE CRIMES PRATICADOS APÓS A DIPLOMAÇÃO

A Emenda Constitucional nº 35/2001 alterou significativamente o procedimento de responsabilização criminal dos congressistas, restringindo o alcance da imunidade formal em relação ao processo.

Até a promulgação dessa referida Emenda Constitucional nº 35/2001, os congressistas só eram processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal após a devida autorização prévia da Casa Legislativa, seja em relação a delitos praticados após a diplomação, seja em relação a delitos praticados antes da diplomação. Se não houvesse autorização da Casa Legislativa, enquanto perdurasse o mandato (ou mandatos, visto que os congressistas podem ser

sucessivamente reeleitos), não havia processo e incriminação do parlamentar.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 35/2001, essa imunidade passou a ter alcance restrito, disciplinado no art. 53, § 3º, da Constituição Federal, nos termos seguintes:

“Recebida a denúncia contra Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.”

Não há mais necessidade de autorização da respectiva Casa Legislativa (Câmara dos Deputados ou Senado Federal) para que seja iniciado o processo criminal envolvendo congressista. Essa necessidade foi abolida pela referida Emenda Constitucional nº 35/2001, que passou a prever, tão-somente, a possibilidade de sustação ulterior do processo por deliberação da Casa Legislativa, nos termos a seguir examinados. Ademais, essa possibilidade de sustação do processo somente se aplica a crimes praticados após a diplomação. No tocante a crimes praticados antes da diplomação, não há que se falar em imunidade formal em relação ao processo.

Portanto, atualmente, a imunidade formal em relação ao processo pode ser assim enunciada: é a possibilidade de sustação do andamento do processo decorrente de crime praticado após a diplomação, por deliberação de maioria absoluta da respectiva Casa Legislativa, a partir da iniciativa de partido político nela representado.

Assim, o procedimento de incriminação do congressista irá depender do momento da prática do crime, a saber:

a) **crime praticado antes da diplomação:** o congressista será normalmente processado e julgado pelo Supremo

Tribunal Federal durante o curso do mandato, sem nenhum direito à imunidade formal em relação ao processo; o Supremo Tribunal Federal processará o congressista durante o mandato, sem nenhuma comunicação à respectiva Casa Legislativa, para o fim de eventual sustação do andamento do processo;

b) **crime praticado após a diplomação**: o congressista será processado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal durante o curso do mandato, sem necessidade de autorização prévia da Casa Legislativa; porém, nesse caso, ao iniciar o processo o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa Legislativa e, a pedido de um partido político nela representado, poderá ser sustado o andamento do processo, por deliberação de maioria absoluta dos membros da respectiva Casa Legislativa.

Alguns pontos relevantes acerca desse novo alcance da imunidade formal em relação ao processo:

a) a imunidade formal em relação ao processo não contempla mais os delitos praticados antes da diplomação; em relação a esses, não haverá possibilidade de sustação do andamento do processo pela Casa Legislativa respectiva;

b) mesmo em relação aos delitos praticados após diplomação, os requisitos são rígidos para que haja a sustação do andamento do processo: iniciativa de um partido político com representação na Casa Legislativa e deliberação desta, por maioria absoluta, em votação ostensiva, a favor da sustação; note-se que um congressista, ou um grupo de congressistas, ou a própria Casa Legislativa não poderão tomar a iniciativa, mas somente um partido político; note-se, também, que embora a iniciativa seja exclusiva do partido político, não será ele, partido, que decidirá a respeito da sustação, mas sim o Plenário da Casa Legislativa, por deliberação de maioria absoluta, em votação ostensiva;

c) o pedido de sustação apresentado pelo partido político será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora;

d) a sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato; assim, se eventualmente houver a sustação do andamento do processo, enquanto perdurar o mandato o Supremo Tribunal Federal estará impedido de processar o congressista e, portanto, nesse período não haverá contagem do prazo de prescrição para a pretensão punitiva (afinal, se o Estado não pode punir, não está inerte, e, se não há inércia, não há que se falar em prescrição).

Importante destacar que essa nova disciplina da imunidade formal em relação ao processo teve aplicabilidade imediata, permitindo ao Supremo Tribunal Federal o imediato início da ação penal em relação a todos os crimes praticados por parlamentares em data anterior à promulgação da Emenda Constitucional nº 35/2001 e que estavam pendentes de julgamento no Tribunal, por falta de autorização da Casa Legislativa respectiva (antes exigida). Mesmo aqueles processos em que a autorização da Casa Legislativa – então exigida - havia sido negada foram, com a promulgação Emenda Constitucional nº 35/2001, julgados pelo Supremo Tribunal Federal, sem necessidade de tal autorização. Enfim, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 35/2001, o Supremo Tribunal Federal deu início ao julgamento de todos os processos que estavam pendentes de julgamento no Tribunal, sem necessidade de autorização da Casa Legislativa respectiva.

Um último aspecto merece ser destacado: a imunidade formal em relação ao processo não deve ser confundida com o direito a foro especial por prerrogativa de função.

A imunidade formal em relação ao processo é a possibilidade de sustação do andamento do processo perante o STF decorrente de crime praticado após a diplomação, por deliberação de maioria absoluta da Casa Legislativa

respectiva, a partir da iniciativa de um partido político nela representado (CF, art. 53, §§ 3º ao 5º).

O foro especial por prerrogativa de função é a prerrogativa de que dispõe os congressistas de, após a diplomação, serem julgados pelo Supremo Tribunal Federal (CF, art. 53, § 1º).

Essa distinção entre os dois institutos é relevante porque a imunidade formal em relação ao processo não alcança crimes praticados antes da diplomação, enquanto o foro especial por prerrogativa de função alcança.

Assim, mesmo em relação a um crime praticado antes da diplomação, a partir desta o congressista será julgado perante o Supremo Tribunal Federal (há foro especial por prerrogativa de função), mas não haverá a possibilidade de sustação do andamento desse processo pela Casa Legislativa (não há imunidade formal em relação ao processo, pois esta só alcança delitos praticados após a diplomação).

Exemplificando: se na data de sua diplomação o congressista estiver respondendo pela prática de um crime perante a Justiça Comum, os autos serão remetidos ao Supremo Tribunal Federal (pois com a diplomação nasce o direito ao foro especial); porém, o Supremo Tribunal Federal prosseguirá normalmente com o julgamento, sem dar ciência à Casa Legislativa respectiva, para o fim de sustação desse processo (não haverá, em relação a esse delito praticado antes da diplomação, direito à imunidade formal em relação ao processo).

1.3) OUTRAS PRERROGATIVAS

Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações (CF, art. 53, § 6º)

A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva (CF, art. 53, § 7º).

As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida (CF, art. 53, § 8º).

2) IMUNIDADES DOS DEPUTADOS ESTADUAIS

Os deputados estaduais dispõem das mesmas imunidades atribuídas pela Constituição Federal aos congressistas, por força do art. 27, § 1º, do Texto Maior.

As imunidades outorgadas aos congressistas – antes estudadas – são, portanto, extensíveis aos deputados estaduais, tanto a imunidade material, quanto a imunidade formal ou processual.

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a distinção entre as imunidades dos congressistas e as dos deputados estaduais diz respeito ao alcance da proteção, haja vista que **as imunidades dos deputados estaduais só podem ser invocadas perante a Justiça do respectivo Estado.**

Essa orientação está consolidada no enunciado da Súmula nº 3 do STF, nos termos seguintes: “A imunidade concedida a deputados estaduais é restrita à Justiça do Estado”.

3) IMUNIDADE DOS VEREADORES

Dispõe a Constituição Federal que os vereadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município (CF, art. 29, VIII).

Por força desse dispositivo constitucional temos que os vereadores só dispõem de imunidade material (inviolabilidade por suas opiniões, palavras e votos), desde que no exercício da vereança e somente na circunscrição do Município (fora do respectivo Município, o vereador poderá ser responsabilizado normalmente por suas palavras, opiniões e votos, ainda que relacionados com o exercício da vereança).

Não foi outorgada aos vereadores a imunidade formal ou processual, nem lhes pode ser outorgada essa imunidade pela Constituição do Estado ou pela Lei Orgânica do Município.

4) IMUNIDADE DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

O Presidente da República não dispõe de imunidade material, isto é, não é inviolável por suas palavras, opiniões e votos no exercício do mandato presidencial.

Porém, possui três imunidades de natureza formal (ou processual), que são as seguintes:

a) imunidade formal em relação à formação do processo;

O Presidente da República somente poderá ser julgado pelo Senado Federal (nos crimes de responsabilidade) ou pelo Supremo Tribunal Federal (nos crimes comuns) após a devida autorização da Câmara dos Deputados, por dois terços de seus membros (CF, art. 86, *caput*).

Essa necessidade de autorização prévia da Câmara dos Deputados representa a imunidade formal quanto à formação do processo de incriminação do Presidente da República.

Note-se que a supressão da necessidade de autorização da Casa Legislativa diz respeito aos congressistas, e não ao Presidente da República. Em relação a este, permanece intacta a necessidade de autorização da Câmara dos Deputados, por dois terços de seus membros.

b) imunidade formal em relação às prisões cautelares;

Dispõe a Constituição Federal que enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão (CF, art. 86, § 3º).

Significa dizer que o Presidente da República não poderá ser vítima de prisão cautelar (prisão em flagrante, preventiva etc.), ainda que supostamente presentes os requisitos para a decretação dessa medida. Mesmo que flagrado diante da prática de um crime comum, não poderá o Presidente da República ser objeto de prisão em flagrante. Para que haja a prisão do Presidente da República é indispensável a existência de uma sentença condenatória.

c) imunidade em relação aos atos estranhos ao exercício do mandato.

Reza o texto constitucional que o Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções (CF, art. 86, § 4º).

Sabe-se que o Presidente da República, na vigência do seu mandato, poderá responder tanto por crimes de responsabilidade, quanto por crimes comuns. Responderá por aqueles perante o Senado Federal, e por estes perante o Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, o Presidente da República, na vigência do seu mandato, só responderá por crime comum perante o Supremo Tribunal Federal se houver conexão entre a prática do crime e o exercício de suas funções presidenciais, isto é, se o crime comum houver sido cometido em razão do exercício da atividade presidencial.

Do contrário, se o crime cometido for estranho ao exercício das funções presidenciais, o Presidente da República não responderá por ele na vigência do mandato. Nesse caso, o Presidente somente poderá ser responsabilizado pelo crime

após o término do mandato, perante a Justiça Comum (e não mais perante o Supremo Tribunal Federal).

Portanto, em relação aos crimes comuns praticados pelo Presidente da República, teremos o seguinte:

(a) **se o crime praticado tem conexão com o exercício das funções presidenciais**, o Presidente da República responderá por ele perante o Supremo Tribunal Federal, na vigência do mandato (desde que haja a necessária autorização da Câmara dos Deputados, por dois terços de seus membros);

(b) **se o crime é estranho ao exercício das funções presidenciais**, o Presidente não responderá por ele perante o Supremo Tribunal Federal na vigência do mandato, mas sim após o término do mandato, perante a Justiça Comum.

5) IMUNIDADE DO GOVERNADOR

Ao contrário do que fez em relação ao Presidente da República, a Constituição Federal não outorgou, expressamente, nenhuma imunidade ao Governador de Estado e do Distrito Federal.

Em face desse silêncio da Constituição Federal, algumas Constituições Estaduais estenderam ao Governador as três imunidades outorgadas pela Constituição Federal ao Presidente da República. Enfim: diante da omissão da Constituição Federal, as Constituições Estaduais copiaram as três imunidades do Presidente da República, estendendo-as ao Governador de Estado.

Porém, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, somente a imunidade em relação à formação do processo poderá ser estendida ao Governador, isto é, a Constituição do Estado-membro poderá prever que o Governador só será julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) após a autorização da Assembléia Legislativa, por dois terços de seus membros.

As outras duas imunidades do Presidente da República – em relação às prisões cautelares (CF, art. 86, § 3º) e aos atos estranhos ao exercício do mandato (CF, art. 86, § 4º) – não poderão ser estendidas ao Governador.

Memorize bem esse entendimento do Supremo Tribunal Federal: as imunidades do Presidente da República em relação às prisões cautelares (CF, art. 86, § 3º) e em relação aos atos estranhos ao exercício de suas funções (CF, art. 86, § 4º) não poderão ser estendidas ao Governador de Estado.

6) IMUNIDADES DO PREFEITO

O Prefeito Municipal não dispõe de imunidade, nem material, nem formal. Não pode ser a ele estendida nenhuma das imunidades constitucionalmente outorgadas ao Presidente da República.

O Chefe do Executivo Municipal responde, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, perante o Tribunal de Justiça (CF, art. 29, X), sem necessidade de autorização da Câmara Municipal.

Além dessa responsabilização perante o Tribunal de Justiça, responderá o Prefeito perante a Câmara Municipal pelas condutas político-administrativas.

Acredito que tenhamos visto o que há de relevante em termos de imunidade constitucional, para o fim de concurso público.

EXERCÍCIOS DE CONCURSOS:

1) Segundo precedentes do STF, a ofensa à intimidade e à vida privada, praticada por um Senador, ainda que no exercício da sua atividade parlamentar, não o exime do pagamento da indenização por danos materiais ou morais, porque esta hipótese não está coberta pela imunidade material que lhe confere a CF/88.

- 2) Tendo sido um Deputado Federal, no exercício de seu primeiro mandato eletivo, denunciado, perante o STF, por crime comum praticado durante a campanha eleitoral, o Supremo Tribunal Federal, acatando a denúncia, dará ciência à Câmara dos Deputados da abertura do devido processo penal, sendo possível, de acordo com a CF/88, que, por iniciativa de partido político representado na Câmara dos Deputados, e pelo voto da maioria dos membros dessa Casa Legislativa, seja susgado o andamento da ação, até a decisão final.
- 3) Considere a situação hipotética: Carolina é vereadora de um município da região Norte do país e, indignada com uma emenda constitucional que, a seu ver, causou dano às finanças de seu município, deferiu, em Brasília (DF), violentos ataques pessoais à honra do presidente do Congresso Nacional, que resolveu processá-la criminalmente. Nessas condições, apesar de deter inviolabilidade por suas opiniões e palavras no exercício do mandato, Carolina poderá ser condenada judicialmente porque agiu fora do território municipal.
- 4) O afastamento do deputado federal ou senador do exercício do mandato, para investir-se no cargo de ministro ou de secretário de Estado, suspende-lhe a imunidade, mas não o foro prerrogativa de função.
- 5) A imunidade parlamentar material estende-se à divulgação, pela imprensa, por iniciativa do congressista, de fato coberto pela inviolabilidade.
- 6) A perda de mandato de um Deputado ou Senador que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

7) Na nova redação constitucional, dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001, o foro especial do parlamentar, perante o STF, só alcança crimes comuns praticados após a diplomação.

8) O suplente de parlamentar, ainda quando não seja convocado para o exercício das funções do titular, goza das mesmas imunidades a que fazem jus os congressistas.

9) A imunidade formal do parlamentar alcança delitos por ele cometidos antes da diplomação, desde que o processo venha a ser instaurado somente na vigência do mandato eletivo.

10) Em face da imunidade parlamentar material, senadores e deputados federais não respondem pelos chamados delitos de opinião ou de palavra, como os crimes contra a honra.

11) O regime de inviolabilidade ou imunidade parlamentar material alcança somente a esfera penal, não havendo repercussão na esfera cível.

12) Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

13) A proteção resultante da garantia da imunidade em sentido material somente alcança o congressista nas hipóteses em que as palavras e opiniões por ele expendidas o tenham sido no exercício do mandato ou em razão deste, de tal modo que cessará essa especial tutela de caráter político-jurídico sempre que deixar de existir, entre as declarações moralmente ofensivas, de um lado, e a prática inerente ao ofício legislativo, de outro, o necessário nexos de causalidade.

14) No exercício do seu poder de autoconstituição, o Estado-membro pode fixar, em diploma constitucional, que o seu

Governador, a exemplo do que ocorre com o Presidente da República, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções, durante a vigência do seu mandato.

15) A Constituição estadual pode, legitimamente, outorgar ao Governador do Estado imunidade à prisão em flagrante, à prisão preventiva e à prisão temporária.

GABARITOS OFICIAIS:

1) ERRADO; a imunidade material alcança não só a responsabilização criminal, mas também a obrigação civil, ainda que decorrente de ofensa à intimidade e à vida privada, desde que as manifestações do parlamentar tenham tido relação com o exercício da atividade congressual.

2) ERRADO; se o crime foi praticado durante a campanha eleitoral, não será alcançado pela imunidade formal em relação ao processo, pois esta só alcança delitos praticados após a diplomação.

3) CERTO; a imunidade material do vereador só protege as suas manifestações na circunscrição do Município; se Carolina está fora de seu Município, poderá ser condenada judicialmente por sua conduta, ainda que estritamente relacionada ao exercício da vereança.

4) CERTO; se o congressista ausenta-se do Legislativo para ocupar cargo no Poder Executivo, é suspenso o seu direito às imunidades, mas permanece o seu direito ao foro especial, isto é, ao direito de ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

5) CERTO; a imunidade material protege a divulgação das manifestações do parlamentar por qualquer meio (jornais, revistas, internet etc.).

6) ERRADO; a perda de mandato de um Deputado ou Senador que sofrer condenação criminal em sentença

transitada será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa (CF, art. 55, § 2º).

7) ERRADO; o foro especial é absoluto: após a diplomação o congressista será julgado perante o STF, tanto nos crimes praticados após a diplomação, quanto nos crimes praticados antes da diplomação; o que só alcança os crimes praticados após a diplomação é a imunidade formal em relação ao processo, prevista no art. 53, § 3º, da CF/88.

8) ERRADO; as imunidades não protegem o suplente, enquanto nessa condição.

9) ERRADO; a imunidade formal em relação ao processo só alcança delitos praticados após a diplomação.

10) CERTO; este é, precisamente, o campo de proteção da imunidade material – desde que as manifestações guardem relação com o exercício da atividade congressual.

11) ERRADO; o texto constitucional é expreso ao excluir não só a responsabilidade criminal, mas também a civil (CF, art. 53, caput).

12) CERTO; reprodução da literalidade da imunidade formal em relação à prisão, prevista no art. 53, § 2º, da CF/88.

13) CERTO; a imunidade material somente protege o parlamentar em relação às manifestações relacionadas ao exercício da atividade congressual; se não houver nexo de causalidade entre a conduta do parlamentar e o desempenho da atividade congressual, não há que se falar em imunidade material.

14) ERRADO; segundo a jurisprudência do STF, essa imunidade é exclusiva do Presidente da República, não podendo ser estendida ao Governador de Estado.

15) ERRADO; segundo a jurisprudência do STF, essa imunidade é exclusiva do Presidente da República, não podendo ser estendida ao Governador de Estado.

Até breve – bons estudo,

Vicente Paulo

AULA 13: COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO

Estudaremos hoje o assunto comissão parlamentar de inquérito – CPI, meio de atuação do Poder Legislativo no desempenho de sua função fiscalizatória.

No Brasil, o Poder Legislativo desempenha duas funções típicas: a função normativa/legislativa, de elaboração de normas gerais e abstratas, e a função fiscalizatória/controle, de que as comissões parlamentares de inquérito são típico exemplo.

Portanto, o primeiro ponto a ser destacado nessa nossa aula é que as comissões parlamentares de inquérito são exemplo de **atuação típica** do Poder Legislativo, ao lado da função normativa – e não função atípica, como muitas vezes propalado pela mídia.

O estudo desse assunto é de suma importância para o fim de concurso público, pela seguinte razão: a Constituição Federal, ao prever as comissões parlamentares de inquérito, pouco dispôs a respeito de sua atuação, de sua competência, dos poderes e dos limites impostos à atuação dessas comissões.

Diante do silêncio da Constituição Federal, coube à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fixar, por meio de decisões prolatadas em casos concretos, o delineamento do âmbito de atuação dessas comissões. Assim, praticamente tudo o que sabemos sobre a atuação das comissões parlamentares de inquérito na vigência da Carta Política de 1988 é decorrência de entendimentos do Supremo Tribunal Federal, fixados em controvérsias submetidas à sua apreciação. Pense assim: numa determinada investigação realizada por comissão parlamentar de inquérito foi decretada, por ato da própria comissão, a quebra do sigilo bancário do investigado; como a Constituição Federal não disciplinou expressamente essa matéria, o investigado recorreu ao Supremo Tribunal Federal, por entender que a comissão não dispõe de poder para a determinação de tal medida; nesse caso concreto, então, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão e firmou seu entendimento sobre

o assunto; o mesmo aconteceu em relação a várias outras medidas determinadas por comissão parlamentar, ao longo do tempo (quebra dos sigilos fiscal e telefônico, autorização para interceptação telefônica, indisponibilidade de bens, busca e apreensão de documentos etc.) e, aos poucos, foi sendo firmado o campo próprio de atuação dessas comissões.

Exatamente por esse motivo o assunto é muito cobrado em concursos públicos, pois os examinadores querem saber se o candidato está 100% atualizado com as orientações do Supremo Tribunal Federal.

As disposições constitucionais acerca das comissões parlamentares de inquérito estão no art. 58, § 3º, da Carta Política, nos termos seguintes:

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

É a partir desse dispositivo constitucional, e considerando as orientações do Supremo Tribunal Federal, que estudaremos os aspectos relevantes acerca da atuação das comissões parlamentares de inquérito. Para tornarmos esse estudo menos cansativo, e para facilitar a memorização dos entendimentos do STF, apresentaremos todo o conteúdo na forma de perguntas e respostas – afinal, é assim que esses pontos são cobrados em concursos públicos, vale dizer, o candidato terá que saber no concurso se a CPI dispõe, ou não, de competência para, por ato próprio, determinar certa medida.

1) A atuação do Poder Legislativo no âmbito das comissões parlamentares de inquérito constitui exemplo de atuação típica, ou atípica desse Poder?

Resposta: Conforme afirmamos antes, os trabalhos legislativos no âmbito das comissões parlamentares de inquérito consubstancia atuação típica do Poder Legislativo, na sua função fiscalizatória/controle. Os trabalhos das CPIs devem ser enxergados como atuação típica e relevante do Poder Legislativo, tanto quanto a sua atuação na elaboração das leis, sem relação de subordinação entre essas duas tarefas.

2) As CPIs dispõem dos mesmos poderes de um magistrado? Podem as CPIs determinar as mesmas medidas determináveis por um membro do Poder Judiciário?

Resposta: Não. Embora a Constituição Federal disponha que as CPIs terão “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”, a jurisprudência do STF firmou-se no sentido de que as CPIs não dispõem de poderes para a prática de todas as medidas determináveis por um magistrado, isto é, de que os poderes de investigação das CPIs não autorizam a prática, por ato próprio, de todas as medidas que podem ser determinadas por um juiz.

Com base nesse entendimento, construiu-se no STF a tese sobre a chamada “reserva de jurisdição”, isto é, de que existem no Brasil certas medidas que só podem ser determinadas por membro do Poder Judiciário, medidas que foram reservadas constitucionalmente, com exclusividade, ao Poder Judiciário. Portanto, a denominação “reserva de jurisdição” é empregada para contemplar aquelas medidas que só podem ser determinadas pelo Poder Judiciário, que foram constitucionalmente reservadas aos membros do Poder Judiciário (autorização para interceptação telefônica, por exemplo).

3) Reza a Constituição Federal que as CPIs serão criadas para investigar “fato determinado”. Qual o alcance desse comando constitucional?

Segundo a jurisprudência do STF, essa expressão “fato determinado” tem três importantes comandos, que são os seguintes:

a) impede a criação de CPI para investigar situação genérica, em abstrato, em que não esteja razoavelmente delineada a irregularidade a ser apurada;

A CPI só deve ser criada para investigar um fato concreto, determinado, devidamente delineado e apontado no momento de sua criação. Não pode ser criada para investigar uma situação em abstrato, de abrangência não delimitada. Por exemplo: seria inconstitucional a criação de uma CPI para investigar todas as irregularidades no âmbito do Poder Judiciário, sem o apontamento de um fato determinado.

b) o apontamento de um fato determinado no momento de criação da CPI não impede que esta comissão, no decorrer dos seus trabalhos, venha a investigar outros fatos, desde que guardem conexão com aquele que ensejou a sua criação;

O apontamento de um fato determinado no momento de criação da CPI não pode funcionar como obstáculo aos seus trabalhos, impedindo a investigação de outros fatos relacionados com aquele, que surjam no decorrer dos seus trabalhos. Se houver conexão entre o fato originariamente apontado como motivador para a criação da CPI e os outros, conhecidos no curso dos trabalhos, estes poderão ser normalmente investigados pela mesma comissão.

Exemplificando: suponha a criação de uma CPI para investigar os ilícitos praticados por determinado parlamentar na região norte do País (exploração sexual de menores); no curso das investigações, chegou ao conhecimento da CPI que atividade semelhante estaria sendo praticada por outros parlamentares e empresários, ligados aos parlamentares da região norte, em três Capitais nordestinas; nessa situação, as investigações da CPI poderiam ser estendidas a essas últimas atividades delituosas, embora não fossem do conhecimento dos parlamentares no momento de criação da comissão.

c) os convocados por CPI não estão obrigados a responder perguntas que não versem sobre o fato determinado que ensejou a sua criação.

Se a CPI foi criada para investigar o fato determinado “X”, os depoentes não estão obrigados a responder perguntas formuladas pelos integrantes da comissão que versem sobre o fato “Y”, que não guarda conexão com o fato “X”.

Exemplo típico de aplicação desse entendimento do STF foi o que ocorreu na chamada “CPI da Nike”, criada para investigar as supostas irregularidades contratuais entre essa empresa multinacional e a Confederação Brasileira de Futebol (CBF); no depoimento do craque “Ronaldinho”, os parlamentares comportaram-se como autênticos torcedores e começaram a dirigir perguntas ao jogador que não guardavam nenhuma relação com os citados contratos; orientado pelo advogado, o jogador não respondeu às perguntas, agindo legitimamente.

4) Determina a Constituição Federal que a CPI seja criada “por prazo certo”. Esse prazo certo, inicialmente fixado, é improrrogável, ou admite prorrogações?

Resposta: Na criação de uma CPI é obrigatória a indicação de um prazo para a conclusão dos seus trabalhos. Na Câmara dos Deputados, por exemplo, por opção regimental daquela Casa Legislativa, esse prazo deverá ser de, no máximo, 120 (cento e vinte) dias.

Porém, segundo entendimento do STF, esse prazo não é fatal, e poderá ser prorrogado por sucessivas vezes, desde que dentro de uma mesma legislatura.

Dessa forma, considerando que uma legislatura compreende quatro anos, se a CPI for criada no início desse prazo, com duração prevista para sessenta dias, esse prazo poderá ser sucessivamente prorrogado, até o término da legislatura. Mesmo na Câmara dos Deputados, que estabeleceu regimentalmente o prazo de cento e vinte dias, esse prazo não é fatal, podendo ser prorrogado, por sucessivas vezes, desde que dentro da mesma legislatura.

Essa restrição à que as prorrogações do prazo só ocorram dentro da mesma legislatura justifica-se porque ao término da legislatura, em face da mudança de composição do Poder Legislativo, com a eleição de novos parlamentares - e, em

conseqüência, com a mudança da composição dos partidos políticos, que deverão ser proporcionalmente representados nas comissões -, as comissões temporárias, como é o caso das CPIs, são encerradas.

5) O Regimento Interno da Câmara dos Deputados estabelece que, em regra, não poderão ser criadas mais de cinco CPIs simultâneas no seu âmbito. Essa limitação à criação simultânea de CPIs não desrespeita a Constituição Federal, por restringir a atuação fiscalizatória do Poder Legislativo? Pode a Casa Legislativa impor limite à criação de CPIs simultâneas?

Resposta: O STF apreciou essa questão e firmou entendimento de que a fixação de limite para a criação de CPIs simultâneas pelas Casas Legislativas não desrespeita a Constituição Federal. Dispõe a Casa Legislativa de competência para disciplinar essa matéria, por se tratar de matéria afeta aos seus interesses internos. Não significa, evidentemente, que a Casa Legislativa esteja obrigada a fixar esse limite; significa apenas que, se for de seu interesse, poderá fazê-lo, sem incorrer em desrespeito à Constituição Federal.

Há que se ressaltar, apenas, que esse entendimento do STF foi fixado tomando-se por base o limite fixado pela Câmara dos Deputados, que é de cinco CPIs simultâneas, número considerado razoável pelo STF. Provavelmente, se a Câmara houvesse fixado esse limite em dois (no máximo duas CPIs simultâneas), o STF entenderia como inconstitucional essa medida, pois, a meu ver, aí sim, teríamos uma restrição demasiada ao poder de investigação do Legislativo.

6) É legítimo invocar sigilo profissional perante comissão parlamentar de inquérito, para não responder as perguntas dos parlamentares?

Resposta: Sim. A invocação do sigilo profissional perante CPI é plenamente legítima (é o caso, por exemplo, do advogado, que poderá invocar sigilo profissional para não revelar as informações de que teve conhecimento em decorrência do

exercício de sua atividade, na relação advogado-cliente; do Auditor-Fiscal da Receita Federal, em relação ao sigilo fiscal dos contribuintes; dos responsáveis por instituições financeiras, em relação ao sigilo bancário dos clientes etc.).

Mas, atenção: isso não significa que aqueles que gozam da prerrogativa de sigilo profissional não estão obrigados a comparecer perante CPI; essas pessoas estão obrigadas, como quaisquer outras, a comparecer e depor perante CPI; o que temos é que, se durante o depoimento, lhes forem dirigidas perguntas sobre informações, a seu juízo, protegidas pela cláusula do sigilo, em relação a essas, poderá invocar o seu direito de permanecer calado, em respeito ao dever de sigilo sobre tais informações.

7) É legítimo invocar o direito ao silêncio perante CPI? Poderá o **investigado** permanecer calado perante CPI? E o convocado como **testemunha**, também dispõe dessa prerrogativa?

Resposta: Sim. Tanto o investigado, quanto a testemunha podem invocar o direito de permanecer calado perante CPI, em respeito ao princípio de que ninguém está obrigado a incriminar a si próprio. Sempre que o convocado entender que a resposta a determinada pergunta poderá implicar sua auto-incriminação, poderá permanecer calado, sem incorrer no crime de falso testemunho.

8) As manifestações dos parlamentares perante CPI estão protegidas pela imunidade material, prevista no art. 53 da Constituição Federal?

Resposta: Sim. A atuação do congressista perante CPI está protegida pela imunidade material, que imuniza o parlamentar por suas palavras, opiniões e votos, haja vista que a atuação em CPI consubstancia típica atividade legislativa.

9) As decisões das CPIs necessitam de motivação? Ao determinar medida que implique restrição a direito do investigado é obrigatória a motivação?

Resposta: Sim. Os atos das CPIs que impliquem restrição a direito (quebra dos sigilos fiscal, telefônico e bancário etc.) deverão, obrigatoriamente, ser motivados, sob pena de absoluta nulidade. Se as decisões das autoridades judiciais deverão ser motivadas, por determinação constitucional (CF, art. 93, IX), o mesmo ocorre com as decisões das CPIs.

10) Uma CPI dispõe de competência para investigar fatos que já estejam sendo investigados em inquéritos policiais ou em processos judiciais? Nessa situação, a CPI poderá realizar uma “investigação paralela” dos mesmos fatos já investigados pela autoridade policial, ou que já sejam objeto de processo judicial?

Resposta: Sim. Segundo o STF, o poder de investigação das CPIs é revestido de autonomia, que não se confunde com o poder de investigação das autoridades policiais e judiciárias. Portanto, por força dessa autonomia da investigação parlamentar, a CPI dispõe de competência para investigar fatos que já sejam objeto de inquéritos policiais ou processos judiciais.

11) Uma CPI do Legislativo Federal (da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional) dispõe de competência para investigar fatos no âmbito das competências dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios? Pode uma CPI do Congresso Nacional investigar, por exemplo, irregularidades verificadas no desempenho das atividades dos agentes fiscais do Município de São Paulo?

Resposta: Não. Em respeito à autonomia dos entes federados, CPI do Congresso Nacional não dispõe de competência para investigar fatos de competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Irregularidades estaduais deverão ser investigadas por CPI criada no âmbito da respectiva

Assembléia Legislativa; irregularidades distritais deverão ser investigadas por CPI criada pela Câmara Legislativa do Distrito Federal; irregularidades municipais deverão ser investigadas por CPI criada no âmbito da Câmara Municipal.

12) Uma CPI dispõe de competência para convocar indígena para depor?

Resposta: Sim. Segundo entendimento do STF, os indígenas não estão imunes ao poder de investigação parlamentar. Porém, para o depoimento do indígena será necessário o cumprimento dos seguintes requisitos: (a) o depoimento deverá ser realizado no âmbito da respectiva comunidade indígena, em data e horário previamente acertados; (b) o depoimento deverá ser assistido por um representante da FUNAI e por um antropólogo com conhecimento da respectiva comunidade.

13) Uma CPI dispõe de competência para convocar magistrados para depor? Os juízes estão obrigados a comparecer perante CPI para depor?

Resposta: Nesse ponto, temos que diferenciar os atos praticados pelo magistrado: atos jurisdicionais e atos administrativos.

Sabe-se que os membros do Poder Judiciário desempenham funções típicas (funções jurisdicionais) e funções atípicas (funções administrativas). Desempenham funções jurisdicionais quando sentenciam, quando prolatam decisões judiciais; o desempenho de funções administrativas ocorre quando os magistrados atuam como administradores públicos, praticando meros atos administrativos, de gestão, disciplinares etc. (nomeação de um servidor, aplicação de penalidade a um servidor, realização de uma licitação pública, emprego de verba pública etc.).

Pois bem, o STF firmou entendimento de que os magistrados estão obrigados a comparecer perante CPI para depor sobre a

prática de atos administrativos (função atípica). Em relação aos atos de natureza jurisdicional (decisões judiciais), estão os magistrados desobrigados de comparecer à CPI, em respeito ao princípio da Separação dos Poderes.

Exemplificando: um magistrado, Presidente de Tribunal do Poder Judiciário, está obrigado a comparecer perante CPI para depor a respeito do emprego de verba pública (sobre a realização de uma licitação pública supostamente superfaturada, por exemplo); porém, não está obrigado a depor perante CPI sobre a suposta “venda” de liminares em *habeas corpus*, pois nesta hipótese temos ato de natureza jurisdicional, que está imune à investigação parlamentar, em respeito ao princípio da Separação dos Poderes.

14) Sabe-se que as CPIs têm acesso a dados sigilosos dos investigados, protegidos pelo sigilo fiscal, bancário e telefônico. Uma vez obtidos esses dados, a CPI é livre para conferir publicidade irrestrita a eles?

Resposta: Não. Segundo o STF, a CPI não pode conferir publicidade irrestrita aos dados sigilosos obtidos em razão do seu poder de investigação. Os dados só poderão ser utilizados para os fins específicos da CPI, isto é, para subsidiar as investigações, bem assim para a elaboração do relatório final, a ser encaminhado ao Ministério Público e, se for o caso, a outros órgãos públicos interessados. Não poderá a CPI divulgar irrestritamente esses dados sigilosos na mídia, sob pena de responsabilização – civil e penal, se for o caso - dos responsáveis.

Em verdade, no momento em que ocorre a transmissão dos dados sigilosos à CPI transmite-se a ela, também, a responsabilidade pela manutenção do sigilo desses dados em relação a terceiros, isto é, a CPI passa a ter o dever jurídico de respeitar e preservar o sigilo desses dados a ela transmitidos, sob pena de responsabilidade civil e penal.

Importante destacar que nesse caso – divulgação indevida de dados sigilosos obtidos – não há que se falar em proteção do parlamentar pela imunidade material, que afastaria a responsabilidade civil e penal, haja vista tratar-se de ato ilícito.

15) Uma CPI pode impedir a presença de advogados assistentes dos depoentes em suas reuniões?

Resposta: Não. Segundo o STF, é direito dos depoentes ser assistidos por seus advogados nas sessões de CPI, para o fim de orientá-los sobre o depoimento. Plenamente legítima, portanto, a presença de advogado nas sessões da CPI, bem assim a orientação deste a seu assistido – investigado ou testemunha - durante os depoimentos.

Na prática, temos o seguinte: as perguntas feitas pelos parlamentares deverão ser respondidas diretamente pelo depoente, mas este, antes de respondê-las, poderá orientar-se com o seu advogado.

16) Diante de convocação arbitrária para depor como testemunha, qual o remédio constitucional cabível para afastar essa arbitrariedade?

Resposta: Segundo o STF, nessa situação poderá ser utilizado o remédio *habeas corpus*, haja vista que a convocação arbitrária de testemunha para depor implica ofensa indireta ao direito de locomoção.

Observe que num primeiro momento pode não se vislumbrar ofensa ao direito de locomoção nessa situação, mas na verdade há essa ofensa, embora indiretamente. Há ofensa indireta ao direito de locomoção porque a convocação de testemunha para depor perante CPI traz, implicitamente, a possibilidade de sua condução coercitiva para o depoimento, no caso de recusa ao comparecimento voluntário. Entenda-se: a CPI dispõe do poder de conduzir coercitivamente testemunha para depor, no caso de recusa ao

comparecimento voluntário (se a testemunha se recusar a comparecer, poderá ser compulsoriamente conduzida pela CPI); logo, a convocação representa uma ofensa indireta ao direito de locomoção do convocado, pois se ele não comparecer voluntariamente poderá ser conduzido coercitivamente; essa possibilidade de condução coercitiva constitui a chamada “ofensa indireta ao direito de locomoção”, que poderá ser afastada por meio da impetração de um *habeas corpus*.

17) Uma CPI dispõe de competência para, por ato próprio, determinar a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico?

Resposta: Sim, desde que motivadamente e se respeitado o princípio da colegialidade, isto é, se a decisão for tomada por maioria absoluta dos membros da comissão.

Portanto, são dois os requisitos indispensáveis para a determinação de medida restritiva de direito por parte de uma CPI: (a) motivação; (b) deliberação de maioria dos membros da comissão (princípio da colegialidade).

Cabe destacar que esses requisitos – motivação e deliberação por maioria absoluta – são obrigatórios não só para a determinação desses atos, mas sim para a determinação de quaisquer outros atos que impliquem restrição a direito do investigado.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que CPIs estaduais, criadas no âmbito das Assembléias Legislativas, dispõem de competência para quebrar o sigilo bancário de investigado perante instituições federais, como é o caso do Banco Central do Brasil (BACEN).

Importante: ao apreciar essa questão, o STF deixou assente que, por força do federalismo, as disposições contidas no art. 58, § 3º, da CF/88 aplicam-se, no que couber, às CPIs criadas no âmbito dos entes federados; com isso, podemos concluir que os entendimentos aqui estudados são aplicáveis, feitas as

devidas adequações, às CPIs criadas no âmbito dos entes federados – e não somente às CPIs criadas no Congresso Nacional.

18) Uma CPI dispõe de competência para investigar negócios privados, realizados entre particulares?

Resposta: Sim, a CPI dispõe de competência para investigar negócios privados, pactuados entre particulares, que tenham repercussão no interesse público. Exemplo típico foi a “CPI da Nike”, em que os trabalhos tiveram por objeto investigar contratos privados, celebrados entre essa empresa privada multinacional e a Confederação Brasileira de Futebol (CBF), entidade também de natureza privada.

19) Uma CPI dispõe de competência para determinar a condução coercitiva de testemunha que se recusa a comparecer voluntariamente?

Resposta: Sim. A CPI pode conduzir coercitivamente testemunha que se recusa a comparecer voluntariamente perante a comissão, bem assim utilizar-se da polícia judiciária para localizar testemunha cujo endereço seja desconhecido, para o fim de formalizar a convocação.

20) Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, quais as medidas que não podem ser determinadas, por ato próprio, por uma comissão parlamentar de inquérito?

Resposta: São as seguintes as medidas que não poderão ser determinadas por uma comissão parlamentar de inquérito:

- a) autorizar a execução de interceptação telefônica;
- b) determinar a busca e apreensão domiciliar de documentos;
- c) determinar a indisponibilidade de bens do investigado;
- d) determinar quaisquer medidas cautelares com vistas a assegurar a eficácia de eventual sentença condenatória do investigado;

- e) decretar a prisão do depoente, salvo em caso de flagrante;
- f) oferecer denúncia ao Poder Judiciário;
- g) processar, julgar e apurar responsabilidade – administrativa, civil ou penal – do investigado.

Teceremos, a seguir, alguns breves comentários acerca dessas medidas, que, no entendimento do STF, estão protegidas pela chamada “reserva de jurisdição”, isto é, que só podem ser determinadas por membros do Poder Judiciário.

✓ **CPI não pode autorizar interceptação telefônica:** A autorização para interceptação telefônica só pode ser determinada por um magistrado, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (CF, art. 5º, XII). Como CPI não dispõe de competência para realizar investigação criminal ou instrução processual penal, não poderá autorizar a interceptação telefônica.

A interceptação telefônica não pode ser confundida com a quebra do sigilo telefônico.

A interceptação telefônica é medida que consiste na escuta e gravação atual da conversa dos interlocutores, para ulterior degravação e juntada aos autos do processo criminal, como prova lícita, desde que realizada nos estritos termos do art. 5º, XII, da CF/88. Diz respeito, portanto, à escuta e gravação atual do conteúdo da conversa dos interlocutores, medida executada pela Polícia Judiciária competente, após a devida autorização judicial.

A quebra do sigilo telefônico é medida que consiste no acesso aos registros pretéritos de determinado telefone, isto é, aos registros pretéritos das ligações realizadas e recebidas por determinado telefone. É medida que incide sobre o passado, não se tem acesso ao conteúdo da conversa, mas sim aos registros de ligações efetuadas e recebidas por

determinado telefone, perante a respectiva companhia telefônica.

Relevância dessa distinção: a autorização para interceptação telefônica é medida de competência exclusiva do Poder Judiciário, isto é, protegida pela cláusula da “reserva de jurisdição”; a quebra do sigilo telefônico (registros) não é medida exclusiva do Poder Judiciário, não integra a “reserva de jurisdição” e, portanto, pode ser determinada por comissão parlamentar de inquérito.

✓ **CPI não pode determinar busca e apreensão domiciliar de documentos:** a determinação de busca e apreensão domiciliar de documentos é medida de competência exclusiva do Poder Judiciário, por força do art. 5º, XI, da CF/88, que prescreve a inviolabilidade domiciliar.

✓ **CPI não pode determinar a indisponibilidade de bens, bem assim quaisquer medidas cautelares com vistas a assegurar a eficácia de ulterior sentença condenatória do investigado:** sabe-se que o poder de investigação parlamentar não permite que a CPI apure responsabilidade, tampouco processe e julgue o investigado, medidas estas da competência do Poder Judiciário. Portanto, a CPI não pode decretar medidas cautelares que visam a assegurar a eficácia de futura condenação judicial do investigado, tais como: indisponibilidade de bens, seqüestro de bens, arresto de bens, proibição de o investigado ausentar-se do País etc.

✓ **CPI não pode decretar a prisão do depoente, salvo em caso de flagrante:** CPI não dispõe de competência para decretar a prisão de depoente, ressalvada, unicamente, a situação de flagrante delito; aliás, diga-se de passagem, essa competência, para decretar a prisão em situação de flagrante delito, não é prerrogativa apenas das CPIs, mas sim de todo cidadão.

✓ **CPI não pode oferecer denúncia ao Poder Judiciário, tampouco processar, julgar e apurar responsabilidade do investigado:** a competência da CPI termina com a realização das investigações, cujas conclusões, se for o caso, serão encaminhadas ao Ministério Público, para que este promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores, perante o Poder Judiciário. Recebido o relatório conclusivo dos trabalhos da CPI, caberá ao Ministério Público, se considerar subsistentes as infrações apontadas, oferecer denúncia perante o Poder Judiciário, para o fim de responsabilizar civil e penalmente os infratores.

Portanto, CPI não oferece denúncia ao Poder Judiciário, não processa, não julga, não condena, não apura responsabilidade civil ou penal; sua competência esgota-se na realização das investigações e na conseqüente apresentação dos resultados ao Ministério Público, para que este promova essas medidas perante o Poder Judiciário.

Para concluirmos o estudo das CPIs, apresentaremos uma tabela-resumo das competências/incompetências dessas comissões, bem assim alguns exercícios de concursos sobre o assunto:

Comissão Parlamentar de Inquérito - CPI	
Pode	Não Pode
Convocar investigado e testemunhas para depor	Desrespeitar o direito ao silêncio e ao sigilo profissional dos depoentes
Investigar negócios realizados entre particulares	Conferir publicidade irrestrita aos dados sigilosos obtidos em razão de sua investigação
Determinar a condução coercitiva de testemunha, no caso de recusa ao	Convocar magistrados para depor sobre a prática de ato de natureza jurisdicional

comparecimento	
Determinar a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico	Impedir a presença de advogado dos depoentes em suas reuniões
Investigar fatos que já sejam objeto de inquéritos policiais ou de processos judiciais	Decretar a busca e apreensão domiciliar de documentos
Convocar indígena para depor, desde que na respectiva comunidade e com a presença de representante da FUNAI e de antropólogo	Decretar a indisponibilidade de bens e outras medidas cautelares dessa natureza (seqüestro de bens, arresto de bens etc.)
Convocar magistrados para depor sobre a prática de atos administrativos	Proibir o investigado de ausentar-se do País
Convocar membros do Ministério Público para depor	Decretar a prisão do depoente, salvo em situação de flagrante delito
Determinar diligências que entender necessárias	Autorizar a interceptação telefônica (escuta)
Utilizar-se da polícia judiciária para localizar testemunha	Oferecer denúncia ao Poder Judiciário
Requisitar de repartições públicas informações e documentos de seu interesse	Processar, julgar, condenar, apurar responsabilidade civil ou penal do investigado

EXERCÍCIOS DE CONCURSOS:

1) Uma CPI no Congresso dispõe de competência para determinar (I) quebra de sigilo bancário; (II) busca domiciliar de documentos incriminadores; (III) interceptação telefônica; (IV) proibição de o investigado se ausentar do país; (V)

proibição de o investigado se comunicar com o seu advogado durante a sua inquirição; (VI) seqüestro de bens mediante ato fundamentado em provas de desvio de bens públicos; (VII) convocação de indígena para depor; (VIII) investigação de irregularidades praticadas por agentes fiscais do Município de São Paulo.

2) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é legítima a decretação da indisponibilidade de bens pelas Comissões Parlamentares de Inquérito.

3) Não se pode invocar sigilo profissional perante Comissão Parlamentar de Inquérito.

4) Não se pode alegar o direito de permanecer calado perante Comissão Parlamentar de Inquérito.

5) Os poderes investigatórios de uma CPI afirmam-se como instrumentos básicos para que ela possa processar e julgar os acusados.

6) O prazo para conclusão dos trabalhos de uma CPI há de ser determinado, o que não impede a possibilidade de sua prorrogação dentro da mesma legislatura.

7) As comissões parlamentares de inquérito têm o poder de promover a responsabilidade penal dos responsáveis por danos ao interesse público que tiverem apurado.

8) As comissões parlamentares de inquérito não têm legitimidade para sindicatar fatos relacionados com negócios realizados entre particulares, tampouco irregularidades que estejam sendo investigadas no curso de inquéritos policiais.

9) A CPI tem competência constitucional para editar leis, com vistas ao aperfeiçoamento do sistema legislativo, relativamente ao tema que ensejou a instauração da CPI.

10) As CPIs têm competência para quebrar o sigilo bancário, fiscal e telefônico de pessoa – física ou jurídica – sob a sua

investigação, mediante decisão necessariamente fundamentada.

11) A CPI pode anular ato administrativo de qualquer dos três Poderes que se revele contrário aos princípios da moralidade ou da eficiência.

12) A testemunha convocada para depor perante uma Comissão Parlamentar de Inquérito no âmbito do Congresso Nacional e que entenda ilegítima a sua convocação pode impetrar habeas corpus para se livrar da convocação.

13) A testemunha convocada por comissão parlamentar de inquérito não está obrigada a responder perguntas estranhas ao fato determinado que ensejou sua criação.

GABARITOS OFICIAIS:

1) ERRADO; entre as medidas apontadas no enunciado, apenas duas podem ser determinadas por CPI: quebra do sigilo bancário e convocação de indígena para depor; as outras medidas não poderão ser determinadas por ato de CPI.

2) ERRADO; decretação da indisponibilidade de bens do investigado é medida de competência privativa do Poder Judiciário.

3) ERRADO; é legítimo invocar o sigilo profissional perante CPI.

4) ERRADO; em respeito ao princípio de que ninguém está obrigado a incriminar a si próprio, testemunha e investigado poderão invocar o direito de permanecer calado perante CPI, sempre que entenderem que a resposta à pergunta que lhe foi dirigida possa incriminá-los.

5) ERRADO; CPI não dispõe de competência para processar e julgar o investigado, medidas de competência privativa do Poder Judiciário; a competência da CPI esgota-se com a realização das investigações e encaminhamento das

conclusões ao Ministério Público, e a outros órgãos públicos interessados.

6) CERTO; segundo entendimento do STF, o prazo inicialmente apontado quando da criação da CPI para a conclusão dos seus trabalhos não é fatal, podendo ser prorrogado quantas vezes se fizerem necessárias, desde que dentro da mesma legislatura.

7) ERRADO; CPI não apura responsabilidade, nem penal, nem civil, medida de competência privativa do Poder Judiciário.

8) ERRADO; CPI dispõe de competência para investigar negócios privados, bem assim para sindicar, paralelamente, fatos que já estejam sendo investigados em inquéritos policiais ou processos judiciais.

9) ERRADO; CPI não dispõe de competência para editar leis; o que a comissão poderá, se entender conveniente, é apresentar projeto de lei nesse sentido, por força da legitimação que lhe é assegurada no art. 61 da Constituição Federal.

10) CERTO; CPI pode, por ato próprio, determinar a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico, desde que mediante decisão fundamentada, e por deliberação de maioria absoluta de seus membros (princípio da colegialidade).

11) ERRADO; CPI não dispõe de competência para anular ato de outros Poderes da República; se for o caso, a CPI poderá propor, ao órgão competente, a adoção dessa medida.

12) CERTO; caso o convocado entenda que a convocação que lhe foi dirigida por CPI é arbitrária, poderá intentar o seu afastamento perante o Poder Judiciário, mediante a impetração do remédio constitucional *habeas corpus*, pois nesse caso há uma ofensa indireta ao direito de locomoção, haja vista que se não houver o comparecimento voluntário, a CPI poderá determinar a sua condução coercitiva.

13) CERTO; conforme visto, se a CPI foi criada para investigar o fato determinado "X", o convocado não está obrigado a responder perguntas que não tenham conexão com esse fato.

Até breve – e bons estudos.

Vicente Paulo

AULA 14: MINISTÉRIO PÚBLICO

Na aula de hoje, examinaremos as disposições constitucionais acerca do Ministério Público, órgão essencial à defesa do nosso Estado Democrático de Direito, que recebeu especial atenção do legislador constituinte originário.

Com efeito, na vigente Carta Política o Ministério Público recebeu um especial tratamento, até então não presente nos textos constitucionais pretéritos, seja no tocante às atribuições que lhe foram expressamente reservadas, seja em relação à autonomia e independência funcional. Não é por outra razão que comumente é denominado por alguns, embora sem respaldo constitucional, de “quarto Poder” da República.

Passemos, então, ao exame das disposições constitucionais acerca do Ministério Público.

1) PRINCÍPIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Após dispor que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127), a Constituição Federal enumera os seus princípios institucionais, a saber: unidade, indivisibilidade e independência funcional.

1.1) PRINCÍPIO DA UNIDADE

O princípio da unidade enuncia que o Ministério Público é uno, isto é, constitui um único órgão, com todos os seus membros administrativamente chefiados por um único Procurador-Geral. Não são admitidos fracionamentos funcionais em seu âmbito, sendo as divisões existentes meramente administrativas, visando, tão-somente, à eficiência no desempenho de suas atribuições.

Esse princípio, porém, deve ser entendido como aplicável internamente, no âmbito de cada um dos diferentes ramos do Ministério Público, enumerados no art. 128 da Constituição Federal. Assim, fala-se em unidade no âmbito do Ministério Público Federal, ou no âmbito do Ministério Público do

Trabalho, ou no âmbito do Ministério Público Militar – e assim por diante. Não há que se falar em unidade entre os diferentes ramos do Ministério Público, como, por exemplo, entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Trabalho, ou entre o Ministério Público Militar e o Ministério Público dos Estados-membros – e assim por diante.

1.2) PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE

O princípio da indivisibilidade enuncia que toda atuação do Ministério Público é imputada ao respectivo órgão, e não a seus membros. Sempre que um membro do Ministério Público atua, está representando o órgão. Os membros do Ministério Público, portanto, não se vinculam aos processos em que atuam, podendo ser substituídos entre si, desde que observadas as regras previstas na lei complementar de sua organização.

Da mesma forma que o princípio da unidade, o princípio da indivisibilidade tem aplicação restrita ao âmbito de cada um dos ramos do Ministério Público, enunciados no art. 128 da Constituição Federal. Assim, não há que se falar em indivisibilidade entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado, não podendo um membro do Ministério Público Federal (Procurador da República) ser substituído, no desempenho de suas funções, por um membro do Ministério Público do Estado (Promotor de Justiça).

1.3) INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL

O princípio da independência funcional enuncia que os membros do Ministério Público, no desempenho de suas atribuições institucionais, não se subordinam funcionalmente a ninguém, a nenhum dos três Poderes da República, nem ao respectivo Procurador-Geral, Chefe da Instituição. Subordinam-se, tão-somente, à Constituição Federal, e às leis que ditam os procedimentos para sua atuação.

Assim, a subordinação existente entre os membros do Ministério Público e o Procurador-Geral, Chefe da Instituição, é meramente administrativa, para fins administrativos – e não de caráter funcional.

Além desses três princípios expressamente enunciados pelo art. 127, § 1º, da Carta Política, devemos ressaltar dois outros postulados: princípio do promotor natural e princípio da autonomia administrativa e financeira.

1.4) PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL

O princípio do promotor natural determina que as funções do Ministério Público somente poderão ser desempenhadas pelos seus membros, investidos no exercício do cargo com estreita observância das regras constitucionais inerentes. Ademais, no desempenho de suas atribuições, não poderão os membros do Ministério Público ser casuisticamente designados para atuarem em processos específicos, em desrespeito aos procedimentos previamente fixados na legislação de regência.

Esse princípio obsta, por exemplo, que o Chefe do Ministério Público designe casuisticamente um promotor para atuar num determinado processo, por interesses escusos (fins políticos, por exemplo), em desrespeito à impessoalidade que deve nortear a atuação do órgão; ou, da mesma forma, que afaste determinado promotor de um dado processo, fora das hipóteses legalmente previstas.

1.5) PRINCÍPIO DA AUTONOMIA ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA

O princípio da autonomia administrativa e financeira assegura ao Ministério Público a competência para propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira (autonomia administrativa), bem assim para elaborar sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias (autonomia financeira), nos termos expressos do art. 127, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe algumas inovações acerca da autonomia financeira do Ministério Público, a seguir comentadas.

Sabe-se que o encaminhamento dos projetos referentes às leis orçamentárias ao Poder Legislativo cabe ao Chefe do Executivo, por força de disposição constitucional expressa (art. 165).

Porém, determina a Constituição Federal que o Ministério Público, em razão da autonomia financeira de que dispõe, elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias (art. 127, § 3º).

Em atenção a essa complexa sistemática – elaboração da proposta orçamentária anual pelo Ministério Público e repasse ao Poder Executivo para consolidação, verificação de compatibilização com a lei de diretrizes orçamentárias e ulterior envio ao Poder Legislativo –, o legislador constituinte derivado, ao promulgar a Emenda Constitucional nº 45/2004, introduziu três importantes regras sobre o assunto, a saber:

a) caso o Ministério Público não encaminhe a proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na lei de diretrizes orçamentárias (CF, art. 127, § 4º);

b) sempre que a proposta orçamentária do Ministério Público for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na lei de diretrizes orçamentárias, fica o Poder Executivo autorizado a proceder aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual (CF, art. 127, § 5º);

c) durante a execução orçamentária do exercício, é vedado ao Ministério Público realizar despesas ou assumir obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais (CF, art. 127, § 6º).

2) COMPOSIÇÃO E CHEFIAS

Dispõe a Constituição Federal que o Ministério Público abrange o Ministério Público da União e os Ministérios Públicos dos Estados (CF, art. 128).

O Ministério Público da União, por sua vez, é dividido em quatro diferentes ramos, a saber: (a) o Ministério Público Federal; (b) o Ministério Público do Trabalho; (c) o Ministério Público Militar; (d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

O Ministério Público da União é chefiado 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 mandato de dois anos, permitida a recondução (CF, art. 128, § 1º).

Embora o Ministério Público da União seja composto de quatro diferentes ramos, o Procurador-Geral da República deverá ser escolhido dentre integrantes da carreira do Ministério Público Federal.

O Procurador-Geral da República poderá ser sucessivamente reconduzido, desde que em cada manifestação de interesse do Presidente da República nessa recondução haja aprovação do Senado Federal, por maioria absoluta.

O Procurador-Geral da República poderá ser destituído do mandato, desde que haja iniciativa do Presidente da República e autorização da maioria absoluta Senado Federal. São dois, portanto, os requisitos para a que o Procurador-Geral da República seja destituído antes do término do seu mandato: (i) iniciativa do Presidente da República; (2) autorização do Senado Federal, por maioria absoluta.

O Ministério Público Federal também é chefiado pelo Procurador-Geral da República.

Nesse ponto, cabe destacar o seguinte: (a) como vimos, o Ministério Público da União é integrado por quatro diferentes ramos, a saber: Ministério Público Federal, Ministério Público

Militar, Ministério Público do Trabalho e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; (b) vimos, também, que o Ministério Público da União é chefiado pelo Procurador-Geral da República; (c) porém, embora sejam quatro os ramos que integram o Ministério Público da União, só um deles, o Ministério Público Federal, é chefiado pelo Procurador-Geral da República; os demais - Ministério Público Militar, Ministério Público do Trabalho e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – possuem chefia própria, conforme apresentado a seguir.

O Ministério Público do Trabalho é chefiado pelo Procurador-Geral do Trabalho, nomeado pelo Procurador-Geral da República, dentre integrantes da instituição, com mais de trinta e cinco anos de idade e de cinco anos na carreira, integrante de lista tríplice escolhida mediante voto plurinominal, facultativo e secreto, pelo Colégio de Procuradores para um mandato de dois anos, permitida uma recondução, observado o mesmo processo (Lei Complementar nº 75, de 1993, art. 88).

A exoneração do Procurador-Geral do Trabalho, antes do término do mandato, será proposta ao Procurador-Geral da República pelo Conselho Superior do Ministério Público, mediante deliberação obtida com base em voto secreto de dois terços de seus integrantes (Lei Complementar nº 75, de 1993, art. 88, parágrafo único).

O Ministério Público Militar é chefiado pelo Procurador-Geral da Justiça Militar, nomeado pelo Procurador-Geral da República, dentre integrantes da Instituição, com mais de trinta e cinco anos de idade e de cinco anos na carreira, escolhidos em lista tríplice mediante voto plurinominal, facultativo e secreto, pelo Colégio de Procuradores, para um mandato de dois anos, permitida uma recondução, observado o mesmo processo (Lei Complementar nº 75, de 1993, art. 121).

A exoneração do Procurador-Geral da Justiça Militar, antes do término do mandato, será proposta pelo Conselho Superior do

Ministério Público ao Procurador-Geral da República, mediante deliberação obtida com base em voto secreto de dois terços de seus integrantes (Lei Complementar nº 75, de 1993, art. 121, parágrafo único).

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios é chefiado pelo Procurador-Geral de Justiça, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes de lista tríplice elaborada pelo Colégio de Procuradores e Promotores de Justiça, para mandato de dois anos, permitida uma recondução, precedida de nova lista tríplice (Lei Complementar nº 75, de 1993, art. 156).

O Procurador-Geral poderá ser destituído, antes do término do mandato, por deliberação da maioria absoluta do Senado Federal, mediante representação do Presidente da República (Lei Complementar nº 75, de 1993, art. 156, parágrafo único).

Observe que o Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios não é nomeado pelo Governador do Distrito Federal, e sim pelo **Presidente da República**, tendo em vista que, no Distrito Federal, compete à União organizar e manter o Ministério Público (CF, art. 21, XIII). Da mesma forma, sua destituição, se for o caso, não será por iniciativa do Governador do Distrito Federal, após autorização da maioria absoluta da Câmara Legislativa do Distrito Federal – mas sim por iniciativa do Presidente da República, após autorização de maioria absoluta do **Senado Federal**.

Os Ministérios Públicos dos Estados são chefiados pelo respectivo Procurador-Geral de Justiça, nomeado pelo Governador, a partir de lista tríplice elaborada pelo próprio Ministério Público, dentre integrantes da carreira, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.

Os Procuradores-Gerais nos Estados poderão ser destituídos por deliberação da maioria absoluta da Assembléia Legislativa respectiva, na forma da lei complementar de sua organização.

Nesse ponto, relevante destacar o seguinte: ao contrário do que acontece em relação ao Procurador-Geral da República,

em que o Senado Federal participa do processo de sua escolha, aprovando o seu nome por maioria absoluta, o Poder Legislativo não participa do processo de escolha e nomeação dos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal; a regra é distinta, ou seja, o próprio Ministério Público elabora uma lista tríplice e o Chefe do Executivo escolhe um dos três e o nomeia, sem nenhuma participação do Poder Legislativo (no caso dos Estados, a escolha/nomeação é feita pelo respectivo Governador; no caso do Distrito Federal, a escolha/nomeação é feita pelo Presidente da República).

Entretanto, caso o Chefe do Executivo tenha a iniciativa de destituir o Procurador-Geral de Justiça antes do término normal de seu mandato, esta destituição será efetivada por deliberação de maioria absoluta do Legislativo respectivo (maioria absoluta da Assembléia Legislativa, no caso do Procurador-Geral de Justiça do Estado; maioria absoluta do Senado Federal, no caso do Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal).

Um último aspecto relevante: anote-se que somente ao Procurador-Geral da República foi atribuída a possibilidade de recondução no mandato por **sucessivas vezes** (CF, art. 128, § 1º). Os demais Procuradores-Gerais – do Ministério Público do Trabalho, do Ministério Público Militar, do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e dos Ministérios Públicos dos Estados - só poderão ser reconduzidos por **uma única vez**.

3) INICIATIVA DA LEI DE ORGANIZAÇÃO

Os Ministérios Públicos são organizados em **lei complementar**, cuja iniciativa é concorrente entre o Chefe do Executivo e o respectivo Procurador-Geral. Um ou outro – Chefe do Executivo ou Procurador-Geral – poderão apresentar o projeto de lei complementar ao Poder Legislativo.

Assim, temos o seguinte: (i) o Ministério Público nos Estados-membros é organizado em lei complementar estadual, de iniciativa concorrente entre o Governador e o respectivo

Procurador-Geral de Justiça; (ii) o Ministério Público da União, nos seus diferentes ramos, é organizado em lei complementar federal, de iniciativa concorrente entre o Presidente da República e o Procurador-Geral da República.

4) GARANTIAS DOS MEMBROS

São garantias dos membros do Ministério Público: a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade do subsídio.

A vitaliciedade é adquirida após dois anos de exercício, não podendo, a partir de então, perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado.

A inamovibilidade não é absoluta, haja vista que poderá ser afastada por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da **maioria absoluta** de seus membros, assegurada ampla defesa (CF, art. 128, § 5º, I, b, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004).

A irredutibilidade de subsídio protege, tão-somente, a denominada irredutibilidade **nominal**, não assegurando aos membros do Ministério Público o direito à manutenção do poder aquisitivo de seu subsídio (irredutibilidade real).

5) VEDAÇÕES

É vedado ao membro do Ministério Público:

- a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;
- b) exercer a advocacia;
- c) participar de sociedade comercial, na forma da lei;
- d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;
- e) exercer atividade político-partidária (redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004);

f) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei (alínea incluída pela Emenda Constitucional nº 45/2004).

O texto originário da Constituição Federal vedava ao membro do Ministério Público o exercício de atividade político-partidária, salvo exceções previstas em lei (redação originária da alínea e, acima transcrita).

A vedação, portanto, não era absoluta. Ao amparo desse pretérito texto constitucional, o STF havia firmado entendimento de que era possível o exercício de atividade partidária por membro do Ministério Público, desde que houvesse, nos prazos previstos em lei, a devida desincompatibilização.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 suprimiu a referida ressalva, tornando, de agora em diante, absoluta a vedação ao exercício de atividade político-partidária por membro do Ministério Público (CF, art. 128, § 5º, II, e).

Aos membros do Ministério Público é vedado exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração (CF, art. 128, § 6º).

6) FUNÇÕES

As funções institucionais do Ministério Público estão enumeradas nos incisos do art. 129 da Constituição Federal, a saber:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

De acordo com o disposto no inciso IX, acima, observa-se que a enumeração constitucional das funções do Ministério Público não é exaustiva, podendo o órgão exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade. Porém, o texto constitucional veda expressamente ao Ministério Público o exercício das funções de representação judicial e consultoria jurídica de entidades públicas.

A legitimação do Ministério Público para as ações civis não impede a iniciativa de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto na Constituição e na lei (CF, art. 129, § 1º).

As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da

instituição (CF, art. 129, § 2º, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004).

O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, **três anos de atividade jurídica** e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação (CF, art. 129, § 3º, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004).

Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93, que diz respeito às regras de promoção dos magistrados (CF, art. 129, § 4º, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004).

A distribuição de processos no Ministério Público será imediata (CF, art. 129, § 5º, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004).

7) MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Estabelece a Constituição Federal que aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições constitucionais pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura dos membros do Ministério Público comum (CF, art. 130).

Dispõe o texto constitucional, ainda, que o Presidente da República, ao escolher os três Ministros do Tribunal de Contas da União, deverá escolher dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento (CF, art. 73, § 2º).

Por força desses dois dispositivos constitucionais, temos que atuará junto aos Tribunais de Contas um Ministério Público, com funções específicas, desempenhadas no âmbito das atribuições das respectivas Cortes de Contas.

A Constituição Federal pouco dispôs a respeito da estrutura desse Ministério Público junto aos Tribunais de Contas,

dispondo, tão-somente, que seus membros terão os mesmos direitos, vedações e forma de investidura dos membros do Ministério Público comum (CF, art. 130).

Em face dessa omissão constitucional, muito se discutiu a respeito de sua posição constitucional, entendendo alguns que esse Ministério Público junto aos Tribunais de Contas seriam um ramo do Ministério Público comum, enquanto outros defendiam que esse órgão integraria a estrutura da respectiva Corte de Contas.

Assim, em relação ao Ministério Público que atua junto ao Tribunal de Contas da União, tivemos o seguinte: alguns entendiam que esse Ministério Público era mais um ramo do Ministério Público da União, chefiado pelo Procurador-Geral da República; outros entendiam que esse Ministério Público integrava o próprio Tribunal de Contas da União – e não o Ministério Público da União.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que **o Ministério Público que atua junto aos Tribunais de Contas integram a respectiva Corte de Contas**, e não o Ministério Público comum. Assim, o Ministério Público que atua junto ao Tribunal de Contas da União integra a estrutura do próprio Tribunal de Contas da União, e não o Ministério Público da União; da mesma forma, o Ministério Público que atua junto ao Tribunal de Contas do Estado integra esta Corte de Contas, e não o Ministério Público Estadual.

A partir desse entendimento, temos outras duas orientações do Supremo Tribunal Federal a respeito da organização desse Ministério Público que atua junto aos Tribunais de Contas:

- a) sua organização é veiculada por meio de **lei ordinária** (diferentemente dos Ministérios Públicos comuns – da União e dos Estados -, cuja organização é veiculada por meio de lei complementar, por exigência do art. 128, § 5º, da CF/88);
- b) a iniciativa de lei de sua organização pertence à respectiva Corte de Contas (diferentemente dos Ministérios Públicos comuns – da União e dos Estados -, cuja iniciativa de lei da

sua organização é concorrente entre o Chefe do Executivo e o Procurador-Geral).

8) JULGAMENTO DOS SEUS MEMBROS

Os membros dos Ministérios Públicos são julgados obedecendo-se às regras a seguir apresentadas.

I) Competência para julgar os membros do Ministério Público da União:

a) Procurador-Geral da República: é julgado perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, e perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade;

b) Membros do Ministério Público da União que atuam perante Tribunais do Poder Judiciário: são julgados, nos crimes comuns e de responsabilidade, perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ);

c) Membros do Ministério Público da União que atuam perante juízos de primeira instância: são julgados, nos crimes comuns e de responsabilidade, perante o respectivo Tribunal Regional Federal (TRF), ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;

II) Competência para julgar os membros do Ministério Público dos Estados:

a) Membros do Ministério Público Estadual que atuam perante o Tribunal de Justiça: serão julgados perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ);

b) Membros do Ministério Público Estadual que atuam perante a primeira instância da Justiça Estadual: serão julgados perante o respectivo Tribunal de Justiça.

III) Compete ao Senado Federal processar e julgar os Membros do Conselho Nacional do Ministério Público nos crimes de responsabilidade (CF, art. 52, II).

A Emenda Constitucional nº 45/2004 criou o Conselho Nacional do Ministério Público, composto de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de

aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (CF, art. 130-A).

Ao Conselho Nacional do Ministério Público caberá controlar a atuação administrativa e financeira do Ministério Público, bem assim fiscalizar o cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, por meio do desempenho das atribuições que lhe foram constitucionalmente outorgadas (CF, art. 130-A, § 2º).

EXERCÍCIOS DE CONCURSOS:

1) Ao Ministério Público cabe exercer todas as funções que lhe forem conferidas pela Constituição Federal, competindo-lhes a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas, além de outras atribuições estabelecidas em lei, desde que compatíveis com a sua finalidade.

2) A organização e a manutenção, no DF, pela União, da Defensoria pública e do Ministério Público violam a autonomia desse ente federativo.

3) Somente os ministérios públicos dos estados e o do DF e territórios formarão lista tríplice entre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu procurador-geral, que será nomeado pelo chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.

4) A Constituição estadual pode, legitimamente, subordinar a nomeação do Procurador-Geral da Justiça do Estado à prévia aprovação do seu nome pela Assembléia Legislativa.

5) A nomeação dos procuradores-gerais, nos Estados e no Distrito Federal, é feita pelos respectivos governadores, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.

6) É vedado ao membro do Ministério Público, em qualquer hipótese, exercer atividade político-partidária, ainda que em disponibilidade.

7) A Constituição do Estado-membro pode estabelecer que o Ministério Público estadual formará lista tríplice entre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo

Governador do Estado após aprovação pela maioria absoluta dos membros da Assembléia Legislativa, para mandato de dois anos, permitidas sucessivas reconduções.

8) É de iniciativa exclusiva do chefe do Poder Executivo estadual a lei que disponha sobre organização do Ministério Público do Estado.

GABARITOS OFICIAIS

1) ERRADO; a Constituição Federal veda ao Ministério Público as funções de representação judicial e consultoria jurídica de entidades públicas (CF, art. 129, IX).

2) ERRADO; por determinação da própria Constituição Federal, cabe à União organizar e manter a Defensoria pública e o Ministério Público do Distrito Federal (CF, art. 21, XIII).

3) CERTO; como vimos, o Procurador-Geral de Justiça dos Estados e do Distrito Federal são escolhidos pelo Chefe do Executivo, após elaboração de lista tríplice, dentre integrantes da carreira, pelo próprio Ministério Público, sem nenhuma participação do Poder Legislativo, por determinação do art. 128, § 3º, da CF/88.

4) ERRADO; por determinação do art. 128, § 3º, da Constituição Federal, no processo de escolha/nomeação do Procurador-Geral de Justiça dos Estados e do Distrito Federal não há nenhuma participação do Poder Legislativo, tampouco a Constituição do Estado poderá prever essa participação legislativa.

5) ERRADO; a nomeação dos Procuradores-Gerais de Justiça nos Estados-membros, de fato, é feita pelos respectivos Governadores; porém, no Distrito Federal, a nomeação do Procurador-Geral de Justiça é competência do Presidente da República, pois este ramo do Ministério Público integra o Ministério Público da União, e é organizado e mantido pela União (CF, art. 21, XIII).

6) CERTO; a Emenda Constitucional nº 45/2004 passou a vedar, em qualquer hipótese, o exercício de atividade político-

partidária por membro do Ministério Público (até então era possível, desde que houvesse a devida desincompatibilização no prazo previsto em lei).

7) ERRADO; segundo o Supremo Tribunal Federal, a Constituição do Estado não pode subordinar a nomeação do Procurador-Geral de Justiça à prévia manifestação do Poder Legislativo, por ofensa ao art. 128, § 3º, da CF/88.

8) ERRADO; a iniciativa da lei complementar de organização do Ministério Público é concorrente entre o Chefe do Executivo e o respectivo Procurador-Geral; assim, no caso do Ministério Público da União, a iniciativa é concorrente entre o Presidente da República e o Procurador-Geral da República; no caso do Ministério Público do Estado, a iniciativa é concorrente entre o Governador e o Procurador-Geral de Justiça.

Um forte abraço – e até breve.

Vicente Paulo

AULA 15: Controle de Constitucionalidade

Começaremos a estudar hoje o assunto considerado por muitos o mais espinhoso do Direito Constitucional: controle de constitucionalidade das leis.

De fato, estudar controle de constitucionalidade das leis exige muita atenção do candidato não-graduado em Direito, pois esse tópico possui diversos conceitos próprios, que fogem completamente do cotidiano daqueles que não lidam com o Direito. Por exemplo: estudaremos por aqui institutos como *amicus curiae*, inconstitucionalidade *pro futuro*, eficácia *erga omnes*, efeito vinculante, efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade – entre tantos outros.

Mas, não há razões para desespero, especialmente porque não temos outra saída, haja vista que este tópico é um dos mais cobrados em concursos públicos, e, diga-se de passagem, tem que ser mesmo, dada a sua relevância - afinal, estudaremos como uma lei elaborada pelos integrantes do Legislativo, representantes do povo, poderá ser declarada inválida, por desrespeito à Constituição; ou como uma emenda constitucional, aprovada em dois turnos de votação nas duas Casas Legislativas do Congresso Nacional, por deliberação mínima de três quintos dos membros (na Câmara, serão, no mínimo, 308 Deputados), pode ser declarada inconstitucional por um magistrado de primeiro grau, isoladamente, de acordo, unicamente, com a sua convicção sobre a matéria.

Em face dessas duas realidades – complexidade do tópico controle de constitucionalidade e sua reiterada cobrança em concursos públicos -, minha orientação é a seguinte: tente imaginar, na prática, as situações aqui tratadas, no dia-a-dia do nosso País; não fique estudando esses conceitos como algo distante, que só servirá para resolver a prova do próximo concurso público; a verdade pode até ser esta – e não há nada demais nisso! -, mas certamente imaginar, na prática, a ocorrência das situações aqui apresentadas o ajudará nessa tarefa, de resolver as questões do seu concurso.

Em verdade, embora complexos, esses institutos nos atingem no dia-a-dia, nossas vidas são constantemente influenciadas por decisões proferidas pelo Poder Judiciário no controle de constitucionalidade, senão vejamos: a declaração da inconstitucionalidade de uma lei pelo STF numa ADIN beneficia a todos os brasileiros até então por ela atingidos; amanhã ou depois você poderá ser obrigado a impetrar um mandado de segurança, requerendo a declaração da invalidade de uma regra constante do edital do seu concurso – e assim por diante.

Portanto, cabeça erguida, e vamos quebrar de vez os mitos no tocante às dificuldades de estudo desse importante – e apaixonante! – tópico do Direito Constitucional.

Antes de adentrarmos, propriamente, no estudo do controle de constitucionalidade das leis no Brasil (concreto e abstrato), vamos firmar algumas premissas básicas, que certamente mais adiante auxiliarão no entendimento desse assunto.

1) RIGIDEZ E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Vimos em aula pretérita que a rigidez constitucional significa a exigência de um procedimento legislativo especial, mais difícil do que aquele de elaboração das demais leis do ordenamento, para a modificação do texto da Constituição. No Brasil, enquanto uma lei ordinária é aprovada em um só turno de votação e por maioria simples ou relativa (CF, art. 47 c/c art. 65), a aprovação de uma emenda à Constituição requer votação em dois turnos em cada uma das Casas do Congresso Nacional, com deliberação mínima de 3/5 (três quintos) de seus membros.

Vimos, também, que essa exigência de um procedimento especial para a elaboração das normas constitucionais termina por situar a Constituição num patamar de superioridade em relação a todas as demais normas do ordenamento, fazendo surgir, daí, o **princípio da supremacia formal da Constituição**, isto é, a Constituição, por força dessa formalidade (processo especial de elaboração de suas normas), passa a ocupar o ápice do ordenamento

jurídico, passando a funcionar como fundamento de validade para todas as demais normas do ordenamento jurídico. Nenhuma outra norma do ordenamento jurídico poderá desrespeitar o texto e princípios da Constituição, sob pena de absoluta invalidade.

É nesse contexto que surge a necessidade do controle de constitucionalidade: se normas jurídicas que desrespeitam a Constituição não podem permanecer no ordenamento jurídico, mas se sabemos que o legislador poderá, eventualmente, elaborar normas em desconformidade com a Constituição, faz-se necessário que tenhamos um mecanismo para retirar essas normas inconstitucionais do ordenamento jurídico; esse mecanismo é, exatamente, o controle de constitucionalidade das leis.

Em verdade, essa expressão “controle de constitucionalidade das leis” surgiu com o nascimento das Constituições do tipo rígida, vale dizer, **rigidez é pressuposto para se falar em controle de constitucionalidade das leis** – ou, em outros termos, **controle de constitucionalidade é decorrência da rigidez constitucional**.

Isso porque, se estamos num regime de Constituição flexível, em que as normas constitucionais e as normas ordinárias são elaboradas pelo mesmo legislador, segundo o mesmo processo legislativo, não se pode falar em fiscalização de uma norma frente à outra. Não faz sentido se falar em avaliar a validade de uma norma frente à outra, haja vista que as duas – norma constitucional e norma ordinária – foram elaboradas pelo mesmo legislador, segundo o mesmo processo legislativo.

Logo, num sistema de Constituição flexível não se pode falar, propriamente, na existência de controle de constitucionalidade das leis, do confronto de validade entre uma lei e outra. O que se fiscaliza num regime de Constituição flexível é a prática, em concreto, de determinado ato pelas autoridades públicas, para se avaliar se essas autoridades dispõem, ou não, de competência para tal

prática. Assim, num regime de Constituição flexível, o controle que se faz é da prática de determinado ato frente ao ordenamento jurídico, levando em conta as competências que são outorgadas às autoridades públicas.

2) LEIS E ATOS NORMATIVOS

Embora a denominação do tópico ora estudado seja “controle de constitucionalidade das **leis**”, não se pode dizer que toda a fiscalização da constitucionalidade recaia, somente, sobre **lei** formal, elaborada pelo Legislativo e sancionada pelo Chefe do Executivo.

No Brasil, por exemplo, o controle de constitucionalidade contempla a fiscalização da validade de leis e de atos normativos em geral, tais como: decretos do Chefe do Executivo, Portarias Ministeriais, Regimentos dos Tribunais, Tratados Internacionais etc.

3) PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

Num Estado republicano e democrático como o nosso, pode-se dizer que as leis são elaboradas, indiretamente, pelos seus próprios destinatários, isto é, pelo próprio povo. Isso porque as leis são elaboradas pelos nossos representantes (membros do Legislativo e do Executivo), democrática e diretamente eleitos para esse fim.

Desse modo, milita em favor das leis o **princípio da presunção de constitucionalidade**, isto é, as leis presumem-se constitucionais, até que venha a ser formalmente declarada a sua inconstitucionalidade. Assim, a declaração da inconstitucionalidade das leis deve ser vista como medida excepcional, de quebra dessa presunção relativa de constitucionalidade.

4) TIPOS DE INCONSTITUCIONALIDADE

O termo “inconstitucionalidade” deve ser visto como um desrespeito à Constituição. Quando dizemos que determinada lei é inconstitucional, estamos afirmando que ela desrespeita a Constituição; quando dizemos que determinada autoridade pública agiu de maneira inconstitucional, estamos afirmando

que essa autoridade agiu de maneira contrária ao que determina a Constituição – e assim por diante.

A Constituição poderá ser desrespeitada de duas maneiras distintas: pela prática de um ato positivo, ou por uma inércia. Nascem, assim, os dois tipos de inconstitucionalidade: (i) a inconstitucionalidade por ação (positiva); (ii) a inconstitucionalidade por omissão (negativa).

Temos a inconstitucionalidade por ação (positiva) quando é praticado um ato comissivo, positivo, que contraria a Constituição (a elaboração de uma lei contrária à Constituição; a execução de determinada medida em desrespeito à Constituição etc.).

Por sua vez, a inconstitucionalidade por ação poderá se dar sob o ponto de vista material, ou sob o ponto de vista formal.

Ocorre a inconstitucionalidade material quando há um conflito de conteúdo em relação à Constituição. Por exemplo: uma lei que estabelecesse a pena de morte no Brasil em tempo de paz padeceria de flagrante inconstitucionalidade material, pois o seu conteúdo contrariaria a Constituição Federal, que veda a pena de morte no Brasil, salvo em caso de guerra declarada (CF, art. 5º, XLVII).

Ocorre a inconstitucionalidade formal quando uma formalidade exigida pela Constituição é desrespeitada. Por exemplo: uma lei ordinária resultante de projeto de lei apresentado por um Deputado versando sobre o Estatuto da Magistratura Nacional desrespeitaria flagrantemente a Constituição Federal, pois o texto constitucional dispõe que o Estatuto da Magistratura Nacional será estabelecido em lei complementar, de iniciativa privativa do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 93). Haveria, nessa situação, dois defeitos de forma: lei ordinária versando sobre matéria reservada à lei complementar; apresentação do projeto de lei por Deputado, em desrespeito à iniciativa privativa do Supremo Tribunal Federal.

No Brasil, até a promulgação da Constituição Federal de 1988 não tínhamos a figura da inconstitucionalidade por omissão. O

atual texto constitucional passou a prever a inconstitucionalidade por omissão, estabelecendo duas ações específicas para a repressão da inércia quanto ao dever de legislar: o mandado de injunção (já estudado neste curso em aula pretérita) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (que será estudada adiante, ao tratarmos do controle em abstrato).

Portanto, hoje, no Brasil, a Constituição poderá ser desrespeitada não só por uma conduta positiva, comissiva (inconstitucionalidade positiva), mas, também, por uma inércia, por uma omissão do legislador infraconstitucional (inconstitucionalidade negativa).

5) MOMENTO DO CONTROLE

Cada país, de acordo com suas tradições, pode optar por um momento distinto para realizar a fiscalização da validade das normas do seu ordenamento jurídico. Alguns países optam por fiscalizar os projetos de lei, com o fim de impedir que seja produzida uma lei contrária à Constituição; outros países optam por não fiscalizar os projetos de lei, preferindo fiscalizar a validade da lei já pronta, acabada, inserida no ordenamento jurídico – primeiro se elabora a lei, a insere no ordenamento jurídico, e depois é que se fiscaliza a sua compatibilidade com a Constituição.

Nascem, assim, os dois modelos de controle de constitucionalidade: (i) o controle preventivo (a *priori*); (ii) o controle repressivo (a *posteriori*).

No controle preventivo, fiscaliza-se a validade do projeto de norma, com o fim de evitar-se que seja produzida, inserida no ordenamento jurídico uma norma incompatível com a Constituição.

No controle repressivo, fiscaliza-se a validade de uma norma já pronta, acabada, inserida no ordenamento jurídico. Primeiro se elabora a norma, a insere no ordenamento jurídico, e só depois é fiscalizada a sua validade.

No Brasil, o Poder Judiciário atua, predominantemente, de forma repressiva, isto é, só fiscaliza a validade das leis quando provocado, e depois destas estarem prontas, acabadas e inseridas no ordenamento jurídico. Entretanto, vimos que, excepcionalmente, o controle judicial poderá incidir preventivamente, antes da norma estar pronta, como no caso da fiscalização da tramitação de Proposta de Emenda à Constituição Federal – PEC que desrespeita cláusula pétrea (vimos, em aula pretérita, que, nessa situação, um congressista poderá recorrer ao Supremo Tribunal Federal por meio de mandado de segurança, para tentar sustar a deliberação sobre a PEC).

Ademais, temos também controle de constitucionalidade preventivo realizado pelos demais Poderes da República. Assim, o Chefe do Executivo, ao vetar um projeto de lei por entendê-lo inconstitucional, está realizando controle de constitucionalidade preventivo, pois incidente sobre projeto de lei. Da mesma forma, a Comissão de Constituição e Justiça do Legislativo, ao apreciar as proposições legislativas a ela submetidas, emitindo juízo sobre a sua compatibilidade com a Constituição, está realizando controle de constitucionalidade preventivo.

6) SISTEMAS DE CONTROLE

Cada país, de acordo com suas tradições, outorga competência a órgão distinto para realizar o controle de constitucionalidade das leis. Alguns outorgam essa competência ao Poder Judiciário, outros preferem criar um órgão especial, alheio à estrutura do Poder Judiciário, para realizar essa fiscalização da validade das leis.

A depender dessa opção, temos os seguintes sistemas de controle de constitucionalidade: (i) controle jurisdicional; (ii) controle político; (iii) controle misto.

Temos o controle jurisdicional (ou judicial) quando a competência para realizar o controle de constitucionalidade é outorgada ao Poder Judiciário.

Temos o controle político quando a competência para realizar o controle de constitucionalidade é outorgada a um órgão que não integra o Poder Judiciário. Na França, por exemplo, o controle de constitucionalidade é realizado pelo Conselho Constitucional Francês, Corte Constitucional alheia à estrutura do Poder Judiciário, criada especialmente para o desempenho dessa tarefa de fiscalizar a validade das leis frente à Constituição.

Temos o controle misto quando o país adota os dois sistemas anteriores – judicial e político – para a fiscalização da validade de suas leis. Na Suíça, por exemplo, a validade das leis nacionais é fiscalizada por um órgão de natureza política, alheio à estrutura do Poder Judiciário (controle político), enquanto as leis locais são fiscalizadas pelo Poder Judiciário (controle judicial).

No Brasil, nosso controle é predominantemente judicial, mas temos, também, controle de natureza política, realizado pelos demais Poderes da República (veto do Chefe do Executivo a projeto de lei; apreciação de projeto de lei pela Comissão de Constituição e Justiça no âmbito do Legislativo).

7) CONTROLE CONCENTRADO E CONTROLE DIFUSO

Na outorga de competência para o Poder Judiciário fiscalizar a validade das leis, pode-se determinar que esse Poder atuará de maneira concentrada ou de maneira difusa.

O Poder Judiciário atuará no modelo concentrado quando somente o órgão de cúpula do Poder Judiciário puder realizar o controle de constitucionalidade das leis, isto é, quando somente o órgão de cúpula do Poder Judiciário puder declarar a inconstitucionalidade das leis.

O Poder Judiciário atuará no modelo difuso quando todos os órgãos do Poder Judiciário, Juízes e Tribunais, puderem realizar o controle de constitucionalidade das leis, isto é, quando qualquer Juiz ou Tribunal do país puder declarar a inconstitucionalidade das leis.

Nesse ponto, um aspecto importante.

Numa primeira vista, pode-se ficar com a idéia de que um determinado país terá que adotar, necessariamente, um único modelo de atuação para o Poder Judiciário (concentrado ou difuso). Isso porque, no modelo concentrado, somente o órgão de cúpula do Poder Judiciário poderá declarar a inconstitucionalidade das leis, enquanto no modelo difuso qualquer Juiz ou Tribunal do País poderá declarar essa inconstitucionalidade. Ora, num modelo só um órgão do Poder Judiciário pode declarar a inconstitucionalidade; no outro, todos os órgãos do Poder Judiciário podem declarar a inconstitucionalidade. Como poderia, então, um mesmo país adotar os dois modelos? Seria possível essa dualidade de atuação, no mesmo Poder Judiciário, em um mesmo País?

A resposta é positiva. É possível que, num mesmo país, ora o Poder Judiciário atue de maneira concentrada, ora atue de maneira difusa. Isso é possível, especialmente, pela criação de diferentes ações judiciais, algumas para o controle concentrado, outras para o controle difuso.

No Brasil, por exemplo, o Poder Judiciário ora atua no modelo concentrado, ora atua de maneira difusa. Pense assim: em certas ações judiciais, só o Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal (controle concentrado); já em outras ações judiciais, qualquer Juiz ou Tribunal do País poderá declarar a inconstitucionalidade dessa mesma lei federal (controle difuso); em ação direta de inconstitucionalidade - ADIN só o Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal; já em sede de mandado de segurança qualquer Juiz ou Tribunal do País poderá declarar a inconstitucionalidade dessa mesma lei federal.

Portanto, no Brasil, convivem, lado a lado, o controle concentrado e o controle difuso de constitucionalidade das leis: naquele, só órgão de cúpula do Poder Judiciário poderá declarar a inconstitucionalidade das leis; neste, qualquer Juiz ou Tribunal do País poderá declarar a inconstitucionalidade das leis.

8) VIA ABSTRATA E VIA CONCRETA

Existem duas vias pelas quais se pode impugnar a validade de uma norma: a via concreta e a via abstrata.

Pense assim: quando publicada uma lei no ordenamento jurídico, poderá ela ser impugnada em concreto, ou em abstrato, isto é, poderá ser requerida a declaração de sua inconstitucionalidade em concreto, ou em abstrato.

Temos a impugnação de uma lei em concreto quando esta lei está, concretamente, afetando direito. Determinada lei está prejudicando direito meu, e, em razão desse fato, requeiro a declaração de sua inconstitucionalidade perante o Poder Judiciário. Enfim: na via concreta, a impugnação da validade de uma lei pressupõe a comprovação de ofensa a direito daquele que a impugna (eu só poderei requerer a declaração da inconstitucionalidade de uma lei se comprovar perante o Poder Judiciário que esta lei está prejudicando direito meu).

Temos a impugnação de uma lei em abstrato quando a sua inconstitucionalidade é requerida “em tese”, sem vinculação a ofensa a direito, sem vinculação a um caso concreto. Na via abstrata, a declaração da inconstitucionalidade visa a preservar o ordenamento jurídico, a supremacia da Constituição – e não a defender direito concreto, específico, do autor da ação. Determinada lei é publicada e, independentemente de ofensa concreta a direito, poderá ser requerida a sua inconstitucionalidade.

No Brasil, por exemplo, a inconstitucionalidade de uma lei poderá ser requerida nas duas vias: em abstrato, ou em concreto.

Temos a impugnação de uma lei em abstrato quando um dos legitimados pela Constituição requer a declaração da inconstitucionalidade de uma lei “em tese”, sem vinculação a ofensa a direito. Alguns órgãos e entidades receberam da Constituição a tarefa de requerer a inconstitucionalidade de uma lei simplesmente por entenderem que essa lei desrespeita a Constituição, sem necessidade de comprovação

de ofensa concreta a direito. Assim, o Procurador-Geral da República poderá ajuizar uma ação direta de inconstitucionalidade – ADIN requerendo a declaração da inconstitucionalidade de uma lei, simplesmente por entender que essa lei desrespeita a Constituição e, portanto, não pode permanecer no ordenamento jurídico.

Temos a impugnação de uma lei em concreto quando qualquer pessoa requer a declaração da inconstitucionalidade de uma lei em razão de esta lei estar, efetivamente, prejudicando direito que lhe pertence. Assim, qualquer pessoa prejudicada pode, diante de um caso concreto, requerer a inconstitucionalidade de uma lei que esteja prejudicando a direito líquido e certo seu (na via do mandado de segurança, por exemplo).

Bem, por hoje ficaremos por aqui, com essas considerações gerais sobre o controle de constitucionalidade no Brasil. A partir da próxima aula estudaremos, detalhadamente, as duas vias de controle (concreta e abstrata), abordando todos os pontos que poderão ser cobrados em prova de concurso. Iniciaremos o estudo pelo controle concreto e, depois, passaremos para as ações do controle em abstrato – ação direta de inconstitucionalidade - ADIN, ação declaratória de constitucionalidade – ADECON e arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF.

No tocante aos exercícios, devido à interconexão existente entre esses diferentes tópicos, que ainda serão estudados adiante, deixarei para apresentar, ao final, uma lista completa, contemplando todos os tópicos estudados.

Um forte abraço,

Vicente Paulo

AULA 16: Controle de Constitucionalidade

Começaremos a estudar hoje o assunto considerado por muitos o mais espinhoso do Direito Constitucional: controle de constitucionalidade das leis.

De fato, estudar controle de constitucionalidade das leis exige muita atenção do candidato não-graduado em Direito, pois esse tópico possui diversos conceitos próprios, que fogem completamente do cotidiano daqueles que não lidam com o Direito. Por exemplo: estudaremos por aqui institutos como *amicus curiae*, inconstitucionalidade *pro futuro*, eficácia *erga omnes*, efeito vinculante, efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade – entre tantos outros.

Mas, não há razões para desespero, especialmente porque não temos outra saída, haja vista que este tópico é um dos mais cobrados em concursos públicos, e, diga-se de passagem, tem que ser mesmo, dada a sua relevância - afinal, estudaremos como uma lei elaborada pelos integrantes do Legislativo, representantes do povo, poderá ser declarada inválida, por desrespeito à Constituição; ou como uma emenda constitucional, aprovada em dois turnos de votação nas duas Casas Legislativas do Congresso Nacional, por deliberação mínima de três quintos dos membros (na Câmara, serão, no mínimo, 308 Deputados), pode ser declarada inconstitucional por um magistrado de primeiro grau, isoladamente, de acordo, unicamente, com a sua convicção sobre a matéria.

Em face dessas duas realidades – complexidade do tópico controle de constitucionalidade e sua reiterada cobrança em concursos públicos -, minha orientação é a seguinte: tente imaginar, na prática, as situações aqui tratadas, no dia-a-dia do nosso País; não fique estudando esses conceitos como algo distante, que só servirá para resolver a prova do próximo concurso público; a verdade pode até ser esta – e não há nada demais nisso! -, mas certamente imaginar, na prática, a ocorrência das situações aqui apresentadas o ajudará nessa tarefa, de resolver as questões do seu concurso.

Em verdade, embora complexos, esses institutos nos atingem no dia-a-dia, nossas vidas são constantemente influenciadas por decisões proferidas pelo Poder Judiciário no controle de constitucionalidade, senão vejamos: a declaração da inconstitucionalidade de uma lei pelo STF numa ADIN beneficia a todos os brasileiros até então por ela atingidos; amanhã ou depois você poderá ser obrigado a impetrar um mandado de segurança, requerendo a declaração da invalidade de uma regra constante do edital do seu concurso – e assim por diante.

Portanto, cabeça erguida, e vamos quebrar de vez os mitos no tocante às dificuldades de estudo desse importante – e apaixonante! – tópico do Direito Constitucional.

Antes de adentrarmos, propriamente, no estudo do controle de constitucionalidade das leis no Brasil (concreto e abstrato), vamos firmar algumas premissas básicas, que certamente mais adiante auxiliarão no entendimento desse assunto.

1) RIGIDEZ E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Vimos em aula pretérita que a rigidez constitucional significa a exigência de um procedimento legislativo especial, mais difícil do que aquele de elaboração das demais leis do ordenamento, para a modificação do texto da Constituição. No Brasil, enquanto uma lei ordinária é aprovada em um só turno de votação e por maioria simples ou relativa (CF, art. 47 c/c art. 65), a aprovação de uma emenda à Constituição requer votação em dois turnos em cada uma das Casas do Congresso Nacional, com deliberação mínima de 3/5 (três quintos) de seus membros.

Vimos, também, que essa exigência de um procedimento especial para a elaboração das normas constitucionais termina por situar a Constituição num patamar de superioridade em relação a todas as demais normas do ordenamento, fazendo surgir, daí, o **princípio da supremacia formal da Constituição**, isto é, a Constituição, por força dessa formalidade (processo especial de elaboração de suas normas), passa a ocupar o ápice do ordenamento

jurídico, passando a funcionar como fundamento de validade para todas as demais normas do ordenamento jurídico. Nenhuma outra norma do ordenamento jurídico poderá desrespeitar o texto e princípios da Constituição, sob pena de absoluta invalidade.

É nesse contexto que surge a necessidade do controle de constitucionalidade: se normas jurídicas que desrespeitam a Constituição não podem permanecer no ordenamento jurídico, mas se sabemos que o legislador poderá, eventualmente, elaborar normas em desconformidade com a Constituição, faz-se necessário que tenhamos um mecanismo para retirar essas normas inconstitucionais do ordenamento jurídico; esse mecanismo é, exatamente, o controle de constitucionalidade das leis.

Em verdade, essa expressão “controle de constitucionalidade das leis” surgiu com o nascimento das Constituições do tipo rígida, vale dizer, **rigidez é pressuposto para se falar em controle de constitucionalidade das leis** – ou, em outros termos, **controle de constitucionalidade é decorrência da rigidez constitucional**.

Isso porque, se estamos num regime de Constituição flexível, em que as normas constitucionais e as normas ordinárias são elaboradas pelo mesmo legislador, segundo o mesmo processo legislativo, não se pode falar em fiscalização de uma norma frente à outra. Não faz sentido se falar em avaliar a validade de uma norma frente à outra, haja vista que as duas – norma constitucional e norma ordinária – foram elaboradas pelo mesmo legislador, segundo o mesmo processo legislativo.

Logo, num sistema de Constituição flexível não se pode falar, propriamente, na existência de controle de constitucionalidade das leis, do confronto de validade entre uma lei e outra. O que se fiscaliza num regime de Constituição flexível é a prática, em concreto, de determinado ato pelas autoridades públicas, para se avaliar se essas autoridades dispõem, ou não, de competência para tal

prática. Assim, num regime de Constituição flexível, o controle que se faz é da prática de determinado ato frente ao ordenamento jurídico, levando em conta as competências que são outorgadas às autoridades públicas.

2) LEIS E ATOS NORMATIVOS

Embora a denominação do tópico ora estudado seja “controle de constitucionalidade das **leis**”, não se pode dizer que toda a fiscalização da constitucionalidade recaia, somente, sobre **lei** formal, elaborada pelo Legislativo e sancionada pelo Chefe do Executivo.

No Brasil, por exemplo, o controle de constitucionalidade contempla a fiscalização da validade de leis e de atos normativos em geral, tais como: decretos do Chefe do Executivo, Portarias Ministeriais, Regimentos dos Tribunais, Tratados Internacionais etc.

3) PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

Num Estado republicano e democrático como o nosso, pode-se dizer que as leis são elaboradas, indiretamente, pelos seus próprios destinatários, isto é, pelo próprio povo. Isso porque as leis são elaboradas pelos nossos representantes (membros do Legislativo e do Executivo), democrática e diretamente eleitos para esse fim.

Desse modo, milita em favor das leis o **princípio da presunção de constitucionalidade**, isto é, as leis presumem-se constitucionais, até que venha a ser formalmente declarada a sua inconstitucionalidade. Assim, a declaração da inconstitucionalidade das leis deve ser vista como medida excepcional, de quebra dessa presunção relativa de constitucionalidade.

4) TIPOS DE INCONSTITUCIONALIDADE

O termo “inconstitucionalidade” deve ser visto como um desrespeito à Constituição. Quando dizemos que determinada lei é inconstitucional, estamos afirmando que ela desrespeita a Constituição; quando dizemos que determinada autoridade pública agiu de maneira inconstitucional, estamos afirmando

que essa autoridade agiu de maneira contrária ao que determina a Constituição – e assim por diante.

A Constituição poderá ser desrespeitada de duas maneiras distintas: pela prática de um ato positivo, ou por uma inércia. Nascem, assim, os dois tipos de inconstitucionalidade: (i) a inconstitucionalidade por ação (positiva); (ii) a inconstitucionalidade por omissão (negativa).

Temos a inconstitucionalidade por ação (positiva) quando é praticado um ato comissivo, positivo, que contraria a Constituição (a elaboração de uma lei contrária à Constituição; a execução de determinada medida em desrespeito à Constituição etc.).

Por sua vez, a inconstitucionalidade por ação poderá se dar sob o ponto de vista material, ou sob o ponto de vista formal.

Ocorre a inconstitucionalidade material quando há um conflito de conteúdo em relação à Constituição. Por exemplo: uma lei que estabelecesse a pena de morte no Brasil em tempo de paz padeceria de flagrante inconstitucionalidade material, pois o seu conteúdo contrariaria a Constituição Federal, que veda a pena de morte no Brasil, salvo em caso de guerra declarada (CF, art. 5º, XLVII).

Ocorre a inconstitucionalidade formal quando uma formalidade exigida pela Constituição é desrespeitada. Por exemplo: uma lei ordinária resultante de projeto de lei apresentado por um Deputado versando sobre o Estatuto da Magistratura Nacional desrespeitaria flagrantemente a Constituição Federal, pois o texto constitucional dispõe que o Estatuto da Magistratura Nacional será estabelecido em lei complementar, de iniciativa privativa do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 93). Haveria, nessa situação, dois defeitos de forma: lei ordinária versando sobre matéria reservada à lei complementar; apresentação do projeto de lei por Deputado, em desrespeito à iniciativa privativa do Supremo Tribunal Federal.

No Brasil, até a promulgação da Constituição Federal de 1988 não tínhamos a figura da inconstitucionalidade por omissão. O

atual texto constitucional passou a prever a inconstitucionalidade por omissão, estabelecendo duas ações específicas para a repressão da inércia quanto ao dever de legislar: o mandado de injunção (já estudado neste curso em aula pretérita) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (que será estudada adiante, ao tratarmos do controle em abstrato).

Portanto, hoje, no Brasil, a Constituição poderá ser desrespeitada não só por uma conduta positiva, comissiva (inconstitucionalidade positiva), mas, também, por uma inércia, por uma omissão do legislador infraconstitucional (inconstitucionalidade negativa).

5) MOMENTO DO CONTROLE

Cada país, de acordo com suas tradições, pode optar por um momento distinto para realizar a fiscalização da validade das normas do seu ordenamento jurídico. Alguns países optam por fiscalizar os projetos de lei, com o fim de impedir que seja produzida uma lei contrária à Constituição; outros países optam por não fiscalizar os projetos de lei, preferindo fiscalizar a validade da lei já pronta, acabada, inserida no ordenamento jurídico – primeiro se elabora a lei, a insere no ordenamento jurídico, e depois é que se fiscaliza a sua compatibilidade com a Constituição.

Nascem, assim, os dois modelos de controle de constitucionalidade: (i) o controle preventivo (a *priori*); (ii) o controle repressivo (a *posteriori*).

No controle preventivo, fiscaliza-se a validade do projeto de norma, com o fim de evitar-se que seja produzida, inserida no ordenamento jurídico uma norma incompatível com a Constituição.

No controle repressivo, fiscaliza-se a validade de uma norma já pronta, acabada, inserida no ordenamento jurídico. Primeiro se elabora a norma, a insere no ordenamento jurídico, e só depois é fiscalizada a sua validade.

No Brasil, o Poder Judiciário atua, predominantemente, de forma repressiva, isto é, só fiscaliza a validade das leis quando provocado, e depois destas estarem prontas, acabadas e inseridas no ordenamento jurídico. Entretanto, vimos que, excepcionalmente, o controle judicial poderá incidir preventivamente, antes da norma estar pronta, como no caso da fiscalização da tramitação de Proposta de Emenda à Constituição Federal – PEC que desrespeita cláusula pétrea (vimos, em aula pretérita, que, nessa situação, um congressista poderá recorrer ao Supremo Tribunal Federal por meio de mandado de segurança, para tentar sustar a deliberação sobre a PEC).

Ademais, temos também controle de constitucionalidade preventivo realizado pelos demais Poderes da República. Assim, o Chefe do Executivo, ao vetar um projeto de lei por entendê-lo inconstitucional, está realizando controle de constitucionalidade preventivo, pois incidente sobre projeto de lei. Da mesma forma, a Comissão de Constituição e Justiça do Legislativo, ao apreciar as proposições legislativas a ela submetidas, emitindo juízo sobre a sua compatibilidade com a Constituição, está realizando controle de constitucionalidade preventivo.

6) SISTEMAS DE CONTROLE

Cada país, de acordo com suas tradições, outorga competência a órgão distinto para realizar o controle de constitucionalidade das leis. Alguns outorgam essa competência ao Poder Judiciário, outros preferem criar um órgão especial, alheio à estrutura do Poder Judiciário, para realizar essa fiscalização da validade das leis.

A depender dessa opção, temos os seguintes sistemas de controle de constitucionalidade: (i) controle jurisdicional; (ii) controle político; (iii) controle misto.

Temos o controle jurisdicional (ou judicial) quando a competência para realizar o controle de constitucionalidade é outorgada ao Poder Judiciário.

Temos o controle político quando a competência para realizar o controle de constitucionalidade é outorgada a um órgão que não integra o Poder Judiciário. Na França, por exemplo, o controle de constitucionalidade é realizado pelo Conselho Constitucional Francês, Corte Constitucional alheia à estrutura do Poder Judiciário, criada especialmente para o desempenho dessa tarefa de fiscalizar a validade das leis frente à Constituição.

Temos o controle misto quando o país adota os dois sistemas anteriores – judicial e político – para a fiscalização da validade de suas leis. Na Suíça, por exemplo, a validade das leis nacionais é fiscalizada por um órgão de natureza política, alheio à estrutura do Poder Judiciário (controle político), enquanto as leis locais são fiscalizadas pelo Poder Judiciário (controle judicial).

No Brasil, nosso controle é predominantemente judicial, mas temos, também, controle de natureza política, realizado pelos demais Poderes da República (veto do Chefe do Executivo a projeto de lei; apreciação de projeto de lei pela Comissão de Constituição e Justiça no âmbito do Legislativo).

7) CONTROLE CONCENTRADO E CONTROLE DIFUSO

Na outorga de competência para o Poder Judiciário fiscalizar a validade das leis, pode-se determinar que esse Poder atuará de maneira concentrada ou de maneira difusa.

O Poder Judiciário atuará no modelo concentrado quando somente o órgão de cúpula do Poder Judiciário puder realizar o controle de constitucionalidade das leis, isto é, quando somente o órgão de cúpula do Poder Judiciário puder declarar a inconstitucionalidade das leis.

O Poder Judiciário atuará no modelo difuso quando todos os órgãos do Poder Judiciário, Juízes e Tribunais, puderem realizar o controle de constitucionalidade das leis, isto é, quando qualquer Juiz ou Tribunal do país puder declarar a inconstitucionalidade das leis.

Nesse ponto, um aspecto importante.

Numa primeira vista, pode-se ficar com a idéia de que um determinado país terá que adotar, necessariamente, um único modelo de atuação para o Poder Judiciário (concentrado ou difuso). Isso porque, no modelo concentrado, somente o órgão de cúpula do Poder Judiciário poderá declarar a inconstitucionalidade das leis, enquanto no modelo difuso qualquer Juiz ou Tribunal do País poderá declarar essa inconstitucionalidade. Ora, num modelo só um órgão do Poder Judiciário pode declarar a inconstitucionalidade; no outro, todos os órgãos do Poder Judiciário podem declarar a inconstitucionalidade. Como poderia, então, um mesmo país adotar os dois modelos? Seria possível essa dualidade de atuação, no mesmo Poder Judiciário, em um mesmo País?

A resposta é positiva. É possível que, num mesmo país, ora o Poder Judiciário atue de maneira concentrada, ora atue de maneira difusa. Isso é possível, especialmente, pela criação de diferentes ações judiciais, algumas para o controle concentrado, outras para o controle difuso.

No Brasil, por exemplo, o Poder Judiciário ora atua no modelo concentrado, ora atua de maneira difusa. Pense assim: em certas ações judiciais, só o Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal (controle concentrado); já em outras ações judiciais, qualquer Juiz ou Tribunal do País poderá declarar a inconstitucionalidade dessa mesma lei federal (controle difuso); em ação direta de inconstitucionalidade - ADIN só o Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal; já em sede de mandado de segurança qualquer Juiz ou Tribunal do País poderá declarar a inconstitucionalidade dessa mesma lei federal.

Portanto, no Brasil, convivem, lado a lado, o controle concentrado e o controle difuso de constitucionalidade das leis: naquele, só órgão de cúpula do Poder Judiciário poderá declarar a inconstitucionalidade das leis; neste, qualquer Juiz ou Tribunal do País poderá declarar a inconstitucionalidade das leis.

8) VIA ABSTRATA E VIA CONCRETA

Existem duas vias pelas quais se pode impugnar a validade de uma norma: a via concreta e a via abstrata.

Pense assim: quando publicada uma lei no ordenamento jurídico, poderá ela ser impugnada em concreto, ou em abstrato, isto é, poderá ser requerida a declaração de sua inconstitucionalidade em concreto, ou em abstrato.

Temos a impugnação de uma lei em concreto quando esta lei está, concretamente, afetando direito. Determinada lei está prejudicando direito meu, e, em razão desse fato, requeiro a declaração de sua inconstitucionalidade perante o Poder Judiciário. Enfim: na via concreta, a impugnação da validade de uma lei pressupõe a comprovação de ofensa a direito daquele que a impugna (eu só poderei requerer a declaração da inconstitucionalidade de uma lei se comprovar perante o Poder Judiciário que esta lei está prejudicando direito meu).

Temos a impugnação de uma lei em abstrato quando a sua inconstitucionalidade é requerida “em tese”, sem vinculação a ofensa a direito, sem vinculação a um caso concreto. Na via abstrata, a declaração da inconstitucionalidade visa a preservar o ordenamento jurídico, a supremacia da Constituição – e não a defender direito concreto, específico, do autor da ação. Determinada lei é publicada e, independentemente de ofensa concreta a direito, poderá ser requerida a sua inconstitucionalidade.

No Brasil, por exemplo, a inconstitucionalidade de uma lei poderá ser requerida nas duas vias: em abstrato, ou em concreto.

Temos a impugnação de uma lei em abstrato quando um dos legitimados pela Constituição requer a declaração da inconstitucionalidade de uma lei “em tese”, sem vinculação a ofensa a direito. Alguns órgãos e entidades receberam da Constituição a tarefa de requerer a inconstitucionalidade de uma lei simplesmente por entenderem que essa lei desrespeita a Constituição, sem necessidade de comprovação

de ofensa concreta a direito. Assim, o Procurador-Geral da República poderá ajuizar uma ação direta de inconstitucionalidade – ADIN requerendo a declaração da inconstitucionalidade de uma lei, simplesmente por entender que essa lei desrespeita a Constituição e, portanto, não pode permanecer no ordenamento jurídico.

Temos a impugnação de uma lei em concreto quando qualquer pessoa requer a declaração da inconstitucionalidade de uma lei em razão de esta lei estar, efetivamente, prejudicando direito que lhe pertence. Assim, qualquer pessoa prejudicada pode, diante de um caso concreto, requerer a inconstitucionalidade de uma lei que esteja prejudicando a direito líquido e certo seu (na via do mandado de segurança, por exemplo).

Bem, por hoje ficaremos por aqui, com essas considerações gerais sobre o controle de constitucionalidade no Brasil. A partir da próxima aula estudaremos, detalhadamente, as duas vias de controle (concreta e abstrata), abordando todos os pontos que poderão ser cobrados em prova de concurso. Iniciaremos o estudo pelo controle concreto e, depois, passaremos para as ações do controle em abstrato – ação direta de inconstitucionalidade - ADIN, ação declaratória de constitucionalidade – ADECON e arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF.

No tocante aos exercícios, devido à interconexão existente entre esses diferentes tópicos, que ainda serão estudados adiante, deixarei para apresentar, ao final, uma lista completa, contemplando todos os tópicos estudados.

Um forte abraço,

Vicente Paulo

**AULA 16: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE –
PARTE 2: CONTROLE CONCRETO**

A partir da breve noção sobre controle de constitucionalidade apresentada na aula passada, iniciaremos hoje o estudo do controle de constitucionalidade das leis no Brasil, conforme positivado pela Constituição Federal de 1988.

Esse assunto é muito cobrado em concurso público porque, em verdade, o texto constitucional diz muito pouco sobre controle de constitucionalidade, praticamente só estabelece as competências do Poder Judiciário e enuncia as diferentes ações judiciais. Em face dessa realidade, o estudo do controle de constitucionalidade das leis praticamente resume-se a conhecer as orientações firmadas pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do alcance desses poucos dispositivos constitucionais referentes ao assunto. Daí a cobrança: o examinador quer saber se o candidato está atualizado com a jurisprudência da nossa Corte Maior.

Iniciaremos os nossos estudos examinando o controle concreto de constitucionalidade, que é exercido perante qualquer juiz ou tribunal do País. A partir da próxima aula passaremos ao estudo do controle em abstrato, examinando as diferentes ações que integram essa via de impugnação da validade de uma norma.

1) NOÇÃO

O controle concreto de constitucionalidade (também denominado controle incidental, por via de exceção, por via de defesa, difuso e *incidenter tantum*) é o que ocorre no dia-a-dia dos nossos juízos e tribunais do Poder Judiciário, quando, num caso concreto qualquer, é requerida a declaração da inconstitucionalidade de uma norma, com o fim de afastar a sua aplicação a esse caso concreto.

Assim, no controle concreto de constitucionalidade, temos o seguinte: qualquer pessoa interessada pode, em qualquer processo judicial submetido à apreciação de qualquer juiz ou tribunal do País, requerer a declaração da

inconstitucionalidade de uma lei que tenha incidência sobre a matéria discutida nesse processo, com o objetivo de afastar a aplicação dessa lei a esse processo.

Exemplificando: suponha que João seja o empregado e Pedro o empregador; suponha, agora, que João tenha sido dispensado por Pedro, sem justa causa, com o pagamento das verbas rescisórias; ao conferir as verbas rescisórias pagas, João conclui que Pedro não efetuou o pagamento corretamente, deixando de pagar certa verba prevista na Lei nº 10.000; procurando por João, Pedro diz que não pagará tal verba, porque entende seja indevido o seu pagamento; diante da controvérsia, João decide recorrer ao Poder Judiciário, com o objetivo de obter uma sentença judicial que lhe reconheça o direito à percepção da verba rescisória prevista na Lei nº 10.000; João procura o Poder Judiciário e ajuíza uma reclamação trabalhista perante a Juiz do Trabalho, órgão de primeira instância da Justiça do Trabalho, competente para a apreciação desse tipo de controvérsia; conhecida a ação, o magistrado citará Pedro, para defender-se, para contestar as alegações de João; então, Pedro, ao contestar, diz que não pagará a verba trabalhista pleiteada por João porque entende que a Lei nº 10.000 é inconstitucional, por contrariar o disposto no art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, que prevê, apenas, a multa do FGTS como indenização na dispensa sem justa causa.

Nessa situação, tivemos o seguinte: qualquer pessoa interessada (Pedro), num processo judicial qualquer (reclamação trabalhista), perante qualquer juiz ou tribunal do Poder Judiciário (Juiz do Trabalho), requereu a inconstitucionalidade de uma lei (Lei nº 10.000), com o fim de afastar a sua aplicação ao caso concreto (com o fim de afastar a obrigação quanto ao pagamento da verba rescisória nela prevista).

Ao alegar que a Lei nº 10.000 desrespeita a Constituição Federal, Pedro fez nascer o controle de constitucionalidade concreto, surgiu o chamado “incidente de inconstitucionalidade”, que deverá ser examinado pelo

magistrado. Anote-se que, a partir da alegação de Pedro de que a Lei nº 10.000 é inconstitucional, o magistrado não tem mais como decidir a lide sem apreciar a validade dessa lei frente à Constituição. É fácil perceber isso, senão vejamos: se João requer o pagamento da verba rescisória prevista na Lei nº 10.000, e se Pedro afirma que essa Lei é inválida, porque desrespeita a Constituição, para decidir a lide o magistrado terá que, antes, decidir se a Lei nº 10.000 é constitucional ou inconstitucional. Ao apreciar a validade da Lei nº 10.000, o magistrado estará realizando controle de constitucionalidade em concreto - isto é, estará avaliando a constitucionalidade de uma lei diante de um caso concreto submetido à sua apreciação.

Importante destacar que a situação apresentada – lide trabalhista – foi meramente exemplificativa, haja vista que o controle concreto poderá ocorrer em lides de quaisquer espécies, de ordem penal, civil, eleitoral etc.

Relevante ressaltar, também, que afirmar que no controle concreto qualquer juiz ou tribunal do País poderá declarar a inconstitucionalidade de uma lei não significa que a decisão de um magistrado de primeira instância, ou de um tribunal inferior retirará a lei do ordenamento jurídico. Significa dizer, tão-somente, que tais órgãos do Poder Judiciário poderão afastar a aplicação da lei ao caso concreto, por entendê-la inconstitucional. Essa decisão, portanto, conforme veremos adiante, só afastará a aplicação da lei ao caso concreto, isto é, a lei só será declarada inconstitucional para as pessoas que integram o processo em que for proferida tal decisão (eficácia *inter partes* - somente para as partes do processo).

Da mesma forma, ao se afirmar que um juiz de primeira instância pode, num caso concreto, declarar uma lei inconstitucional, não se está afirmando que essa sua decisão seja definitiva, irrecorrível para outros órgãos do Poder Judiciário. Assim, a parte que se sentir prejudicada por essa decisão do magistrado, que afasta a aplicação da lei ao caso concreto, poderá recorrer para as instâncias superiores, e, desde que observados certos pressupostos processuais, a

controvérsia poderá ser levada, inclusive, até a mais alta Corte do País (Supremo Tribunal Federal – STF), por meio da interposição de um recurso extraordinário – RE.

Importante essa última consideração, do parágrafo precedente: mesmo o Supremo Tribunal Federal (STF) atua no controle concreto (difuso), quando controvérsias constitucionais suscitadas em casos concretos submetidos à apreciação dos juízos inferiores chegam até a Corte Maior, por meio da interposição de recurso extraordinário – RE. O papel de destaque do STF na vigência da atual Constituição é, sem dúvida, a realização do controle em abstrato, mas a Corte continua a atuar no âmbito do controle concreto, como instância última de revisão das decisões proferidas pelos juízos inferiores em casos concretos.

2) LEGITIMAÇÃO ATIVA

A legitimação ativa no controle de constitucionalidade concreto corresponde àqueles que poderão dar início ao controle, que poderão instaurar o controle de constitucionalidade diante de um caso concreto.

A legitimação ativa no controle concreto é ampla, uma vez que qualquer das partes do processo poderá levantar a questão constitucional, bem assim o membro do Ministério Público que officie no feito ou, ainda, o próprio magistrado, de ofício.

Portanto, podem instaurar o controle de constitucionalidade concreto:

- a) as partes do processo;
- b) o membro do Ministério Público;
- c) o juiz, de ofício.

Pense assim: submetido determinado processo à apreciação do Poder Judiciário, qualquer uma das partes do processo poderá alegar perante o magistrado a inconstitucionalidade de uma lei incidente sobre a matéria discutida nesse processo; se nem uma das partes o fizer, o membro do Ministério Público respectivo, ao emitir o seu parecer, poderá requerer a

declaração da inconstitucionalidade da lei ao magistrado; se nem as partes, nem o Ministério Público requerer a inconstitucionalidade da lei, o próprio magistrado, de ofício, poderá afastar a aplicação da lei ao caso concreto, por entendê-la inconstitucional, de acordo, unicamente, com sua convicção.

3) COMPETÊNCIA

No âmbito do controle concreto, qualquer juiz ou tribunal do País dispõe de competência para declarar a inconstitucionalidade das leis. Um magistrado da Justiça Estadual, um Juiz Federal, um Juiz Eleitoral, um Juiz do Trabalho, um Juiz da Justiça Militar, bem assim qualquer tribunal do País poderá declarar a inconstitucionalidade das leis, desde que diante de um caso concreto.

Desde que no âmbito de sua respectiva competência (cada juízo ou tribunal tem a sua competência delineada na Constituição Federal), qualquer juiz ou tribunal poderá declarar a inconstitucionalidade de qualquer tipo de norma (leis federais, estaduais, municipais; emenda à Constituição Federal etc.), desde que diante de um caso concreto. Um Juiz de Direito, órgão de primeira instância da Justiça Estadual, ao entrar em exercício no cargo poderá, no seu primeiro dia de trabalho como magistrado, no primeiro processo em que julgar, declarar uma Emenda à Constituição Federal inconstitucional, por desrespeito ao art. 60 do texto constitucional – de acordo, unicamente, com sua convicção sobre a matéria.

Evidentemente que, conforme vimos, essa decisão dos juízos inferiores não retira a lei do ordenamento jurídico (eficácia somente para as partes do processo) e poderá, se houver interesse da parte prejudicada, ser objeto de recurso perante outros órgãos do Poder Judiciário, podendo a controvérsia chegar, inclusive, ao Supremo Tribunal Federal, por meio da interposição de um recurso extraordinário - RE.

3.1) RESERVA DE PLENÁRIO

Vimos que no Brasil qualquer juiz ou tribunal do País poderá declarar a inconstitucionalidade de uma lei, desde que diante de um caso concreto.

Com efeito, um juiz de primeira instância pode, num caso concreto, declarar a inconstitucionalidade de uma lei (federal, estadual ou municipal), com o objetivo de afastar a sua aplicação ao caso concreto, de acordo, unicamente, com a sua convicção sobre a matéria.

Porém, quando o processo chega a um tribunal, um magistrado, isoladamente, não mais dispõe de competência para declarar a inconstitucionalidade das leis. No âmbito dos Tribunais, a competência para a declaração da inconstitucionalidade das leis foi reservada ao Plenário, isto é, à decisão de um órgão colegiado. Essa regra especial para a declaração da inconstitucionalidade das leis no âmbito dos tribunais é denominada “reserva de plenário”, e está prescrita no art. 97 da Constituição Federal, nos termos seguintes:

“Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público”.

Vamos examinar bem essa questão.

Os tribunais do Poder Judiciário são compostos por diferentes órgãos internos, de acordo com sua estrutura regimental, estabelecida por eles próprios, por força do disposto no art. 96, I, “a”, da Constituição Federal.

Assim, todos os tribunais possuem uma Presidência, que é órgão monocrático, unipessoal, porque composto de uma só pessoa (Presidente do STF, Presidente do STJ, Presidente do TST etc.).

Da mesma forma, os tribunais possuem um órgão denominado Tribunal Pleno (Plenário), que corresponde ao conjunto de julgadores do tribunal. Por exemplo: o STF é

composto de 11 (onze) Ministros; logo, o Plenário do STF é composto de 11 (onze) Ministros.

Os tribunais possuem, também, os chamados órgãos fracionários (Câmaras, Turmas, Seções), que são compostos por frações de integrantes do Plenário. Aliás, por esse motivo recebem a denominação de “órgãos fracionários”, isto é, porque são compostos de uma fração do Plenário. Por exemplo: o STF é composto de 11 (onze) Ministros, que compõem o Plenário do Tribunal, e possui duas Turmas, que são os seus órgãos fracionários; cada Turma é composta de 5 (cinco) Ministros, haja vista que o Presidente do Tribunal não integra nenhuma das Turmas.

A depender do número de seus integrantes, o Tribunal poderá constituir, ainda, um **órgão especial**, para o exercício de atribuições administrativas e jurisdicionais da competência do tribunal pleno. A autorização constitucional para que os tribunais criem órgão especial está no art. 93, XI, nos termos seguintes:

“Nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais da competência do tribunal pleno”.

Observa-se que não é qualquer tribunal que poderá criar órgão especial, mas somente aqueles com mais de 25 (vinte e cinco) julgadores. Nesses tribunais, com grande número de julgadores, poderá ser criado o órgão especial para que este, nos termos em que estabelecido regimentalmente, possa substituir o Plenário, no trato de matérias administrativas e jurisdicionais. Evidentemente, o órgão especial também será composto por integrantes do Plenário, sendo o mínimo de 11 (onze) e o máximo de 25 (vinte e cinco) os seus integrantes. Trata-se de meio para acelerar as deliberações no âmbito daqueles tribunais que têm um grande número de integrantes: em vez de se reunir todos os integrantes do Plenário, reúnem-se os membros do órgão especial e

delibera-se sobre atribuições administrativas e jurisdicionais de competência do Plenário.

Muito bem, o que a reserva de plenário estabelece é o seguinte: dentre todos esses órgãos, somente o Plenário e o órgão especial poderão declarar a inconstitucionalidade das leis, por deliberação de maioria absoluta de seus membros.

Significa dizer que os órgãos fracionários e monocráticos dos tribunais não têm competência para declarar a inconstitucionalidade das leis, em respeito à reserva de plenário, prevista no texto constitucional (CF, art. 97).

Pergunta: ora, diante dessa restrição, como se dá a atuação dos diferentes órgãos no âmbito de um tribunal? Os órgãos fracionários, Câmaras e Turmas, não julgam? Os órgãos fracionários não exercem função jurisdicional, de julgamento?

Resposta: em verdade, o dia-a-dia de um tribunal desenvolve-se com a atuação do Plenário, do órgão especial (se houver) e dos órgãos fracionários. Estes, os órgãos fracionários, também exercem função jurisdicional, também julgam, decidem, prolatam decisões judiciais. Os órgãos fracionários apreciam os diversos processos a eles submetidos e, enquanto estiverem dando aplicação às leis incidentes sobre esses processos, não há que se falar em reserva de plenário, haja vista que esta regra é para a declaração da **inconstitucionalidade** das leis (e não para a declaração da constitucionalidade das leis). Portanto, enquanto os órgãos fracionários estiverem considerando as leis constitucionais, aplicando-as aos casos concretos a eles submetidos, não há que se falar em reserva de plenário, isto é, eles mesmos decidem os processos, sem necessidade de submissão da controvérsia ao órgão especial ou ao Plenário. Entretanto, se ao apreciar um determinado processo, o órgão fracionário vislumbrar que a lei incidente é inconstitucional, não disporá ele de competência para declarar essa inconstitucionalidade; nessa situação, será suspenso o julgamento e o processo será remetido ao Plenário ou ao órgão especial (se houver), para que esses decidam sobre a validade da lei; decidida a questão

sobre a constitucionalidade da lei, o processo retorna ao órgão fracionário, para que este resolva o caso concreto, de acordo com a posição firmada pelo Plenário ou pelo órgão especial sobre a constitucionalidade da lei.

Examinados o significado e o alcance da reserva de plenário, destacaremos os aspectos relevantes sobre essa importante regra constitucional:

a) a reserva de plenário aplica-se a todos os tribunais do País, no tocante à declaração da inconstitucionalidade das leis, seja no caso concreto, seja na via abstrata;

Assim, não só os tribunais inferiores, mas também os tribunais superiores e o Supremo Tribunal Federal estão obrigados à observância da reserva de plenário, isto é, somente poderão declarar a inconstitucionalidade das leis pelo voto da maioria absoluta de seus membros (Plenário) ou do respectivo órgão especial, se houver.

b) a reserva de plenário foi estabelecida em atenção, em respeito ao princípio da presunção da constitucionalidade das leis;

O que se busca preservar com a reserva de plenário é o princípio da presunção da constitucionalidade das leis, haja vista que a exigência de maioria absoluta plenária dificulta a declaração da inconstitucionalidade. Assim, temos o seguinte: na primeira instância, um juiz singular, monocrático, pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei, de acordo com a sua convicção sobre a matéria; no âmbito dos tribunais, a partir da segunda instância, essa inconstitucionalidade não pode mais ser proclamada por um juiz singular, mas somente por maioria absoluta dos membros do tribunal ou do respectivo órgão especial. Essa exigência dificulta a declaração da inconstitucionalidade, fortalecendo a presunção de constitucionalidade das leis.

c) a reserva de plenário só é exigida no primeiro julgamento que envolve a aplicação da lei.

A exigência da reserva de plenário só ocorre no primeiro processo que envolve a aplicação da lei; nos processos seguintes o próprio órgão fracionário declarará a inconstitucionalidade da lei, sem necessidade de submissão da controvérsia ao Plenário ou ao órgão especial do Tribunal.

Exemplificando: suponha que tenha sido submetido à apreciação de determinado órgão fracionário de um tribunal (uma Turma de um tribunal qualquer, por exemplo), pela primeira vez, um processo envolvendo a aplicação de um reajuste contratual previsto no art. 2º da Lei nº 10.000; ao examinar o processo, foi suscitado um incidente de inconstitucionalidade no órgão fracionário, isto é, o órgão fracionário vislumbrou uma inconstitucionalidade no art. 2º da Lei nº 10.000; nesse primeiro processo, o órgão fracionário não dispõe de competência para declarar a inconstitucionalidade da lei, em face da necessidade de observância da reserva de plenário; o julgamento será então suspenso e o processo será remetido ao Plenário ou ao órgão especial do Tribunal, para que se aprecie a constitucionalidade do art. 2º da Lei nº 10.000; suponha que o Plenário ou o órgão especial declare, por maioria absoluta, a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 10.000; a partir de então, em todos os futuros processos que transitarem pelo tribunal, envolvendo a aplicação do mesmo art. 2º da Lei nº 10.000, os próprios órgãos fracionários declararão a inconstitucionalidade desse dispositivo, não mais submetendo a questão ao Plenário ou ao órgão especial.

Em síntese: **os órgãos fracionários não submeterão a controvérsia à reserva de plenário se já houver decisão sobre a constitucionalidade da lei proferida pelo Plenário ou órgão especial do próprio tribunal, ou pelo Supremo Tribunal Federal; se já houver decisão desses órgãos (Plenário, órgão especial ou STF), os próprios órgãos fracionários declararão a inconstitucionalidade das leis, sem necessidade de submissão da matéria à reserva de plenário.**

Caso haja divergência entre a decisão dos órgãos colegiados do tribunal (Plenário ou órgão especial) e a decisão firmada pelo Supremo Tribunal Federal, os órgãos fracionários aplicarão a decisão do Supremo Tribunal Federal.

4) EFEITOS DA DECISÃO

Os efeitos da decisão proferida no controle concreto de constitucionalidade devem ser examinados em dois momentos distintos: a decisão do Poder Judiciário e a decisão do Senado Federal.

Vimos que o controle concreto surge num processo qualquer submetido à apreciação do Poder Judiciário, quando é suscitada uma questão de ofensa à Constituição, com o único objetivo de afastar a aplicação de uma lei ao caso concreto em discussão. Por esse motivo, a decisão do Poder Judiciário limita-se a declarar a inconstitucionalidade da lei para as partes do processo, isto é, para as pessoas que integram o processo em que foi suscitada a controvérsia constitucional (eficácia *inter partes*). Essa decisão, que reconhece a inconstitucionalidade da lei para as partes do processo, é dotada de efeitos retroativos (*ex tunc*), afastando a aplicação da lei, em relação às partes do processo, desde a data de sua publicação.

Portanto, a decisão do Poder Judiciário em sede de controle concreto, ainda quando proferida pelo Supremo Tribunal Federal, é dotada de: eficácia *inter partes* e efeitos *ex tunc*.

Se o processo judicial envolve somente João e Maria, o Poder Judiciário estará declarando a inconstitucionalidade da lei, retroativamente, desde a sua publicação, apenas para João e Maria; em relação aos demais brasileiros a lei permanecerá em pleno vigor, haja vista que a decisão não tem eficácia em relação a terceiros que não integram a lide.

Se a decisão definitiva for proferida por qualquer juiz ou tribunal do País que não seja o Supremo Tribunal Federal, a força da decisão será, eternamente, esta: eficácia *inter partes* e efeitos *ex tunc*, sem possibilidade de sua extensão a terceiros que não integram a lide.

Porém, se a decisão definitiva for do Supremo Tribunal Federal, haverá a possibilidade de sua extensão a terceiros, por meio da suspensão da execução da lei pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal, que outorga ao Senado Federal a competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, temos o seguinte: quando o Supremo Tribunal Federal declara definitivamente a inconstitucionalidade de uma lei no caso concreto (eficácia *inter partes* e efeitos *ex tunc*), o tribunal comunica essa sua decisão ao Senado Federal, para que este órgão legislativo suspenda a execução da lei, estendendo a força da decisão do STF a terceiros, a todos os brasileiros (eficácia *erga omnes*).

Esta a competência do Senado Federal: suspender a execução da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, conferindo eficácia geral (*erga omnes*) a uma decisão que, até então, só possuía eficácia para as partes do processo (*inter partes*).

Exemplificando: se o STF proclama, num processo concreto, envolvendo João e Maria, a inconstitucionalidade da Lei nº 10.000, esta decisão, por si, só beneficia João e Maria (eficácia *inter partes*), que terão os efeitos dessa lei afastados em relação a eles retroativamente, desde a sua publicação (efeitos *ex tunc*); em seguida o STF comunica a sua decisão ao Senado Federal, para que este, se entender conveniente, suspenda a execução da lei em relação a terceiros; se o Senado Federal decidir pela suspensão da execução da lei, essa sua decisão afastará a aplicação da lei em relação a todos os brasileiros (eficácia *erga omnes*).

4.1) ATUAÇÃO DO SENADO

Em relação a essa competência do Senado Federal, de suspender a execução de lei declarada inconstitucional em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, merecem destaque os seguintes pontos:

a) o Senado Federal não está obrigado a suspender a execução da lei;

A Constituição Federal não impõe uma obrigatoriedade ao Senado Federal, mas sim uma faculdade. Assim, cabe ao Senado Federal, discricionariamente, decidir se suspende, ou não, a execução da lei. Não há prazo para a sua atuação, tampouco se pode falar em sanção pela sua inércia.

b) o ato que formaliza a suspensão da execução da lei é uma resolução do Senado Federal;

Caso o Senado Federal decida pela suspensão da execução da lei, o ato de suspensão será uma resolução aprovada pelo Senado Federal (lembre-se que resolução é uma das espécies que integram o nosso processo legislativo, nos termos do art. 59 da CF).

c) o Senado Federal não poderá alterar os termos da decisão do Supremo Tribunal Federal;

Caso o Senado Federal decida pela suspensão da execução da lei, essa suspensão terá que ser, exatamente, nos termos da decisão do Supremo Tribunal Federal. Não poderá o Senado Federal suspender a execução de alguns dispositivos declarados inconstitucionais pelo STF e manter a execução dos demais, nem ampliar, restringir ou modificar os termos da decisão do STF. Caso se decida pela suspensão, repita-se, esta deverá ocorrer nos estritos termos da decisão do STF.

d) a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal é ato irretratável, insuscetível de desistência;

Não se admite desistência do Senado Federal no tocante à sua decisão que suspende a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, vale dizer, o ato do Senado Federal que suspende a execução da lei é irretratável, insuscetível de desistência ou de revogação. Uma vez determinada a suspensão da execução da lei, não pode o Senado Federal, ulteriormente, mudar de idéia, e baixar uma segunda resolução, revogando a resolução anterior, que determinou a suspensão da execução da lei.

e) o Senado Federal dispõe de competência para suspender a execução de normas federais, estaduais, distritais e municipais;

Embora o Senado Federal integre o Legislativo federal, sua competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional em decisão definitiva pelo STF não alcança somente leis federais, mas sim normas federais, estaduais, distritais e municipais.

f) a atuação do Senado Federal somente ocorre no controle em concreto.

O Senado Federal só dispõe de competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF no controle concreto de constitucionalidade. Não há que se falar em atuação do Senado Federal no controle em abstrato de constitucionalidade, isto é, o Senado Federal não suspende a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle em abstrato (ADIN, ADECON e ADPF).

E a razão para isso é muito simples: conforme veremos adiante, no controle em abstrato a própria decisão do STF já alcança, por si só, a todos os brasileiros, pois é dotada de eficácia geral (*erga omnes*); ora, se a própria decisão do STF já é dotada de eficácia *erga omnes*, não há razões para a atuação do Senado Federal, pois, conforme vimos, a sua atuação resume-se a isso - conferir eficácia *erga omnes* a uma decisão que, até então, só possuía eficácia *inter partes*.

4.2) DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE *PRO FUTURO*

Vimos, acima, que a declaração de inconstitucionalidade no caso concreto gera efeitos retroativos (*ex tunc*), afastando a aplicação da lei, para as partes do processo, desde a data de sua publicação. Portanto, a regra é a retroatividade da decisão, são os chamados efeitos *ex tunc*.

Entretanto, excepcionalmente, e desde que o Supremo Tribunal Federal o faça expressamente, é possível que se outorgue efeitos *ex nunc* (não-retroativos) à decisão proferida

no controle em concreto, e até mesmo diferir os efeitos da decisão para um momento futuro, fixado na decisão do Tribunal.

Essa questão foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal em março de 2004, ao examinar uma ação que versava sobre o número máximo de vereadores das Câmaras Municipais (RE 197917, rel. Min. Maurício Correa, 25/03/2004), conforme comentários a seguir.

A Constituição Federal estabelece que o número de vereadores das Câmaras Municipais será proporcional à população do Município, mas estabelece três faixas de população municipal, fixando os limites mínimo e máximo de integrantes da Câmara Municipal nessas faixas, que são os seguintes (CF, art. 29, IV):

- a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes;
- b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes;
- c) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes.

A partir da fixação desses limites mínimo e máximo por faixa de população, surgiu a seguinte controvérsia: uma vez observados esses limites mínimo e máximo, os Municípios são livres para fixar o número de vereadores? Ou será que não, será que eles terão que observar, dentro desses limites, uma estrita proporcionalidade entre a população do Município e o número de vereadores da Câmara Municipal?

O Tribunal Superior Eleitoral (TSE) entendia que os Municípios eram livres para fixar o número de vereadores, desde que observados esses limites mínimo e máximo estabelecidos pela Constituição Federal. Esse entendimento do TSE levou à existência de flagrantes distorções entre os Municípios brasileiros, senão vejamos a seguinte situação hipotética: um Município com 20.000 habitantes (portanto, com menos de

um milhão de habitantes) fixava em 21 o número de vereadores da Câmara Municipal; outro Município, com 995.000 habitantes (portanto, também com menos de um milhão de habitantes) fixava em 21 o número de vereadores da Câmara Municipal; de acordo com o entendimento do TSE, os dois Municípios estariam cumprindo a regra constitucional, pois fixaram o número de vereadores sem desobedecer aos limites mínimo e máximo fixados na Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal firmou novo entendimento sobre a matéria, no sentido de que **os Municípios não são livres para fixar o número de vereadores dentro dessas faixas estabelecidas na Constituição**, mas sim devem observar uma estrita proporcionalidade entre a população municipal e o número de vagas na Câmara Municipal, de modo que para cada 47.619 habitantes o Município terá direito a um vereador (RE 197917, rel. Min. Maurício Correa, 25/03/2004).

Acontece, porém, que esse novo entendimento do Supremo Tribunal Federal implicaria redução do número de vereadores ocupantes de cadeiras em diversos Municípios brasileiros, que haviam fixado livremente o número de vereadores dentro das faixas constitucionais, sem nenhuma preocupação com a efetiva proporcionalidade com a população. Como outorgar efeitos retroativos (*ex tunc*) a essa decisão? O que fazer com os vereadores excedentes, que já cumpriram praticamente todo o período do mandato? Como retroagir os efeitos dessa decisão sabendo-se que esse novo entendimento do STF influenciaria o próprio resultado das eleições, haja vista que o coeficiente eleitoral é definido levando-se em conta o número de vagas oferecido nas eleições?

Ao se deparar com essa problemática, os Ministros do STF resolveram, em março de 2004, diferir os efeitos da decisão para um momento futuro, afastando expressamente os efeitos retroativos de sua decisão. Com efeito, em março de 2004, ao fixar o entendimento acima exposto sobre o número máximo de vereadores das Câmaras Municipais, o Supremo Tribunal Federal deixou assente no caso concreto que essa nova orientação só seria aplicável a partir das eleições de 3

de outubro de 2004, para a nova composição das Câmaras Municipais. Portanto, a decisão não teve nenhuma repercussão nos mandados em curso no momento da decisão, sendo resguardados os direitos dos vereadores antes eleitos, com base no entendimento anterior do Tribunal Superior Eleitoral.

Essa orientação do Supremo Tribunal Federal foi firmada num caso concreto, envolvendo um Município do Estado de São Paulo, e, portanto, a princípio, só alcançaria essa municipalidade (eficácia *inter partes*). Entretanto, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), com base nesse entendimento, editou uma resolução, estendendo esse entendimento para todos os Municípios brasileiros, que tiveram de adequar o número máximo de vereadores aos novos limites fixados pelo STF nas eleições de 3 de outubro de 2004, tomando-se por base a proporcionalidade de um vereador para cada 47.619 habitantes.

A meu ver, são esses os pontos importantes para o fim de concurso público a respeito do controle de constitucionalidade em concreto; a partir da próxima semana, adentraremos no estudo do controle em abstrato.

Abraço forte,

Vicente Paulo

AULA Nº 17: CONTROLE DIFUSO – INOVAÇÕES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45, DE 08/12/2004

Acredito que todos vocês têm conhecimento de que, em dezembro de 2004, fui vítima de um acidente de carro, e desde então tenho empreendido uma luta constante pela recuperação.

Nesse acidente, tive algumas fraturas (quebrei a clavícula e quatro costelas), algumas perfurações no pulmão e – o pior – lesionei alguns nervos responsáveis pela movimentação do meu braço esquerdo. De lá para cá, tenho estado numa luta diária para superar essas lesões e, graças a Deus, meu organismo tem respondido bem: meu pulmão está 100% recuperado e a clavícula/costelas também estão praticamente refeitas.

Em relação aos nervos, a coisa é mais complicada: tive lesões em alguns nervos responsáveis por importantes movimentos do braço esquerdo, e a resposta do organismo é lenta, pode levar de seis meses a dois anos para recuperação – total ou parcial – dos movimentos. Não há como apressar as coisas, é só fazer muita fisioterapia, aguardar a resposta do organismo e, caso esta seja negativa, mais à frente partir para uma intervenção cirúrgica (que, infelizmente, ainda não oferece resultados previsíveis). Se Deus quiser, será só uma questão de tempo, é para isso que rezo todos os dias...

Estou narrando essa história porque recebi alguns e-mails desesperados – alguns um tanto quanto nervosos, solicitando que “alguém digitasse as aulas para mim” – em razão da demora na conclusão do curso. Estou consciente do prejuízo, dos transtornos dessa demora. No entanto, não tive como agir de outra maneira, por dois motivos: primeiro, porque, até pouco tempo, só digitava com uma das mãos; segundo, porque a concentração necessária para a criação fica extremamente prejudicada – e olha que eu me considero uma pessoa bem determinada, que tem muita força de vontade e coragem para trabalhar.

Agradeço a compreensão, e saibam que, em hipótese alguma, eu agiria com irresponsabilidade ou desconsideração em relação a vocês, que tanta confiança depositaram no meu trabalho – quem me conhece sabe disso, pois, graças a Deus, em todos esses anos de preparador para concursos públicos nunca faltei com meus compromissos, nem nos piores momentos de minha vida...

Na próxima semana, se Deus quiser as aulas faltantes estarão disponíveis e eu ficarei, então, aguardando as últimas dúvidas no fórum, para encerrarmos este curso.

Bem, a aula de hoje será uma complementação da aula passada, sobre controle difuso, em razão das inovações trazidas pela Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional nº 45/2004).

Estudamos na aula passada o controle de constitucionalidade difuso, realizado por qualquer juiz ou tribunal do País, diante de uma controvérsia concreta submetida à apreciação do Poder Judiciário.

A Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004, que implementou a denominada “Reforma do Judiciário”, trouxe relevantes modificações no controle de constitucionalidade, especialmente no tocante à atuação do Supremo Tribunal Federal, nossa Corte Maior.

Algumas dessas modificações serão estudadas oportunamente, nas aulas seguintes, quando tratarmos do controle de constitucionalidade em abstrato perante o STF.

Porém, como já estudamos na aula passada o controle de constitucionalidade difuso, duas inovações da Emenda Constitucional nº 45/2004 sobre essa via de controle devem ser examinadas neste momento, antes de adentrarmos no controle em abstrato.

I) RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE)

Na via difusa, o recurso extraordinário é o meio idôneo para se levar ao conhecimento do STF controvérsias concretas

surgidas nos juízos inferiores, para que o Tribunal decida, definitivamente, a respeito.

Portanto, na via difusa, qualquer pessoa interessada poderá levar ao conhecimento do STF, na via do recurso extraordinário, uma controvérsia concreta, desde que: (a) a questão discutida se enquadre nas hipóteses constitucionais que autorizam o cabimento desse recurso; e (b) sejam cumpridos os pressupostos e prazos processuais, estabelecidos nas leis processuais pertinentes.

O recurso extraordinário está previsto no art. 102, III, da Constituição Federal, que determina que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

São essas, portanto, as quatro situações que autorizam a interposição de recurso extraordinário.

A primeira novidade trazida pela EC nº 45/2004 foi a ampliação das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, com a inclusão da alínea “d” acima transcrita, que passou a admitir a interposição desse recurso quando a decisão recorrida “julgar válida lei local contestada em face de lei federal”. Até então a competência para julgar essa matéria pertencia ao Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Ainda em relação ao recurso extraordinário, uma outra novidade: o STF passa a ter o poder de recusar o recurso extraordinário quando o seu autor não comprovar a **repercussão geral** das questões constitucionais nele discutidas.

É o que estabelece o § 3º do art. 102 da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, nos termos seguintes:

“No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

Sabe-se que muitos dos processos que chegam ao STF na via difusa tratam de questões sem nenhuma relevância jurídica (briga entre vizinhos em razão das regras de coleta de lixo do prédio em que residem; canelada de genro em sogra; vassourada de comerciante em concorrente – são apenas alguns recentes exemplos de matérias apreciadas pelo STF).

Pois bem, o novo texto constitucional estabelece que para o recurso extraordinário ser conhecido o seu autor deverá comprovar a “repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso”. Enfim: a comprovação da “repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso” passa a ser pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário; caso o autor não a comprove, o STF poderá recusar o recurso, desde que pela manifestação de dois terços de seus membros (oito Ministros).

II) SÚMULA VINCULANTE DO STF

Sabemos que as decisões proferidas pelo STF no controle concreto não são dotadas de força vinculante em relação aos juízes do Poder Judiciário, tampouco frente à Administração Pública. Significa dizer que, na via difusa, mesmo quando o STF declara, em reiterados casos concretos submetidos à sua apreciação, a inconstitucionalidade de uma lei, os juízes de primeiro grau e a Administração Pública poderão continuar a aplicar tal lei em outras situações concretas, se entenderem, diversamente do que decidiu o STF, que referida norma é constitucional. Poderão, legitimamente, contrariar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, haja vista que a

decisão proferida no caso concreto só alcança as partes do referido processo (eficácia *inter partes*) e, ademais, não dispõe de efeito vinculante em relação aos juízes inferiores e à Administração Pública.

Em situações como essa – decisão do STF reconhecendo a inconstitucionalidade da lei e juízes inferiores ou a Administração Pública decidindo em sentido contrário -, o interessado, para fazer valer a decisão do STF, deverá percorrer a via recursal própria, a fim de levar o seu processo ao conhecimento do STF, para que este reafirme o seu entendimento sobre a inconstitucionalidade da lei, cassando a decisão do juízo inferior, ou anulando o ato da Administração Pública, conforme o caso.

Essa realidade – ausência de eficácia *erga omnes* e força vinculante das decisões proferidas pelo STF no âmbito do controle concreto – faz com que milhares de ações judiciais com o mesmo objeto cheguem ao conhecimento do STF, para que este reafirme, em novos casos concretos, o seu entendimento sobre a validade de determinada lei, em razão de decisões divergentes de juízes inferiores. Não é difícil perceber que essa morosa sistemática processual para a resolução de conflitos concretos, criada pela multiplicação de processos de conteúdos idênticos, favorece a lentidão, a morosidade na prestação jurisdicional.

No intuito de conferir autoridade às decisões relevantes do STF proferidas no controle difuso, a Emenda Constitucional nº 45/2004 criou a figura da súmula vinculante, nos termos seguintes (art. 103-A):

"Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas

federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

Algumas considerações a respeito:

1) Em primeiro lugar, que fique claro: a figura da súmula vinculante foi criada para conferir efeito vinculante às decisões do STF proferidas no controle concreto. Isso porque as decisões do STF em todas as ações do controle em abstrato – ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental -, já são dotadas, por si sós, de eficácia *erga omnes* e de efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal;

2) O STF poderá aprovar, rever ou cancelar a súmula vinculante por iniciativa sua, ou a partir da provocação de terceiros. Enquanto não estabelecidos em lei outros legitimados, poderão provocar o STF aqueles que podem

propor ação direta de inconstitucionalidade, enumerados no art. 103, I ao IX, da Constituição Federal;

3) A aprovação da súmula vinculante exige decisão de dois terços dos Ministros do STF (oito Ministros), bem assim que a matéria tenha sido objeto de reiteradas decisões do Tribunal;

4) A súmula deverá versar sobre controvérsia constitucional atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica;

5) Uma vez publicada, a súmula terá força vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Significa dizer que nenhum juízo ou tribunal inferior, bem assim nenhum órgão ou entidade da Administração Pública direta e indireta poderá contrariar o conteúdo da súmula;

6) Se houver a prática de ato ou a prolação de decisão contrariando os termos da súmula, poderá a parte prejudicada intentar reclamação perante o STF que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida em consonância com o conteúdo da súmula;

7) As atuais súmulas do STF – súmulas antigas, sem força vinculante, aprovadas em data anterior à promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004 - somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial.

Importantíssimo destacar que não se pode afirmar que, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, todas as decisões proferidas pelo STF, no âmbito do controle difuso, passaram a ter força vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública. A eficácia das decisões proferidas pelo STF no controle difuso permanece inalterada (eficácia *inter partes*). O entendimento do STF só passará a ter eficácia *erga omnes* e efeito

vinculante caso, após reiteradas decisões sobre a mesma questão, o Tribunal, de ofício ou mediante provocação, aprovar, por dois terços de seus membros, a súmula vinculante, nos termos e na forma acima estudados.

Um forte abraço, e fiquem com Deus.

Vicente Paulo

AULA Nº 18: CONTROLE ABSTRATO PERANTE O STF

Na aula pretérita, estudamos o controle de constitucionalidade difuso, em que qualquer Juiz ou Tribunal do Poder Judiciário, diante de uma controvérsia concreta a ele submetida, proclama a inconstitucionalidade de uma lei, afastando a aplicação desta, tão-somente, a esse caso concreto.

Na aula de hoje, estudaremos o controle em abstrato, realizado de forma concentrada perante o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário.

No controle em abstrato, um dos legitimados pela Constituição Federal propõe, perante o Supremo Tribunal Federal, uma ação especial, com a finalidade de obter deste Tribunal uma decisão a respeito da constitucionalidade de determinada norma, em defesa da supremacia da Constituição. Não se está discutindo uma controvérsia em concreto, tampouco intentando afastar a aplicação da lei a uma determinada controvérsia em concreto, mas sim buscando proteger a harmonia do ordenamento jurídico. Por isso se diz que o controle em abstrato é realizado *em tese*, sem vinculação a uma controvérsia concreta.

Vejamos o que acontece na propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade, ação típica do controle em abstrato. Um dos legitimados pela Constituição Federal (CF, art. 103, I ao IX) toma conhecimento de determinada lei que, no seu entender, desrespeita determinado princípio presente na Constituição Federal. Poderá, então, ajuizar uma ação direta perante o STF, pleiteando a retirada desta lei do ordenamento jurídico, em defesa da supremacia da Constituição. Caso o STF proclame a inconstitucionalidade, a lei será retirada do ordenamento jurídico, a decisão favorecerá a todos os brasileiros (eficácia *erga omnes*) – e nenhum outro órgão do Poder Judiciário ou da Administração Pública direta e indireta poderá considerá-la, daí por diante, constitucional (efeito vinculante).

O controle em abstrato perante o STF é exercido por meio de uma das seguintes ações especiais: ação direta de inconstitucionalidade genérica (ADIN), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADIN por omissão), ação declaratória de constitucionalidade (ADECON) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Num primeiro momento estudaremos a ação direta de inconstitucionalidade genérica perante o STF e, depois, passaremos a um breve exame das demais ações, haja vista que praticamente todos os pontos estudados sobre a ADIN são, também, aplicáveis às demais ações.

Ao final, estudaremos também a ação direta de inconstitucionalidade interventiva (representação interventiva), ação direta do controle concentrado que possui um objeto específico: fiscalizar o processo de intervenção de um ente federado sobre outro, em certas hipóteses estabelecidas na Constituição Federal.

1) AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

A ADIN é a ação típica do controle em abstrato, e tem por fim retirar do ordenamento jurídico uma lei que desrespeita a Constituição. Ao propor a ação, portanto, o autor requererá a declaração da inconstitucionalidade de uma norma, com o fim de retirá-la do ordenamento jurídico, por entender que essa norma desrespeita a Constituição.

1.1) LEGITIMAÇÃO

Podem propor ADIN um dos legitimados pela Constituição Federal, enumerados no art. 103, I ao IX, a saber:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Porém, nem todos esses legitimados poderão impugnar em ADIN qualquer matéria. Alguns só poderão impugnar matérias em relação às quais comprovem interesse, em relação às quais haja relação de pertinência.

Embora a Constituição Federal não tenha estabelecido nenhuma distinção entre os legitimados do art. 103, I ao IX, o STF os dividiu em dois grupos: legitimados universais e legitimados especiais.

Os legitimados universais poderão impugnar em ADIN qualquer matéria, independentemente da comprovação de interesse. São legitimados universais: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional.

Os legitimados especiais só poderão impugnar em ADIN matérias em relação às quais demonstrem interesse, isto é, matérias que guardem pertinência com seus interesses. São legitimados especiais: a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Desse modo, o Presidente da República (legitimado universal) poderá impugnar em ADIN lei de qualquer Estado, sobre qualquer matéria, sem necessidade de comprovar interesse; o Governador de Estado (legitimado especial) só poderá impugnar lei da União, ou de outro Estado, se comprovar pertinência entre a matéria da lei e os interesses do seu

Estado; uma entidade de classe de âmbito nacional (legitimado especial) só poderá impugnar lei em relação à qual comprove pertinência, isto é, que tenha relação com os interesses dos seus filiados.

Em relação à legitimação do partido político com representação no Congresso Nacional, basta que o partido possua um representante em uma das Casas do Congresso Nacional. Ademais, o STF firmou entendimento de que a representação há de ser comprovada no momento da propositura da ação – e não no momento do seu julgamento. Com isso, caso haja uma perda superveniente da representação no Congresso Nacional (por qualquer motivo o partido deixa de possuir representante no Congresso Nacional), entre a propositura da ADIN e o seu julgamento pelo STF, esse fato não prejudicará a apreciação da ação direta.

Em relação à legitimação das associações, o STF entendia que as denominadas “associações de associações”, que congregam exclusivamente pessoas jurídicas como associados, não possuíam legitimação para a propositura de ação direta. Esse entendimento foi alterado, passando o STF a reconhecer a legitimidade das “associações de associações” para propor ADIN (ADIN 3153, rel. Min. Celso de Mello, 05/05/2004).

1.2) OBJETO

Por força de determinação constitucional, podem ser objeto de ADIN perante o STF leis e atos normativos federais e estaduais (CF, art. 102, I, *a*).

As leis municipais, ainda quando flagrantemente contrárias à Constituição Federal, não poderão ser impugnadas em ADIN perante o STF.

Em relação ao Distrito Federal, como este ente federado desempenha atribuições estaduais e municipais (CF, art. 32, § 1º), teremos que avaliar: se a lei do DF foi editada no desempenho de atribuição municipal (tratando de IPTU, por exemplo), não poderá ser impugnada em ADIN perante o

STF; se a lei do DF foi editada no desempenho de atribuição estadual (tratando de ICMS, por exemplo), poderá ser impugnada em ADIN perante o STF.

Importante destacar que a Constituição Federal estabelece que poderão ser objeto de ADIN “lei ou ato normativo federal ou estadual”. Portanto, não são apenas **leis formais** (elaboradas pelo Legislativo e Executivo, segundo as regras do processo legislativo) que poderão ser impugnadas em ADIN perante o STF. Atos administrativos – decretos, portarias, resoluções de tribunais etc - também poderão ser impugnados em ADIN, desde que possuam caráter normativo.

Porém, se é certo que perante o STF só podem ser objeto de ADIN leis e atos normativos federais e estaduais (ou do DF, no desempenho de competência estadual), não se pode afirmar que toda e qualquer lei federal ou estadual pode ser impugnada em ADIN perante o STF.

Com efeito, embora a Constituição Federal não possua nenhum dispositivo literal a respeito, a jurisprudência do STF estabeleceu certos limites à lei federal e estadual, no tocante à ação direta. Se a lei – federal ou estadual – não cumprir com certos requisitos, não poderá ela ser impugnada em ADIN perante o STF, ainda que flagrantemente contrária à Constituição Federal.

Em razão das restrições impostas pela jurisprudência do STF, só podem ser impugnadas em ação direta as leis – federais e estaduais – que:

a) sejam pós-constitucionais;

O direito pré-constitucional – editado em data anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988 – não pode ser objeto de ação direta perante o STF. Somente normas editadas a partir de 05/10/1988 podem ser objeto de ADIN perante o STF.

b) possuam conteúdo normativo, abstrato, genérico;

Só podem ser impugnadas em ação direta perante o STF normas que possuam conteúdo normativo, abstrato, isto é,

que não possuam destinatário certo, determinado. Exemplificando: um decreto do Presidente da República que exonere um Ministro de Estado não pode ser impugnado em ação direta perante o STF, porque é uma norma de destinatário certo, determinado, sem nenhuma normatividade.

c) não sejam regulamentares;

Os atos regulamentares não podem ser objeto de ação direta perante o STF. Se um decreto que regulamenta uma lei extrapolar os seus limites, mesmo assim não poderá ser impugnado em ação direta perante o STF, pois, segundo o Tribunal, conflito entre ato regulamentar e lei regulamentada é caso de mera ilegalidade (e não de inconstitucionalidade), que não poderá ser discutido em sede de ADIN.

d) estejam em vigor.

Não se discute em ADIN a validade de normas revogadas, ainda que flagrantemente contrárias à Constituição enquanto tiveram vigência. A revogação retira a norma do ordenamento jurídico. Como o objeto da ADIN é justamente a retirada da norma inconstitucional do ordenamento jurídico, com a revogação da norma a ação fica sem objeto.

Nessa situação, poderemos ter o seguinte: (i) se a ADIN é proposta após a revogação da lei, a ação não será conhecida, por **ausência** de objeto (a ADIN nunca possuiu objeto, pois quando foi ajuizada a lei não estava mais no ordenamento jurídico); (ii) se a lei é revogada depois da propositura da ADIN e antes da sua apreciação, a ação não será conhecida, por **perda** de objeto (a ADIN possuía objeto no momento da sua propositura, mas perdeu esse objeto na data em que a lei foi revogada).

1.3) ATUAÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

O Procurador-Geral da República desempenha importante papel no controle em abstrato perante o STF.

Pelo art. 103, VI, da Constituição Federal, ele é um dos legitimados para propor todas as ações do controle em

abstrato, independentemente da comprovação de interesse na matéria (legitimado universal).

Pelo art. 103, § 1º, deverá ele ser previamente ouvido em todas as ações do controle em abstrato e em todos os processos de competência do STF.

Nas ações do controle em abstrato, sua opinião é imparcial, podendo opinar tanto pela constitucionalidade, como pela inconstitucionalidade da norma. Evidentemente, seu parecer é meramente opinativo, não vincula os Ministros do STF.

Segundo a jurisprudência do STF, o Procurador-Geral da República poderá opinar até mesmo nas ações diretas por ele propostas. Poderá hoje propor uma ação direta requerendo a declaração da inconstitucionalidade de determinada lei e, no amanhã, ao emitir o seu parecer, opinar pela improcedência da ação, defendendo em seu parecer a constitucionalidade da lei.

Porém, não poderá, em hipótese alguma, desistir da ação direta proposta.

1.4) ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Quando o STF aprecia uma ADIN, o Advogado-Geral da União é citado para defender o ato ou texto impugnado (CF, art. 103, § 3º).

A atuação do Advogado-Geral da União é vinculada: cabe a ele **defender** o ato ou texto impugnado, não podendo opinar pela inconstitucionalidade do ato ou texto impugnado – federal ou estadual -, ainda quando a ação direta tenha sido proposta pelo Presidente da República.

Esse entendimento do STF – o Advogado-Geral da União não poderá opinar pela inconstitucionalidade do ato ou texto impugnado, seja ele federal ou estadual – leva à existência de situações um tanto quanto embaraçosas, especialmente quando a ação direta é proposta pelo Presidente da República. Se o Presidente da República propõe uma ação direta requerendo a declaração da inconstitucionalidade de uma lei estadual, deverá o Advogado-Geral da União, no STF,

defender a constitucionalidade dessa norma estadual, contrariando os interesses do Presidente da República – que o nomeia em confiança, para ser o seu órgão de consultoria e assessoramento jurídico, nos termos do art. 131 da Constituição Federal.

O Advogado-Geral da União só **não estará obrigado a defender a constitucionalidade da norma** se sobre ela o STF já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade (STF, ADIn 1.616-4/PE, rel. Min. Maurício Corrêa).

O Advogado-Geral da União não atuará nos processos de ação declaratória de constitucionalidade (ADECON) e ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADIN por omissão). Na ADECON, porque não há norma impugnada, haja vista que, nessa ação, o autor requer a constitucionalidade da norma; na ADIN por omissão, porque essa ação é proposta não para impugnar uma norma, mas sim frente à falta de uma norma regulamentadora. Nas duas situações, portanto, não há norma a ser defendida pelo Advogado-Geral da União.

O Advogado-Geral da União não é legitimado ativo no controle em abstrato perante o STF, isto é, não dispõe de competência para propor nenhuma das ações desse controle.

Atuação do PGR e AGU	
PGR	AGU
Atua com imparcialidade	Atua na defesa da norma
Pode opinar pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade da norma	Não pode opinar pela inconstitucionalidade da norma
É legitimado ativo	Não é legitimado ativo
Atua em todas as ações do controle em abstrato	Não atua em ADECON e ADIN por omissão

1.5) MEDIDA CAUTELAR

Medida cautelar é um provimento provisório do pedido do autor da ação direta, com o objeto de resguardar o bom direito (*fumus boni iuris*) e evitar um dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*).

Ao propor uma ação direta, o autor poderá requerer a concessão de medida cautelar, para afastar, desde logo, até o exame do mérito da ação, a eficácia da norma impugnada. Se o STF entender que esses dois pressupostos – *fumus boni iuris* e *periculum in mora* – estão presentes, concederá a medida cautelar, com os efeitos a seguir examinados; caso o STF entenda que os pressupostos não estão presentes, indeferirá o pedido de medida cautelar, deixando para apreciar a controvérsia somente no exame de mérito.

Em regra, a medida cautelar é concedida com efeitos prospectivos (*ex nunc*), isto é, suspendendo a eficácia da norma somente daí por diante. Porém, o STF poderá concedê-la com efeitos retroativos (*ex tunc*), desde que o faça expressamente. Portanto, na concessão da medida cautelar, teremos o seguinte: se o STF nada disser a respeito, a medida cautelar terá efeitos *ex nunc*; para que a medida cautelar surta efeitos *ex tunc* o STF deverá manifestar-se expressamente nesse sentido.

A concessão da medida cautelar produz eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Significa dizer que a decisão alcança a todos os brasileiros que até então estavam sujeitos à aplicação da lei (eficácia *erga omnes*) e que nenhum outro órgão do Poder Judiciário ou da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal poderá contrariar a decisão do STF (efeito vinculante).

Segundo a jurisprudência do STF, somente a **concessão** de medida cautelar possui efeito vinculante, isto é, o indeferimento de medida cautelar, a sua negativa, não produz efeito vinculante. Portanto, na apreciação do pedido de medida cautelar teremos o seguinte: (a) caso seja concedida a medida cautelar, suspende-se a eficácia da norma até o

juízo de mérito da ação direta, e esta decisão vincula os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta; (b) se for negada a medida cautelar, a norma continua em plena eficácia até o julgamento de mérito da ação direta, mas essa decisão não vincula os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta.

A medida cautelar torna, automática e provisoriamente, aplicável a legislação anterior acaso existente, que tenha sido revogada pela norma impugnada, salvo manifestação em contrário do STF. Exemplificando: se a lei "A" foi revogada pela lei "B", e a lei "B" foi impugnada em ADIN, na qual foi concedida medida cautelar, teremos o seguinte: (a) suspensão da eficácia da lei "B" até o julgamento do mérito; (b) repristinação provisória da lei "A" até o julgamento do mérito, salvo manifestação em contrário do STF. Portanto, se com a suspensão da eficácia da lei "B" o STF não pretender tornar aplicável a lei "A" deverá manifestar-se expressamente nesse sentido.

Observe que a concessão da medida cautelar em ADIN tem efeito repristinatório em relação ao direito anterior, que havia sido revogado pela norma impugnada na ação direta. No exemplo acima, com o afastamento da eficácia da lei "B" até o julgamento do mérito da ação direta, a lei "A", que havia sido revogada pela lei "B", torna-se automática e provisoriamente aplicável nesse período, salvo manifestação em contrário do STF.

Salvo no período de recesso, a concessão de medida cautelar na ação direta exige decisão da maioria absoluta dos membros do STF (Lei nº 9.868/99, art. 10).

1.6) NATUREZA DÚPLICE OU AMBIVALENTE

A ação direta é ação de natureza dúplice ou ambivalente, vale dizer, a decisão nela proferida produz efeitos jurídicos nos dois sentidos: quando é julgada procedente, bem assim quando é julgada improcedente.

Como na ação direta o pedido formulado pelo autor é sempre o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma, teremos o seguinte: (a) se a ação direta é julgada procedente, estará sendo declarada a inconstitucionalidade da norma impugnada; (b) se a ação direta é julgada improcedente, estará sendo declarada a constitucionalidade da norma impugnada.

Num ou noutro sentido – procedência ou improcedência -, a decisão do STF terá a mesma força, estudada adiante (eficácia *erga omnes*, efeito vinculante etc.).

1.7) AMICUS CURIAE

A figura do *amicus curiae* (“amigo da corte”, ou “amigo da causa”) é a possibilidade de terceiros interessados, mas não-legitimados, atuarem no controle em abstrato perante o STF, como colaboradores.

O Ministro Relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades (Lei nº 9.868, de 1999, art. 7º, § 2º).

Proposta uma ação direta perante o STF, órgãos e entidades poderão requerer ao Ministro Relator a intervenção no processo, como *amicus curiae*, no intuito de colaborar com o Tribunal na apreciação da questão constitucional. Caso seja admitida a intervenção pelo Ministro Relator, os órgãos ou entidades poderão apresentar memoriais e pareceres jurídicos ou, a critério do Ministro Relator, realizar sustentação oral durante o julgamento da ação.

Exemplificando: no julgamento das ações diretas que impugnavam a cobrança da contribuição previdenciária dos servidores inativos e pensionistas, a Ministra Ellen Gracie, Relatora, deferiu o pedido de algumas entidades representantes de servidores públicos para atuarem como *amicus curiae*, permitindo a Ministra que dois advogados dessas entidades fizessem a sustentação oral durante o julgamento.

Mas, cuidado: os órgãos ou entidades interessados não têm direito líquido e certo à atuação como *amicus curiae*; essa decisão caberá ao Ministro Relator, que se manifestará quanto ao pedido em despacho irrecorrível.

Importantíssimo destacar que, ressalvada a atuação como *amicus curiae*, acima comentada, o STF **não** admite nenhuma outra intervenção de terceiros não-legitimados no controle em abstrato.

1.8) DESISTÊNCIA

Uma vez proposta a ação direta, não poderá o autor dela desistir.

A razão é simples: no controle em abstrato, o legitimado pela Constituição Federal (CF, art. 103, I ao IX) não atua na defesa de interesse próprio, mas sim na defesa da supremacia da Constituição, em prol da coletividade; logo, sua função é suscitar, perante o STF, uma relevante controvérsia constitucional; como não está defendendo interesse próprio, não dispõe ele, o legitimado, do direito de disposição sobre a ação, dela não podendo desistir.

Da mesma forma, o autor não poderá desistir do pedido de medida cautelar já formulado.

1.9) AÇÃO RESCISÓRIA

A ação rescisória é o meio processual idôneo para se intentar o desfazimento de uma coisa julgada (decisão judicial contra a qual não caiba mais recurso), desde que atendidos os pressupostos processuais pertinentes.

Porém, não cabe ação rescisória contra as decisões proferidas pelo STF no controle em abstrato. Significa dizer que não é cabível a propositura de uma ação rescisória intentando o desfazimento de uma decisão do STF proferida no controle em abstrato.

1.10) DECADÊNCIA

A propositura de ação direta de inconstitucionalidade não se sujeita a prazo limite, prescricional ou decadencial. A qualquer tempo poderá ser ajuizada a ação direta, pois a

inconstitucionalidade, o desrespeito à Constituição Federal não se convalida com o tempo.

1.11) DECISÃO DEFINITIVA DE MÉRITO

Efetuada o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros (Lei nº 9.868/99, art. 23).

Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão num ou noutro sentido.

Estabelece o texto constitucional que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF nas ações diretas de inconstitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (CF, art. 102, § 2º, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004).

A decisão definitiva de mérito proferida pelo STF nas ações diretas de inconstitucionalidade produz, em regra: (a) eficácia *erga omnes*; (b) efeito vinculante; (c) efeitos retroativos (*ex tunc*).

A eficácia erga omnes significa dizer que a decisão atinge todos os destinatários da lei, desobrigando-os de seu cumprimento (no caso de declaração de inconstitucionalidade), ou obrigando-os ao cumprimento da lei (no caso de declaração de constitucionalidade).

O efeito vinculante significa dizer que os demais órgãos do Poder Judiciário (note-se que o STF não é atingido pelo efeito vinculante de sua decisão) e a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal não poderão contrariar a decisão proferida pelo STF. Caso a ação direta tenha sido julgada procedente, nenhum desses órgãos

poderá aplicar a lei; se a ação direta foi julgada improcedente, nenhum desses órgãos poderá negar aplicação à lei. Se houver descumprimento por algum desses órgãos, a parte prejudicada poderá ajuizar reclamação diretamente perante o STF, para que este garanta a autoridade de sua decisão, cassando a decisão judicial em sentido contrário, ou anulando a decisão do órgão administrativo.

Afirmar que a decisão produz efeitos ex tunc significa dizer que ela retroage à data de nascimento da lei, retirando-a do ordenamento jurídico deste então (no caso de declaração de inconstitucionalidade), ou confirmando a sua plena validade desde então (no caso de declaração de constitucionalidade).

Portanto, em regra, será esta a força da decisão proferida pelo STF em ação direta de inconstitucionalidade: eficácia *erga omnes*, efeitos *ex tunc* e força vinculante.

Porém, no caso de declaração de inconstitucionalidade, a lei permite que o STF, em situações excepcionais, manipule os efeitos da sua decisão, nos termos seguintes (Lei nº 9.868/99, art. 27):

“Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

Portanto, desde que presentes os pressupostos exigidos pela lei – razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público -, poderá o STF, desde que por maioria de dois terços de seus membros (oito Ministros):

- a) restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade;
- b) conferir efeitos *ex nunc* (não retroativos) à sua decisão;
- c) fixar outro momento para o início da eficácia da sua decisão.

Em relação à letra “a”, acima, poderá o STF restringir o

alcance geral (eficácia *erga omnes*) de sua decisão, afastando a declaração de inconstitucionalidade em relação a certos atos já praticados com base na lei, afastando a incidência de sua decisão em relação a situações determinadas etc.

Em relação à letra “b”, acima, poderá o STF decidir que a declaração de inconstitucionalidade só produzirá efeitos daí por diante, a partir do trânsito em julgado de sua decisão, resguardando a validade de todos os atos já praticados com base na lei (entre a publicação e a declaração de sua inconstitucionalidade).

Por força da letra “c”, acima, poderá o STF fixar um outro momento para que a declaração de inconstitucionalidade em ação direta passe a produzir efeitos. A lei não restringiu, não estabeleceu limites na fixação desse “outro momento” pelo STF, pelo que entendemos que poderá ser antes da declaração de inconstitucionalidade, ou depois desta (embora haja autores de renome que entendam diferente, como Alexandre de Moraes, que defende que tal momento deverá ser, necessariamente, entre a publicação da lei e a declaração de sua inconstitucionalidade).

A decisão definitiva em ação direta que reconhece a inconstitucionalidade da norma tem, também, efeito repristinatório em relação ao direito anterior, que havia sido revogado pela norma declarada inconstitucional. Portanto, com a declaração da inconstitucionalidade da lei “X” – federal ou estadual – revigora-se a vigência de eventuais leis anteriores que haviam sido revogadas por essa lei “X”.

1.12) LIMITES À EFICÁCIA RETROATIVA

Conforme vimos, a decisão do STF proferida em ação direta produz, em regra, efeitos retroativos (*ex tunc*), retirando a lei do ordenamento jurídico desde o seu nascimento.

Essa decisão retroativa, porém, não desfaz, por si só, os atos singulares praticados com base na lei, durante o seu período de vigência. A força retroativa não nulifica, por si só, os atos concretos praticados com base na lei, durante o período de sua vigência (entre a publicação e a declaração da sua

inconstitucionalidade em ação direta).

Em verdade, essa força retroativa apenas cria condições para que a parte prejudicada nesses atos concretos procure desfazê-los, por meio de ação própria, no âmbito do controle difuso. Exemplificando: suponha uma lei publicada no ano de 2000 e declarada inconstitucional pelo STF em ação direta no ano de 2004; essa decisão do STF na ação direta produzirá, em regra, efeitos retroativos (*ex tunc*), retirando a lei do ordenamento jurídico desde o ano de 2000; porém, um contrato celebrado com base nessa lei no ano de 2002 não será automaticamente desfeito por essa decisão proferida na ação direta; a parte prejudicada nesse contrato poderá, com fundamento na decisão do STF nessa ação direta, intentar o desfazimento desse contrato, por meio de ação própria, no controle difuso, perante os juízos inferiores competentes.

1.13) CAUSA DE PEDIR

Ao decidir no controle em abstrato, o STF: (a) fica condicionado ao pedido do autor, dele não podendo fugir; (b) não se condiciona à causa de pedir, podendo declarar a inconstitucionalidade da lei por fundamentação diversa daquela apresentada pelo autor.

Significa dizer que, ao julgar uma ação direta de inconstitucionalidade o STF está vinculado ao pedido do autor (terá que analisar a inconstitucionalidade dos dispositivos apontados pelo autor), mas não se vincula à causa de pedir (poderá declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos por fundamentação distinta daquela apresentada pelo autor da ação).

Porém, essa circunstância **não** suprime, ao autor da ação direta, o dever processual de motivar o pedido de declaração de inconstitucionalidade e de identificar, na Constituição Federal, em obséquio ao princípio da especificação das normas, os dispositivos alegadamente violados pelo ato normativo que se impugna. Assim, embora o STF não esteja vinculado à fundamentação apresentada pelo autor da ação direta, este tem o dever de motivar o seu pedido e apontar,

na Constituição Federal, os dispositivos supostamente violados pela norma impugnada.

2) AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é medida que tem por fim tornar efetiva norma constitucional, por meio do reconhecimento da inconstitucionalidade da omissão do legislador infraconstitucional quanto ao dever de regulamentar norma da Constituição Federal de 1988 (CF, art. 103, § 2º).

Exemplificando: a Constituição Federal estabelece que a remuneração dos servidores públicos deverá ser fixada ou alterada por meio de lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices (CF, art. 37, X, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998); no período de 1998 a 2002 o Presidente da República não exerceu o seu poder de iniciativa privativa sobre a matéria, isto é, não apresentou projeto de lei à Câmara dos Deputados estabelecendo a revisão geral anual da remuneração dos servidores; nessa situação, foi ajuizada uma ADIN por omissão perante o STF, e o Tribunal reconheceu a inconstitucionalidade da omissão do Chefe do Executivo, no respectivo período.

Em situações como essa é que um dos legitimados pela Constituição Federal (CF, art. 103, I ao IX) poderá propor ADIN por omissão perante o STF, para que este Tribunal reconheça a inconstitucionalidade da mora do órgão encarregado de regulamentar dispositivo da Constituição Federal, no intuito de tornar efetiva norma constitucional.

O julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão segue o mesmo procedimento da ação direta genérica, antes estudado, ressalvadas as peculiaridades a seguir examinadas.

2.1) OBJETO

Vimos que na ação direta genérica só poderão ser impugnadas normas federais e estaduais, bem assim do Distrito Federal, desde que expedidas no exercício de competência estadual. As normas municipais não se sujeitam ao controle de constitucionalidade na via da ação direta de inconstitucionalidade genérica perante o STF.

De igual forma, na ADIN por omissão só poderão ser impugnadas omissões do legislador federal e estadual, bem assim do Distrito Federal, desde que referente ao exercício de atribuição estadual.

As omissões de órgãos municipais não se sujeitam à impugnação em ADIN por omissão perante o STF.

2.2) MEDIDA CAUTELAR

A jurisprudência do STF firmou-se no sentido de que é incabível a concessão de medida cautelar em ADIN por omissão – visto que, se nem mesmo a decisão definitiva, em respeito ao princípio da separação de poderes, pode implicar o afastamento da omissão, o que se dirá quanto ao exame preliminar.

2.3) ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO E DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

O STF afastou a obrigatoriedade de citação do Advogado-Geral da União no processo de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, haja vista que o seu papel, no controle em abstrato, é defender a norma impugnada, e nessa ação não há norma legal impugnada a ser defendida.

Com efeito, como a função constitucional do AGU no controle abstrato é a defesa da norma impugnada (CF, art. 103, § 3º), não faria sentido sua atuação em ADIN por omissão, visto que nessa ação não há norma a ser defendida (essa ação é proposta, precisamente, em razão da ausência de norma regulamentadora).

Entretanto, a manifestação do Procurador-Geral da República é obrigatória, pois a Constituição Federal determina que ele será ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os

processos de competência do STF (art. 103, § 1º).

2.4) EFEITOS DA DECISÃO DEFINITIVA

Determinada a Constituição Federal que “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias” (CF, art. 102, § 2º).

Como se vê, em respeito ao princípio da separação dos poderes, quando reconhecida a inconstitucionalidade por omissão pelo STF em ADIN por omissão, este não suprirá a lacuna, não editará a norma faltante, não substituirá o legislador, não atuará como legislador positivo. Será dada, apenas, ciência ao órgão omissor, para que este supra a omissão quanto ao seu dever constitucional de legislar.

Importantíssimo verificar que a Constituição Federal estabelece uma distinção no tocante à força da decisão do STF proferida em ADIN por omissão, levando-se em conta o *status* do órgão omissor: (a) se a omissão for de um Poder (Presidência da República, Câmara dos Deputados, Senado Federal e Supremo Tribunal Federal), será dada mera ciência para a adoção das providências necessárias, sem fixação de prazo limite; (b) se a omissão for de um órgão administrativo (subalterno, hierarquizado), será dada ciência para a adoção das providências necessárias no prazo de trinta dias.

Assim, sempre que a omissão for de um dos Poderes da República não haverá fixação de prazo para a adoção de suas providências. Ao contrário, se a omissão for de um órgão administrativo, este deverá sanar a omissão inconstitucional no prazo de trinta dias.

3) AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

A ação declaratória de constitucionalidade foi criada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993, no intuito de se outorgar a certos legitimados o poder de requerer ao STF o

reconhecimento da constitucionalidade de uma norma federal, para encerrar, definitivamente, relevante controvérsia sobre sua validade, haja vista que a decisão do STF nessa ação produz eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Exemplificando: suponha que em 2004 tenha sido publicada uma lei federal e que, nos meses seguintes à sua publicação, tenha surgido uma grande controvérsia judicial sobre a sua validade; alguns tribunais inferiores entendem que a lei é constitucional, enquanto outros tribunais têm proclamado a inconstitucionalidade da lei em casos concretos; alguns juízes de primeiro grau têm declarado a lei inconstitucional, enquanto outros entendem que a lei é plenamente compatível com a Constituição Federal; em situações como essa – diante de relevante controvérsia judicial sobre a validade de norma federal – um dos legitimados pela Constituição poderá propor uma ação declaratória de constitucionalidade perante o STF, para que o Tribunal decida, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, sobre a constitucionalidade da norma, terminando, de vez, com a controvérsia entre os juízos inferiores.

Praticamente todos os pontos estudados sobre a ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) são, também, aplicáveis à ação declaratória de constitucionalidade (ADECON). Assim, para não sermos repetitivos, apresentaremos, a seguir, somente os aspectos peculiares desta ação declaratória, deixando a apresentação dos demais para um quadro-resumo comparativo (ADIN X ADECON), que acompanha esta aula.

3.1) RELEVANTE CONTROVÉRSIA JUDICIAL

Para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade o autor deverá comprovar a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação (Lei nº 9.868/99, art. 14, III).

Significa dizer que só será legítima a propositura da ADECON se o autor comprovar a existência de relevante controvérsia judicial sobre a aplicação da norma objeto da ação. Para isso,

o autor deverá juntar à petição inicial cópia de decisões divergentes de juízos inferiores em relação à validade da lei objeto da ação declaratória, em número suficiente para comprovar a relevância da controvérsia. Se o STF entender que o autor não comprovou a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da norma, a ação declaratória de constitucionalidade não será conhecida.

Importantíssimo destacar que o STF firmou entendimento de que só a controvérsia **judicial** relevante autoriza a propositura de ação declaratória de constitucionalidade, não sendo suficiente a comprovação de controvérsia doutrinária. Portanto, a relevante controvérsia deverá ser judicial, perante os órgãos inferiores do Poder Judiciário; a mera controvérsia doutrinária, entre os estudiosos do Direito, não autoriza a propositura de ADECON.

3.2) LEGITIMAÇÃO

Podem propor ação declaratória de constitucionalidade os mesmos legitimados em ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, I ao IX).

A Emenda Constitucional nº 45/2004 igualou os legitimados em ação declaratória de constitucionalidade aos legitimados em ação direta de inconstitucionalidade. Portanto, em face dessa alteração do texto constitucional, todos os legitimados em ação direta de inconstitucionalidade podem, também, propor ação declaratória de constitucionalidade, e vice-versa.

3.3) OBJETO

A ação declaratória de constitucionalidade só se presta para a aferição da constitucionalidade de leis e atos normativos federais (CF, art. 102, I, a).

Não se admite, em sede de ADECON, a aferição da constitucionalidade de normas estaduais, distritais e municipais.

3.4) ATUAÇÃO DO PGR E AGU

O STF afastou a obrigatoriedade de citação do Advogado-Geral da União no processo de ação declaratória de

constitucionalidade, haja vista que o seu papel, no controle em abstrato, é defender a norma impugnada, e nessa ação não há norma legal impugnada a ser defendida.

Com efeito, como a função constitucional do AGU no controle abstrato é a defesa da norma impugnada (CF, art. 103, § 3º), não faria sentido sua atuação em ADECON, visto que, nessa ação, o autor da ação requer a constitucionalidade da norma.

A manifestação do Procurador-Geral da República é obrigatória, pois a Constituição Federal determina que ele será ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do STF (art. 103, § 1º).

3.5) MEDIDA CAUTELAR

O STF poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, por decisão da maioria absoluta de seus membros.

A medida cautelar consistirá na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação declaratória até seu julgamento definitivo.

Concedida a medida cautelar, deverá o STF proceder ao julgamento da ação no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, sob pena de perda de sua eficácia.

Assim como na ação direta, a concessão da medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade produzirá eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Federal, nas esferas federal, estadual e municipal.

Em regra, a medida cautelar produzirá efeitos *ex nunc*, mas o STF poderá conceder-lhe efeitos retroativos (*ex tunc*), desde que o faça expressamente.

Algumas considerações a respeito.

Primeiro que, ao contrário da medida cautelar em ADIN, na concessão da medida cautelar em ADECON não há que se falar em suspensão da eficácia da norma objeto da ação, haja vista que nesta ação o pedido não é pela inconstitucionalidade

da norma, mas sim pelo reconhecimento da sua constitucionalidade. Pelo mesmo motivo, na concessão da medida cautelar em ADECON não ocorre a restauração provisória da vigência de eventual norma revogada pela lei objeto da ação, efeito próprio da concessão de medida cautelar em ADIN.

Segundo que, na concessão da medida cautelar em ADECON, a lei estabelece um prazo máximo de eficácia para essa medida, dentro do qual o STF deverá apreciar o mérito da ação, sob pena de perda da eficácia da medida cautelar concedida. Essa regra não se aplica à concessão de medida cautelar em ADIN, pois nessa ação não há prazo limite de eficácia da medida cautelar concedida.

3.6) DECADÊNCIA, DESISTÊNCIA, *AMICUS CURIAE* E AÇÃO RESCISÓRIA

Nesses aspectos – decadência, *amicus curiae*, desistência e ação rescisória –, são plenamente aplicáveis à ADECON as regras estudadas em relação à ADIN, a saber: (a) não há prazo limite, decadencial ou prescricional, para a propositura de ADECON; (b) a critério do Ministro Relator, é possível a atuação de órgãos ou entidades na qualidade de *amicus curiae* no processo de ADECON; (c) não se admite a desistência de ADECON proposta, tampouco do pedido de medida cautelar formulado; (d) não é cabível ação rescisória contra decisão do STF proferida em ADECON.

3.7) NATUREZA DÚPLICE OU AMBIVALENTE

A ação declaratória de constitucionalidade é ação de natureza dúplice ou ambivalente: (a) proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação declaratória; (b) proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação declaratória.

3.8) DECISÃO DEFINITIVA

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos

demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (CF, art. 102, § 2º, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004).

Como se vê, a força da decisão definitiva de mérito do STF proferida em ação declaratória de constitucionalidade é a mesma estudada para a decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade, a saber: em regra, eficácia *erga omnes*, efeito vinculante e efeitos *ex tunc*, com a possibilidade de manipulação desses efeitos pelo STF, no caso de declaração de inconstitucionalidade.

Portanto, são válidos para a ação declaratória de constitucionalidade os mesmos comentários antes apresentados em relação à decisão do STF proferida em ação direta de inconstitucionalidade.

4) ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Determina a Constituição Federal que a arguição de descumprimento de preceito fundamental, dela decorrente, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, § 1º).

A Lei nº 9.882, de 03/12/99, regulamentou esse dispositivo constitucional, estabelecendo o processo e julgamento dessa ação, nos termos a seguir examinados.

4.1) COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO

Caberá ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Embora não haja previsão expressa, entendemos que não há impedimento para que o Estado-membro institua arguição de descumprimento de preceito fundamental no seu âmbito, para que o Tribunal de Justiça aprecie a violação de preceitos fundamentais decorrentes da Constituição Estadual.

4.2) LEGITIMAÇÃO

Poderão propor argüição de descumprimento de preceito fundamental os mesmos legitimados para propositura de ação direta de inconstitucionalidade, enumerados no art. 103, I ao IX, da Constituição Federal.

O projeto de lei aprovado no Congresso Nacional outorgava, também, a legitimação a qualquer cidadão, mas esse dispositivo foi vetado pelo Chefe do Executivo.

4.3) CABIMENTO

Será cabível a argüição de descumprimento de preceito fundamental em três hipóteses distintas, a saber:

- a) para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (ADPF preventiva);
- b) para reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (ADPF repressiva);
- c) diante de relevante controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição Federal de 1988.

Essa ação trouxe algumas importantes inovações no controle concentrado, a saber:

- a) a possibilidade da propositura de ADPF preventiva, com o objetivo de se evitar lesão a preceito fundamental, decorrente de ato do Poder Público;
- b) a possibilidade de aferição no controle concentrado, diretamente perante o STF, da validade de normas municipais, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional (até então, o direito municipal não era examinado pelo STF no controle concentrado, haja vista que a ADIN só admite como objeto normas federais e estaduais e a ADECON só admite normas federais);
- c) a possibilidade de aferição no controle concentrado, diretamente perante o STF, da validade do direito pré-constitucional, editado em data anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988 (até então a validade do direito pré-constitucional não era aferível no controle concentrado, haja vista que a ADIN e ADECON são ações que só se

prestam para a análise de normas pós-constitucionais, editadas sob a vigência da Constituição Federal de 1988).

Na via da argüição de descumprimento de preceito fundamental, portanto, é possível a discussão de direito federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição Federal de 1988 (pré-constitucional), desde que seja relevante o fundamento da controvérsia constitucional. Nessa situação, porém, o autor da ação tem a incumbência de comprovar a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

Finalmente, cabe ressaltar que não existe um rol, expresso e taxativo, dos preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988. Certamente os direitos e garantias fundamentais e as cláusulas pétreas são preceitos fundamentais, mas poderão existir outros princípios fundamentais que consubstanciam preceitos fundamentais, a serem identificados pelo Supremo Tribunal Federal.

4.4) NATUREZA SUBSIDIÁRIA

É incabível a argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade.

Significa dizer que a ADPF não substitui as demais ações constitucionais que tenham finalidade semelhante (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, mandado de segurança, ação popular etc.), só podendo ser proposta depois de esgotadas as outras vias pelas quais poderia ser sanada a lesividade ao preceito fundamental.

4.5) MEDIDA CAUTELAR

O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a

liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.

A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.

4.6) ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO E PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

A lei estabelece que o Procurador-Geral da República, nas argüições que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações (Lei nº 9.882/99, art. 7º, parágrafo único).

Ademais, ainda que não houvesse essa previsão legal, seu direito de manifestação estaria assegurado pelo art. 103, § 1º, da Constituição Federal que determina sua manifestação em todos os processos de competência do STF.

Não há previsão legal de manifestação do Advogado-Geral da União em ADPF, mas tem sido usual a sua manifestação nas argüições propostas perante o STF.

4.7) EFEITOS DA DECISÃO DEFINITIVA

A força da decisão definitiva de mérito do STF proferida em ADPF é a mesma estudada para a decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade, a saber: em regra, eficácia *erga omnes*, efeito vinculante e efeitos *ex tunc*, com a possibilidade de manipulação desses efeitos pelo STF, no caso de declaração de inconstitucionalidade.

Portanto, são válidos para a argüição de descumprimento de preceito fundamental os mesmos comentários antes apresentados em relação à decisão do STF proferida em ação direta de inconstitucionalidade.

A decisão sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros (oito Ministros). Se houver necessidade de declaração da inconstitucionalidade do

ato do Poder Público que tenha lesionado preceito fundamental, a decisão deverá ser tomada por maioria absoluta (CF, art. 97).

Em razão da sua força vinculante, caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em ADPF.

4.8) AÇÃO RESCISÓRIA

A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória.

5) REPRESENTAÇÃO INTERVENTIVA

A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos em que estabelecido na Constituição Federal.

Portanto, no nosso Estado Federado a regra é o exercício da plena autonomia de um ente federado, sem nenhuma ingerência de outros. Cada ente federado, ao desempenhar as competências que lhe foram outorgadas pela Constituição Federal, o faz com plena autonomia, sem interferência dos demais entes.

Entretanto, a autonomia política das pessoas políticas poderá ser temporariamente afastada, nas hipóteses excepcionais em que a Constituição Federal admite o processo de intervenção de um ente federado sobre outro (CF, arts. 34 e 35).

O processo de intervenção consiste, pois, na possibilidade de afastamento, excepcional e temporário, da autonomia de um ente federado por outro, nas hipóteses taxativamente autorizadas na Constituição Federal, no interesse maior de preservação da própria unidade federativa.

A representação interventiva – também denominada ação direta de inconstitucionalidade interventiva – é ação destinada a aferir a legitimidade do processo de intervenção em duas hipóteses previstas na Constituição Federal: ofensa aos

princípios sensíveis e recusa à execução de lei federal (CF, art. 36, III).

Os princípios sensíveis estão enumerados no art. 34, VII, da Constituição Federal, e são os seguintes:

- a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- b) direitos da pessoa humana;
- c) autonomia municipal;
- d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta;
- e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

A recusa à execução de lei federal é apontada como uma das hipóteses autorizadoras da intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal (CF, art. 34, VI).

Nessas duas situações, a intervenção federal dependerá de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação interventiva do Procurador-Geral da República.

Portanto, diante de ofensa aos princípios sensíveis ou de recusa à execução de lei federal por parte dos Estados e do Distrito Federal o Procurador-Geral da República (e somente ele) poderá instaurar o controle concentrado de constitucionalidade, propondo a ação direta de inconstitucionalidade interventiva perante o Supremo Tribunal Federal. A competência para propor a ação direta interventiva, repita-se, é exclusiva do Procurador-Geral da República, que dispõe, também, do poder discricionário para decidir pela sua propositura, ou não.

Caso seja dado provimento à representação interventiva do Procurador-Geral da República, o Supremo Tribunal Federal dará ciência ao Presidente da República, para as providências cabíveis. Portanto, quem decretará a intervenção, se for o caso, será o Presidente da República, a partir de requisição do

Supremo Tribunal Federal.

Ainda nesse caso – provimento da representação interventiva pelo STF -, determina a Constituição Federal que o decreto do Presidente da República, num primeiro momento, limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se esta medida bastar ao restabelecimento da normalidade, hipótese em que não haverá apreciação do decreto pelo Congresso Nacional (CF, art. 36, § 3º). Porém, se esse decreto não for suficiente para o restabelecimento da normalidade, será decretada a intervenção, afastando-se temporariamente a autonomia do ente federado.

Importante repisar que nessa hipótese de intervenção – decorrente de requisição do STF, a partir de representação interventiva proposta pelo Procurador-Geral da República, nos casos de violação aos princípios sensíveis ou de recusa à execução de lei federal – não haverá controle político do decreto interventivo pelo Congresso Nacional, pois a Constituição Federal dispensa essa medida (CF, art. 36, § 3º).

No âmbito dos Estados-membros, a representação interventiva será proposta perante o Tribunal de Justiça para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial (CF, art. 35, IV).

A legitimação para propor a ação direta interventiva no Estado pertence exclusivamente ao Procurador-Geral de Justiça, Chefe do Ministério Público do Estado.

Na próxima aula estudaremos o controle abstrato nos Estados-membros – um forte abraço, e até breve.

Vicente Paulo

AULA Nº 19: CONTROLE ABSTRATO NOS ESTADOS E NO DISTRITO FEDERAL

Estudamos nas aulas pretéritas o controle em abstrato perante o Supremo Tribunal Federal, em face da Constituição Federal.

Estudaremos, a seguir, as regras constitucionais a respeito do controle em abstrato nos Estados-membros e no Distrito Federal, exercido em confronto com a Constituição Estadual e a Lei Orgânica, respectivamente.

1) CONTROLE ABSTRATO NOS ESTADOS

A Constituição Federal disciplinou a organização e a competência do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e dos diferentes ramos da Justiça Federal. Em relação aos Estados-membros, em face da autonomia desses entes, dispôs que os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos na Constituição Federal (CF, art. 125). Caberá, então, a cada Estado-membro organizar a sua própria Justiça, observados os princípios estabelecidos na Constituição Federal.

No tocante ao controle de constitucionalidade em abstrato, a Constituição Federal disciplinou aquele exercido perante o Supremo Tribunal Federal, na forma estudada nas aulas pretéritas. Em relação aos Estados-membros, a Constituição Federal dispôs que cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão (CF, art. 125, § 2º).

Portanto, a Constituição Federal autorizou a instituição do controle em abstrato pelos Estados-membros, observados os princípios estabelecidos no art. 125, § 2º, do texto constitucional, a seguir estudados.

1.1) AÇÕES DO CONTROLE ESTADUAL

A Constituição Federal só autorizou **expressamente** a

instituição de ação direta de inconstitucionalidade pelos Estados-membros (“representação de inconstitucionalidade”, diz a redação do art. 125, § 2º, da CF).

Porém, firmou-se o entendimento de que os Estados poderão instituir, também, as demais ações do controle em abstrato, a saber: ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental.

1.2) COMPETÊNCIA

A competência para realizar o controle em abstrato no âmbito do Estado-membro é do Tribunal de Justiça.

1.3) LEGITIMAÇÃO

A Constituição do Estado é que enumerará os legitimados para a propositura das ações do controle em abstrato perante o Tribunal de Justiça.

Porém, a Constituição do Estado não é livre para essa tarefa, haja vista que a Constituição Federal veda expressamente o monopólio (“vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”, diz a redação do art. 125, § 2º, da CF).

Assim, não poderá a Constituição do Estado-membro atribuir a legitimação para propor as ações do controle em abstrato perante o Tribunal de Justiça a um único órgão.

1.4) OBJETO

No controle em abstrato nos Estados, o Tribunal de Justiça apreciará a validade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (CF, art. 125, § 2º).

Relevante notar os seguintes pontos: (a) o Tribunal de Justiça não realiza controle em abstrato de normas federais; (b) o Tribunal de Justiça não realiza controle em abstrato em confronto com a Constituição Federal.

Vamos, então, estudar a inequívoca diferenciação entre os parâmetros do controle abstrato exercido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Tribunal de Justiça (TJ).

O STF aprecia em ação direta de inconstitucionalidade leis e atos normativos federais ou estaduais em face da Constituição Federal; o TJ aprecia em ação direta de inconstitucionalidade leis e atos normativos estaduais ou municipais em confronto com a Constituição Estadual.

Assim, temos:

- a) o STF realiza controle abstrato em face da Constituição Federal, enquanto o TJ realiza controle abstrato em confronto com a Constituição Estadual;
- b) uma lei federal poderá ser objeto de ADIN perante o STF, mas não poderá ser impugnada em ação direta perante o TJ;
- c) uma lei municipal poderá ser objeto de ADIN perante o TJ, mas não poderá ser impugnada em ADIN perante o STF;
- d) as leis estaduais estão sujeitas a uma dupla fiscalização via ação direta: poderão ser impugnadas em ADIN perante o TJ, em confronto com a Constituição do Estado, bem assim ser objeto de ADIN perante o STF, em face da Constituição Federal.

Se houver simultaneidade de ações diretas de inconstitucionalidade contra a mesma lei estadual (propositura simultânea de duas ações diretas, uma perante o STF, outra perante o TJ), será suspenso o julgamento perante o Tribunal de Justiça, até que o Supremo Tribunal Federal aprecie a validade da lei. Apreciada a ação direta pelo Supremo Tribunal Federal, teremos o seguinte:

- a) caso o Supremo Tribunal Federal declare a lei estadual inconstitucional em confronto com a Constituição Federal, o Tribunal de Justiça não mais apreciará a ação direta que havia impugnado a mesma lei em confronto com a Constituição do Estado (afinal, se a lei estadual contraria a Constituição Federal, não poderá ela permanecer no ordenamento jurídico);
- b) caso o Supremo Tribunal Federal declare a lei estadual constitucional em confronto com a Constituição Federal, o

Tribunal de Justiça prosseguirá no julgamento da ação direta que impugna a lei em face da Constituição do Estado (afinal, é possível que a lei estadual não contrarie a Constituição Federal, mas seja incompatível com a Constituição do Estado).

Anote-se, ainda, que é possível que uma lei estadual seja declarada constitucional pelo Tribunal de Justiça em ação direta e, no amanhã, venha a ser declarada inconstitucional em outra ação direta, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal. Nessa hipótese, prevalecerá a decisão firmada pelo Supremo Tribunal Federal, que retirará a lei do ordenamento jurídico. Isso porque o Tribunal de Justiça, em ação direta, avalia a validade da lei em confronto com a Constituição do Estado, ao passo que o Supremo Tribunal Federal avalia tal validade em face da Constituição Federal.

Finalmente, um aspecto importantíssimo: as regras aqui estudadas, a respeito do controle em abstrato perante o Tribunal de Justiça, não podem ser confundidas com o controle difuso, também realizado por esse Tribunal Estadual.

Com efeito, vimos que no controle em abstrato o Tribunal de Justiça não aprecia a validade de normas federais, mas, apenas, de normas estaduais e municipais (CF, art. 125, § 2º).

Essa restrição, no entanto, não se aplica ao controle difuso, realizado pelo Tribunal de Justiça diante das controvérsias concretas a ele submetidas. No controle difuso não há nenhuma vedação a que o Tribunal de Justiça aprecie a validade de normas federais. Assim, o Tribunal de Justiça, como qualquer outro tribunal ou juiz do País, pode declarar a inconstitucionalidade de normas federais, desde que no âmbito do controle difuso, diante de casos concretos.

Vimos, também, que o Tribunal de Justiça só realiza controle em abstrato em face da Constituição Estadual, jamais em confronto com a Constituição Federal (CF, art. 125, § 2º). A competência para realizar controle em abstrato em confronto com a Constituição Federal é exclusiva do Supremo Tribunal

Federal.

Da mesma forma, essa restrição não se aplica à atuação do Tribunal de Justiça no controle difuso. Em verdade, o Tribunal de Justiça realiza sim controle de constitucionalidade em confronto com a Constituição Federal, desde que na via difusa, diante de casos concretos a ele submetidos.

1.5) RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONTRA DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PROFERIDA NO CONTROLE ABSTRATO

Vimos que o Tribunal de Justiça só realiza controle abstrato de normas estaduais e municipais em confronto com a Constituição do Estado (CF, art. 125, § 2º).

Vale dizer, um dos legitimados pela Constituição Estadual poderá impugnar em ação direta perante o Tribunal de Justiça leis ou atos normativos estaduais e municipais, e o Tribunal de Justiça apreciará a validade dessas normas em confronto com a Constituição do Estado.

Então, sabendo-se que o controle em abstrato no Estado é realizado em confronto com a Constituição Estadual, e que o Tribunal de Justiça é o órgão máximo da Justiça do Estado, podemos concluir que, em regra, a decisão do Tribunal de Justiça proferida no controle abstrato é irrecurável frente a outros Tribunais. Quando o Tribunal de Justiça decide em ação direta de inconstitucionalidade, sua decisão, em regra, é irrecurável frente a outros tribunais. Afinal, repita-se, esse controle abstrato é realizado em face da Constituição Estadual, e ele, Tribunal de Justiça, é o órgão máximo da Justiça do Estado.

Porém, há uma situação em que contra a decisão do Tribunal de Justiça, proferida no controle abstrato, será cabível recurso extraordinário para o STF, conforme examinado a seguir.

Segundo a jurisprudência do STF, na hipótese de ajuizamento de ação direta perante o Tribunal de Justiça com a alegação de ofensa à norma constitucional estadual **que reproduz dispositivo da Constituição Federal de observância obrigatória pelos Estados**, contra a decisão daquele Tribunal há a possibilidade de interposição de recurso

extraordinário para o STF.

Exemplificando: suponha que uma lei – estadual ou municipal - seja impugnada em ação direta perante o Tribunal de Justiça, em face do art. 40 da Constituição do Estado, artigo esse que é mera reprodução de dispositivo da Constituição Federal; nessa hipótese, o Tribunal de Justiça apreciará a ADIN, firmando sua posição sobre a validade da lei; porém, contra essa decisão do Tribunal de Justiça será cabível recurso extraordinário para o STF.

Ademais, nessa hipótese, a decisão do STF no recurso extraordinário interposto contra a decisão de Tribunal de Justiça em ADIN terá eficácia geral (*erga omnes*), por se tratar de controle abstrato, ainda que a via do recurso extraordinário seja própria do controle difuso, eficácia essa que se estende a todo o território nacional (RE no 187.142/RJ).

Importantíssimo destacar que, em decorrência dessa eficácia *erga omnes*, a decisão proferida pelo STF nesse recurso extraordinário, caso seja declarada a inconstitucionalidade da norma, não será comunicada ao Senado Federal, para os efeitos do art. 52, X, da Constituição Federal. Afinal, se a própria decisão do STF já é dotada de eficácia *erga omnes*, retirando a norma do ordenamento jurídico, não há que se falar em suspensão da execução dessa norma pelo Senado Federal.

2) CONTROLE ABSTRATO NO DISTRITO FEDERAL

O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição (CF, art. 32).

No Distrito Federal, portanto, a fiscalização da validade de suas leis locais será em confronto com a Lei Orgânica.

Acontece, porém, que o Distrito Federal, ao contrário dos

Estados-membros, não dispõe de competência para organizar, manter e legislar sobre o Poder Judiciário, competências essas outorgadas à União no âmbito do Distrito Federal (CF, arts. 21, XIII e 22, XVII).

Assim, quem disciplinará o controle de constitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) não será o próprio Distrito Federal, na sua Lei Orgânica, mas sim a União, por meio da aprovação de lei federal no Congresso Nacional.

Em síntese, temos o seguinte: (a) temos controle em abstrato perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), para aferição da validade das leis e atos normativos distritais em face da Lei Orgânica do Distrito Federal; (b) esse controle, porém, não foi instituído pelo próprio Distrito Federal, na sua Lei Orgânica, e sim pela União, por meio de lei federal aprovada no Congresso Nacional.

A título de curiosidade, esclareço que a Lei Federal nº 9.868, aprovada pelo Congresso Nacional em 1999, que disciplina o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, também disciplina o controle em abstrato no Distrito Federal, em face de sua Lei Orgânica, tratando da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão perante o TJDFT (Lei nº 9.868/99, art. 30).

Bem, acredito que eu tenha conseguido apresentar os pontos mais relevantes sobre controle de constitucionalidade para o fim de concurso público. Digo “os pontos mais relevantes” porque quem já estudou esse assunto com maior profundidade sabe que ele é praticamente infinito, há livros e mais livros publicados que tratam somente do controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. E mais: tenho um livro em casa com mais de 1000 páginas (isso mesmo, mil páginas) que só trata da ação direta de inconstitucionalidade perante o STF! Eu e o Prof. Marcelo Alexandrino temos um livro sobre o assunto, publicado na Coleção Síntese Jurídica da Editora Impetus, que tenciona ser

uma boa síntese, um resumo do assunto, e que acabou ficando com 264 páginas!

Enfim, não é nada fácil elaborar um “resumo” de controle de constitucionalidade das leis, porque o assunto é de uma grandiosidade e riqueza impressionantes. Fiz o que pude, pensando 100% na preparação para concursos públicos. Eventuais omissões de minha parte poderão ser sanadas nos comentários aos exercícios apresentados a seguir, bem assim nos próximos dias, nos últimos fóruns de dúvidas deste curso.

Um forte abraço,

Vicente Paulo

**AULA Nº 20: EXERCÍCIOS COMENTADOS SOBRE
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

- 1) No Brasil, convivem o controle judicial difuso e o controle judicial concentrado de constitucionalidade, havendo entre eles diferenças relativas aos efeitos da decisão judicial, aos legitimados para promover o controle, ao processo e aos órgãos competentes para realizá-lo.
- 2) É admissível a propositura, perante o STF, de uma ação direta de inconstitucionalidade contra uma lei distrital que disciplinou a cobrança do Imposto Predial e Territorial Urbano em desconformidade com o texto da Constituição Federal.
- 3) Segundo o entendimento do STF, é possível ao autor requerer a desistência em relação a uma ação direta de inconstitucionalidade, desde que demonstre razões de interesse público para essa desistência.
- 4) A admissão de ação declaratória de constitucionalidade, para processamento e julgamento pelo STF, pressupõe a comprovação liminar de existência de divergência jurisdicional, caracterizada pelo volume expressivo de decisões judiciais que tenham por fundamento teses conflitantes.
- 5) É posição majoritária, no STF, o entendimento de que não é possível o deferimento de medida cautelar, com efeito vinculante, em sede de ação declaratória de constitucionalidade e ação direta de inconstitucionalidade.
- 6) Caso o STF reconheça, em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, eventual omissão do presidente da República em encaminhar ao Congresso Nacional o projeto de lei da revisão geral anual da remuneração de servidores públicos prevista na Constituição da República, haverá de determinar-lhe que o faça em trinta dias.
- 7) Segundo a jurisprudência do STF, não cabe concessão de medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

- 8) Se um município edita uma lei manifestamente inconstitucional que restringe a ação de auditores fiscais da previdência social, a questão não poderá ser levada ao STF em ação direta de inconstitucionalidade.
- 9) É possível atribuir eficácia ex tunc à decisão proferida em medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade.
- 10) A legitimação ativa para a ação declaratória de constitucionalidade é idêntica à existente para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade.
- 11) As leis editadas pelo DF no uso da competência legislativa estadual podem ser objeto de ação declaratória de constitucionalidade.
- 12) A lei anterior à Constituição Federal incompatível, no seu conteúdo, com a nova Carta da República, deve ser declarada, por meio de ação direta de inconstitucionalidade, supervenientemente inconstitucional.
- 13) Norma constante de tratado de que o Brasil é parte, por ser ato de Direito Internacional, não pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.
- 14) Lei municipal pode vir a ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade.
- 15) O julgamento de mérito dando pela improcedência da ação direta de inconstitucionalidade equivale a uma declaração de constitucionalidade da lei, objeto da ação.
- 16) Suponha que o Supremo Tribunal Federal tenha julgado, no mérito, procedente uma ação declaratória de constitucionalidade, que tinha por objeto uma certa lei. A partir desses dados, podemos afirmar que: (1) a lei, objeto da ação, não era municipal; (2) a ação não foi proposta por governador do Estado; (3) nenhum outro tribunal no país poderá declarar a inconstitucionalidade da mesma lei; (4) não será possível a propositura de ação rescisória contra tal julgado.
- 17) Não é possível a declaração de inconstitucionalidade de

lei em sede de ação civil pública.

18) Ao prever o controle abstrato de constitucionalidade perante os respectivos tribunais de justiça, as constituições estaduais podem considerar legitimados à propositura de representação de inconstitucionalidade outros entes não-arrolados na Constituição da República como aptos a ajuizarem a ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

19) O Tribunal de Justiça é competente para efetuar o controle abstrato de constitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal.

20) Mesmo já tendo transitado em julgado a decisão do Tribunal de Justiça que, em controle abstrato, declarou constitucional certa lei estadual, a mesma lei pode, mais tarde, vir a ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade.

21) A Lei Orgânica do DF, embora equiparável juridicamente à Constituição de Estado, não pode disciplinar o controle de constitucionalidade judicial das leis distritais.

22) No controle incidental, a declaração de inconstitucionalidade pelo órgão jurisdicional competente depende necessariamente de provocação específica de qualquer das partes ou do Ministério Público.

23) A revogação da lei, objeto de ação direta de inconstitucionalidade, no curso dessa ação, não prejudica a apreciação do mérito da demanda, se a lei tiver produzido efeitos concretos, durante o seu período de vigência.

24) A lei orgânica do Município, por ter natureza constitucional, não pode ser objeto de representação por inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Estado em que situado o Município.

25) O Supremo Tribunal Federal poderá proclamar a inconstitucionalidade de uma lei municipal num caso concreto, mas não o poderá fazer em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

26) O Procurador-Geral da República pode ajuizar ação declaratória de constitucionalidade tendo por objeto lei federal, mas não pode ajuizar a mesma ação se ela tiver por objeto uma lei estadual.

27) Como regra, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade, somente produz efeitos a partir da data do julgamento da ação, sendo por isso válidos todos os atos praticados com base na lei até o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade.

28) Mesmo que declarada pelo Supremo Tribunal Federal a validade de uma lei, numa ação declaratória de constitucionalidade, um juiz de primeira instância é livre para declarar a inconstitucionalidade da mesma lei, com base em argumentação não apreciada pelo STF.

29) A decisão do Supremo Tribunal Federal, tomada em ação direta de inconstitucionalidade, no sentido da inconstitucionalidade de uma lei federal, somente produz efeitos jurídicos depois de o Senado suspender a vigência da lei.

30) O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é muito rico, uma vez que contempla, simultaneamente, meios de controle difuso e concentrado, bem como mecanismos de controle preventivo e repressivo; no controle preventivo, porém, não é possível, por meio de ação judicial, impedir o Poder Legislativo de deliberar acerca de determinadas matérias.

31) Nem todos os órgãos e entidades legitimados pela Constituição para provocar o controle concentrado de constitucionalidade por meio de ADIN têm legitimidade para ajuizar essa ação contra lei federal contrária ao texto constitucional em relação a qualquer matéria.

32) Se o Procurador-Geral da República ajuizar ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) para que o STF declare, em abstrato, a inconstitucionalidade de certa norma, não poderá, posteriormente, opinar pela improcedência da ação, uma vez

que tal parecer significaria, na verdade, a desistência da ação, e isso o STF não admite no controle concentrado de constitucionalidade.

33) Os órgãos fracionários dos tribunais, Câmaras ou Turmas, podem declarar a inconstitucionalidade da lei, em qualquer julgamento, desde que pelo voto da maioria absoluta de seus membros.

34) Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o controle incidental perante os Tribunais exige que, toda vez que renovado pedido de declaração de inconstitucionalidade em relação à mesma lei, deve o órgão fracionário submeter a controvérsia ao plenário ou, se for o caso, ao órgão especial da Corte.

35) Compete ao Supremo Tribunal processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

36) O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade, mas não haverá sua manifestação nas ações declaratórias de constitucionalidade.

37) O Advogado-Geral da União pode deixar de defender a constitucionalidade da lei ou ato impugnado em ação direta de inconstitucionalidade, especialmente se entender que se trata de ato normativo incompatível com a Constituição Federal.

38) Mesmo a decisão proferida no controle judicial difuso de constitucionalidade pode vir a produzir efeitos contra todos (erga omnes).

39) O controle de constitucionalidade exercido, no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal (STF) produz sempre efeito contra todos (erga omnes), inclusive contra aqueles, portanto, que não foram parte do processo gerador de inconstitucionalidade.

40) Mesmo que apenas uma palavra de uma lei seja

inconstitucional, o julgador deverá, necessariamente, proclamar a inconstitucionalidade do texto integral do artigo, do parágrafo, do inciso ou da alínea.

41) Se o STF, apreciando um mandado de segurança, proclamar a inconstitucionalidade de uma lei, essa decisão, por si, somente produzirá efeitos para as partes envolvidas no processo.

42) No caso de suspensão de execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional, poderá o Senado Federal suspender o ato normativo impugnado, admitindo-se inclusive que se suspenda apenas uma ou algumas das disposições declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

43) As normas constitucionais originárias, inseridas na Constituição pelo legislador constituinte no momento de sua elaboração, só podem ser objeto de controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

44) Se o STF, apreciando o mérito de uma ação declaratória de constitucionalidade, julga a demanda improcedente, a lei deve ser considerada inconstitucional e esta decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário e para o Poder Executivo.

45) Uma lei de um Município, mesmo que claramente contrária à Constituição Federal, não pode ser declarada inválida pelo Supremo Tribunal Federal.

46) Um tribunal de justiça estadual não pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal.

47) No sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, mesmo julgando que uma norma infraconstitucional é inconstitucional, pode, em certos casos, preservar alguns efeitos dela, dando caráter não-retroativo, ou seja, *ex nunc*, à sua decisão.

48) A Constituição autoriza expressamente que o constituinte estadual institua, no seu âmbito, a ação direta por omissão e ação declaratória de constitucionalidade.

49) Todos os atos normativos do Distrito Federal estão submetidos ao controle de constitucionalidade mediante ação direta perante o Supremo Tribunal Federal.

50) O Chefe de Poder Executivo municipal não pode deixar de cumprir lei sob a alegação de incompatibilidade com a Constituição Federal.

51) Os atos tipicamente regulamentares são passíveis de impugnação em ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

52) O meio à disposição do Congresso Nacional para impugnar decreto presidencial em conflito com a lei é a ação direta, junto ao Supremo Tribunal Federal (STF).

53) Os decretos do Presidente da República podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade.

54) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o Governador de um Estado não pode impugnar, em ação direta de inconstitucionalidade, lei ou ato normativo de outro Estado.

55) Todo ato baseado em lei afirmada inconstitucional pelo STF em controle abstrato se torna, como consequência automática dessa decisão, também nulo e insuscetível de produzir efeitos.

56) A concessão de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade não pode tornar aplicável a legislação anterior, que a lei, objeto da ação direta de inconstitucionalidade, revogara expressamente, porquanto não se admite a repristinação entre nós.

57) O Tribunal de Contas da União, que não integra o Poder Judiciário, não tem competência para declarar a inconstitucionalidade de leis.

58) Um Governador de Estado pode, em princípio, ajuizar, perante o Supremo Tribunal Federal, ação direta de inconstitucionalidade contra lei federal, mas não pode ajuizar uma ação declaratória de constitucionalidade perante o mesmo tribunal tendo por objeto a mesma lei.

59) O Supremo Tribunal Federal é o órgão do Poder Judiciário que tem a exclusiva prerrogativa de realizar o controle abstrato da constitucionalidade das leis aprovadas pelo Congresso Nacional e sancionadas pelo presidente da República.

60) Apenas perante o Supremo Tribunal Federal é possível realizar o controle abstrato de leis estaduais perante a Constituição Federal.

61) No âmbito da Administração Pública Federal, a suspensão, pelo Senado Federal, da execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal tem efeitos ex tunc.

62) Segundo a atual disciplina do processo da Ação Direta de Inconstitucionalidade, é possível a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei, diferindo-se a data da nulidade para um termo futuro, especificado na decisão.

63) Segundo a jurisprudência do STF, admite-se Recurso Extraordinário de decisão de Tribunal de Justiça Estadual que, em sede ação direta de inconstitucionalidade estadual, declarou constitucional uma lei municipal confrontada com dispositivo da Constituição Estadual cujo conteúdo é reprodução obrigatória de conteúdo de dispositivo da Constituição Federal.

64) Não cabe ação declaratória de constitucionalidade contra medida provisória ainda não convertida em lei.

65) A norma objeto de controle na ação direta de inconstitucionalidade deve, necessariamente, estar em vigor.

66) Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão perante o Supremo Tribunal Federal (STF), o descumprimento do dever de legislar por parte de Poder Legislativo estadual não é passível de controle.

67) Regimentos internos dos tribunais, embora não se classifiquem como atos legislativos, podem ser objeto de controle de constitucionalidade realizado concreta ou

abstratamente.

68) Cabe ao STF, conforme se extrai de sua pacífica jurisprudência, emitir, quando provocado por meio de ação direta de inconstitucionalidade, pronunciamento definitivo sobre a constitucionalidade do direito municipal em face da nova ordem constitucional.

69) De acordo com a Constituição da República de 1988, podem propor a ação direta de inconstitucionalidade o presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o procurador-geral da República entre outros. O constituinte originário optou, assim, por ampliar, de forma significativa, o chamado controle abstrato de normas, que, no modelo anteriormente consagrado, somente podia ser instaurado pelo presidente da República.

70) Norma da Constituição Estadual pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade perante Tribunal de Justiça, por ofensiva a princípio constitucional sensível disposto na Constituição Federal.

71) Qualquer lei federal pode ser argüida de inconstitucional em sede de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

72) Uma súmula de jurisprudência de tribunal superior pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade no STF.

73) O tratamento oferecido pelo legislador ordinário ao instituto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, possibilitando ao Supremo Tribunal Federal a resolução de controvérsia constitucional sobre leis ou atos normativos anteriores à Constituição de 1988 mediante decisão dotada de eficácia contra todos e efeito vinculante, implicou a adoção no direito constitucional brasileiro da chamada teoria da inconstitucionalidade superveniente, até então não aceita pelo Tribunal.

74) Considere a seguinte situação hipotética: O presidente da República ajuizou ação declaratória de constitucionalidade, com pedido de liminar, de lei que criava determinada contribuição social. O STF concedeu o provimento liminar.

Nesse ínterim, vários juízes federais, país afora, começaram a conceder liminares, em ações individuais, eximindo os contribuintes do pagamento da referida contribuição. Nessas circunstâncias, estritamente de acordo com a jurisprudência do STF, as liminares dos juízes federais são válidas, pois a decisão liminar em ação declaratória de constitucionalidade não tem efeito vinculante.

75) No sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) em relação a determinada lei federal não impede que a compatibilidade desta lei com a Constituição seja discutida em ações individuais.

76) Cabe à Lei Orgânica do Distrito Federal a instituição de ação direta de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos distritais em face de sua Lei Orgânica.

77) O Poder Legislativo está autorizado a aprovar lei em cujos dispositivos se declarem nulas e de nenhuma eficácia, por serem inconstitucionais, outras leis de sua autoria.

78) A extrapolação, pelo Poder Executivo, no uso do seu poder regulamentar, caracteriza, segundo a jurisprudência do STF, uma ilegalidade e não uma inconstitucionalidade, uma vez que não há ofensa direta à literalidade de dispositivo da Constituição.

79) A decisão definitiva em recurso extraordinário que modifica a conclusão de acórdão proferido por Tribunal de Justiça em ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente pela Corte estadual para julgá-la procedente, com a declaração de inconstitucionalidade da lei, no Plenário do Supremo Tribunal Federal, goza de eficácia contra todos (erga omnes), sendo dispensada a sua comunicação ao Senado Federal.

80) A decisão definitiva em recurso extraordinário comunicada ao Senado Federal gera para essa Casa legislativa a faculdade de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional pela maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal no

juízo de quele recurso, exceto se essa lei for municipal ou distrital, quando aprovada, neste último caso, pelo Distrito Federal no exercício de competência municipal.

81) A doutrina e a jurisprudência reconhecem o efeito repristinatório em relação à lei que foi revogada por lei declarada inconstitucional pelo STF.

82) Somente o Supremo Tribunal Federal pode julgar, em abstrato, a constitucionalidade de uma lei em face da Constituição Federal.

83) Decidido pelo STF, em ação direta de inconstitucionalidade, que uma lei é inconstitucional, nenhum outro órgão do Judiciário pode decidir em sentido contrário, qualquer que seja o processo que esteja analisando.

84) A adoção do controle de constitucionalidade por meio de ação direta de inconstitucionalidade pelo STF foi estabelecida por emenda à Constituição Federal de 1946.

GABARITOS COMENTADOS

1) CERTO; de fato, no nosso País convivem o controle judicial difuso e o controle judicial concentrado de constitucionalidade, havendo entre eles diferenças relativas aos efeitos da decisão judicial (no difuso, eficácia inter partes; no concentrado, erga omnes), aos legitimados para promover o controle (no difuso, qualquer pessoa interessada; no concentrado, somente os legitimados pelo art. 103, I ao IX), ao processo (no difuso, em qualquer processo submetido à apreciação do Poder Judiciário; no concentrado, somente por meio das ações especiais: ADIN, ADECON e ADPF) e aos órgãos competentes para realizá-lo (no difuso, qualquer juiz ou tribunal do País; no concentrado, somente o STF e os Tribunais de Justiça).

2) ERRADO; lei do Distrito Federal que disciplina o IPTU é lei editada no uso da competência municipal, pois este é um tributo de competência dos Municípios, e, portanto, não pode ser objeto de ADIN perante o STF; somente as leis do DF

editadas no uso da competência estadual podem ser impugnadas em ADIN perante o STF; se a lei versasse sobre IPVA, por exemplo, que é um tributo estadual, poderia ser impugnada em ADIN perante o STF.

3) ERRADO; não se admite desistência das ações do controle abstrato perante o STF, tampouco do pedido de medida cautelar nelas formulado.

4) CERTO; o cabimento da ADECON pressupõe a comprovação, pelo autor da ação, da existência de relevante controvérsia **judicial** sobre a norma objeto da ação; essa comprovação será feita por meio da juntada à petição inicial de decisões judiciais conflitantes proferidas pelos juízos inferiores; importante ressaltar que, segundo o STF, a controvérsia tem que ser judicial – e não apenas doutrinária, entre os estudiosos do Direito.

5) ERRADO; o STF firmou entendimento de que não só as decisões definitivas de mérito, mas também as decisões proferidas em medida cautelar em ADIN e ADECON são dotadas de efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

6) ERRADO; em se tratando de omissão de um dos Poderes da República (Presidência da República, STF, Câmara dos Deputados e Senado Federal), será dada mera ciência, sem fixação de prazo limite; somente se a omissão for de órgão administrativo é que será fixado o prazo de trinta dias para a adoção das providências cabíveis (CF, art. 103, § 2º).

7) CERTO; a jurisprudência do STF firmou-se no sentido de que é incabível a concessão de medida cautelar em ADIN por omissão.

8) CERTO; haja vista que a ADIN perante o STF só admite como seu objeto normas federais ou estaduais, ou do Distrito Federal, neste caso se editada no uso de competência estadual.

9) CERTO; em regra, a concessão de medida cautelar nas ações do controle abstrato produz efeitos ex nunc (não-

retroativos); porém, o STF poderá conceder efeitos retroativos (ex tunc), desde que o faça expressamente.

10) CERTO; a Emenda Constitucional nº 45/2004 igualou a legitimação para a propositura de todas as ações do controle abstrato perante o STF; portanto, após a EC nº 45/2004, os legitimados pelo art. 103, I ao IX, da CF poderão propor todas as ações do controle abstrato perante o STF.

11) ERRADO; as leis do DF editadas no uso da competência estadual não poderão ser objeto de ADECON perante o STF, haja vista que essa ação só admite como seu objeto leis e atos normativos federais (CF, art. 102, I, a); essas leis, editadas pelo DF no uso da competência estadual, poderão ser objeto de ADIN perante o STF (e não de ADECON).

12) ERRADO; primeiro porque não se pode impugnar direito pré-constitucional em ADIN perante o STF; segundo porque não há que se falar em inconstitucionalidade superveniente do direito pré-constitucional frente à nova Constituição; em caso de conflito material entre o direito pré-constitucional e a Constituição Federal de 1988 teremos simplesmente um caso de revogação (e não de inconstitucionalidade superveniente).

13) ERRADO; os tratados internacionais podem ser objeto de ADIN perante o STF.

14) CERTO; lei municipal pode vir a ser declarada inconstitucional pelo STF no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, desde que em sede de ADPF (não poderá, apenas, ser objeto de ADIN e ADECON, pois essas ações não se prestam para a fiscalização da validade de normas municipais).

15) CERTO; a ADIN é ação de natureza dúplice ou ambivalente: se julgada procedente, declarar-se-á a inconstitucionalidade da norma impugnada; se julgada improcedente, declarar-se-á a constitucionalidade da norma impugnada; num ou noutro sentido, a decisão terá a mesma força (eficácia erga omnes, efeito vinculante etc.).

16) ERRADO; pois nem todos os enunciados estão corretos, senão vejamos: (1) está certo, pois lei municipal não pode ser

objeto de ADECON; (2) está errado, pois, a partir da EC nº 45/2004, o Governador de Estado é legitimado para propor ADECON; (3) está certo, pois a decisão em ADECON produz efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal; (4) está certo, pois é incabível ação rescisória contra decisão do STF proferida nas ações do controle abstrato.

17) ERRADO; é possível a declaração de inconstitucionalidade em sede de ação civil pública, desde que no controle difuso, diante de um caso concreto (eficácia inter partes); o que o STF não admite é a declaração de inconstitucionalidade em ação civil pública com eficácia erga omnes, pois nesse caso a ação civil pública estaria, indevidamente, substituindo a ADIN.

18) CERTO; certamente as constituições estaduais ao elegerem os legitimados para propor ADIN perante o Tribunal de Justiça elegerão legitimados distintos daqueles enumerados no art. 103, I ao IX, da Constituição Federal, que são os autorizados a instaurar o controle abstrato perante o STF; primeiro, porque elas têm competência para isso, visto que a única restrição imposta pela Constituição Federal é a vedação ao monopólio (CF, art. 125, § 2º); segundo, porque não faria o menor sentido alguns dos legitimados pelo art. 103 da CF propor ADIN perante o Tribunal de Justiça (Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa do Senado Federal, Procurador-Geral da República etc.).

19) ERRADO; o Tribunal de Justiça só realiza controle abstrato em face da Constituição Estadual (CF, art. 125, § 2º); controle abstrato em confronto com a Constituição Federal é atribuição exclusiva do STF.

20) CERTO; as leis estaduais estão sujeitas a um duplo controle de constitucionalidade via ação direta (um perante o TJ, em confronto com a Constituição do Estado; outro perante o STF, em face da Constituição Federal); portanto, o TJ poderá, em ADIN, declarar uma lei estadual constitucional, em face da Constituição do Estado, e, no amanhã, o STF

poderá declarar essa mesma lei inconstitucional, em ADIN, por desrespeito à Constituição Federal; nessa situação, evidentemente, prevalecerá a decisão do STF, pois este Tribunal examinou a validade da lei em confronto com a Constituição Federal, e proferiu uma decisão que produzirá eficácia erga omnes e retirará a lei do ordenamento jurídico.

21) CERTO; a Lei Orgânica do Distrito Federal não dispõe uma só palavra sobre controle de constitucionalidade, nem sobre o Poder Judiciário local, pois quem organiza, mantém e legisla sobre o Poder Judiciário no Distrito Federal é a União (CF, arts. 21, XIII e 22, XVII).

22) ERRADO; se as partes e o Ministério Público não suscitarem o incidente de inconstitucionalidade, o próprio juiz, de ofício, poderá declarar a lei inconstitucional, afastando a sua aplicação ao caso concreto.

23) ERRADO; a revogação superveniente da lei objeto da ADIN – entre a propositura da ação e o seu julgamento – faz com que a ação seja considerada prejudicada, por perda de objeto.

24) ERRADO; Lei Orgânica do Município é norma municipal, que deve obediência à Constituição do Estado, e, como tal, pode ser objeto de ADIN perante o Tribunal de Justiça, em face da Constituição Estadual (CF, art. 125, § 2º).

25) CERTO; porque a ADIN perante o STF não admite leis municipais como seu objeto.

26) CERTO; porque a ADECON perante o STF só admite como seu objeto leis e atos normativos federais.

27) ERRADO; em regra, a decisão do STF proferida em ADIN produz efeitos ex tunc (retroativos), retirando a lei do ordenamento jurídico desde o seu nascimento.

28) ERRADO; a decisão do STF proferida em ADECON é dotada de efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal; no controle abstrato, quando o STF avalia a constitucionalidade de uma

norma o Tribunal examina todo o ordenamento constitucional, exaurindo todas as fundamentações possíveis sobre a validade da lei.

29) ERRADO; o Senado Federal não suspende a execução das leis declaradas inconstitucionais pelo STF no controle abstrato, mas somente quando o STF proclama a inconstitucionalidade das leis no controle difuso.

30) ERRADO; é possível, por meio de ação judicial, impedir o Poder Legislativo de deliberar acerca de determinadas matérias, no caso de desrespeito ao processo legislativo prescrito na Constituição Federal; temos o caso do controle de constitucionalidade incidente sobre o processo legislativo de elaboração de emendas constitucionais e de leis, em que um congressista da Casa Legislativa em que estiver tramitando a proposição poderá ajuizar mandado de segurança perante o STF, pleiteando a sustação do processo legislativo que desrespeita a Constituição.

31) CERTO; nem todos os legitimados poderão impugnar qualquer matéria, porque os “legitimados especiais” têm que comprovar pertinência temática, isto é, têm que comprovar interesse na impugnação da lei; são legitimados especiais: a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

32) ERRADO; o Procurador-Geral da República mantém o seu direito de manifestação mesmo naquelas ações diretas por ele propostas.

33) ERRADO; por força da exigência de reserva de plenário (CF, art. 97), os órgãos fracionários dos tribunais, Câmaras ou Turmas, só podem declarar a inconstitucionalidade das leis se já houver decisão anterior do Plenário ou do Órgão Especial do próprio Tribunal, ou do STF.

34) ERRADO; a observância da reserva de plenário só se aplica ao primeiro julgamento envolvendo determinada lei; se já houver decisão do Plenário, do Órgão Especial ou do STF

sobre a validade da lei, os próprios órgãos fracionários declararão a inconstitucionalidade dessa lei.

35) ERRADO; a ADECON só admite como seu objeto normas federais.

36) ERRADO: a manifestação do Procurador-Geral da República é obrigatória em todas as ações do controle abstrato, bem assim em todos os processos de competência do STF (CF, art. 103, § 1º).

37) ERRADO; o Advogado-Geral da União tem a obrigação constitucional de defender a norma impugnada em ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, § 3º); o STF só dispensa a defesa do Advogado-Geral da União se o Tribunal já tiver firmado posição sobre a inconstitucionalidade da norma.

38) CERTO; a decisão proferida no controle difuso poderá vir a ter efeitos contra todos se o Senado Federal decidir pela suspensão da execução da lei declarada definitivamente inconstitucional pelo STF, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal.

39) ERRADO; as decisões do STF que são dotadas de eficácia erga omnes são aquelas proferidas nas ações do controle abstrato; as decisões proferidas pelo STF no controle difuso têm, apenas, eficácia inter partes.

40) ERRADO; essa restrição, prevista no art. 66, § 2º, da Constituição Federal, aplica-se, tão-somente, ao veto do Chefe do Executivo, não limitando a atuação do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade das leis.

41) CERTO; o mandado de segurança é ação do controle difuso e, como se sabe, a eficácia inter partes é própria dessa via de controle.

42) ERRADO; o Senado Federal não poderá alterar os termos da decisão proferida pelo STF, nem restringindo, nem ampliando o alcance da decisão do Tribunal.

43) ERRADO; normas constitucionais originárias, inseridas na Constituição no momento de sua elaboração pelo poder

constituente originário, não se sujeitam a controle de constitucionalidade, isto é, não podem ser declaradas inconstitucionais.

44) CERTO; a ADECON é ação de natureza dúplice ou ambivalente: (a) se julgada procedente, declarar-se-á a constitucionalidade da norma; (b) se julgada improcedente, declarar-se-á a inconstitucionalidade da norma; num ou noutro sentido, a decisão produz efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

45) ERRADO; uma lei municipal pode ser declarada inconstitucional pelo STF no controle difuso ou em sede de ADPF; o que não se admite é a declaração de sua inconstitucionalidade em sede de ADIN ou ADECON, pois essas ações não admitem leis municipais como seu objeto.

46) ERRADO; um tribunal de justiça estadual não pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal no controle abstrato; porém, pode declarar essa inconstitucionalidade no controle difuso, diante de casos concretos submetidos à sua apreciação.

47) CERTO; em regra, a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos ex tunc (retroativos); porém, em situações excepcionais, pode o STF proclamar a inconstitucionalidade com eficácia ex nunc.

48) ERRADO; a Constituição Federal só autoriza, expressamente, a instituição de ADIN (“representação de inconstitucionalidade”, diz a redação do art. 125, § 2º, da CF); porém, pacificou-se o entendimento de que os Estados podem, também, instituir as outras ações do controle abstrato – ADIN por omissão, ADECON e ADPF.

49) ERRADO; somente os atos editados pelo Distrito Federal no desempenho de atribuição estadual se submetem ao controle de constitucionalidade mediante ação direta perante o STF.

50) ERRADO; a jurisprudência do STF é firme no sentido de

que o Chefe de Poder Executivo – federal, estadual ou municipal - pode deixar de cumprir lei que entenda seja inconstitucional.

51) ERRADO; atos regulamentares não se sujeitam à impugnação em ação direta perante o STF.

52) ERRADO; se o decreto está em conflito com a lei é porque, certamente, trata-se de decreto regulamentar, e, conforme vimos, atos regulamentares não se sujeitam ao controle via ação direta perante o STF; se o decreto regulamentar está em conflito com a lei, o próprio Congresso Nacional poderá sustá-lo, com base na competência estabelecida no art. 49, V, da Constituição Federal.

53) CERTO; os decretos do Presidente da República podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade perante o STF, desde que não sejam de natureza regulamentar.

54) ERRADO; o Governador de um Estado pode impugnar, em ADIN, lei ou ato normativo de outro Estado, desde que comprove a devida pertinência temática.

55) ERRADO; os atos praticados com base em lei declarada inconstitucional pelo STF em controle abstrato não se tornam, como consequência automática dessa decisão, também nulos e insuscetíveis de produzir efeitos; a decisão do STF no controle abstrato apenas permite que a parte prejudicada intente, nas vias próprias do controle difuso, o desfazimento de tais atos, se ainda houver tempo hábil para isso.

56) ERRADO; a concessão de medida cautelar em ADIN torna aplicável a legislação anterior, que a lei, objeto da ação direta, revogara expressamente, salvo manifestação do STF em sentido contrário.

57) ERRADO; os Tribunais de Contas, no desempenho de suas atribuições, podem declarar a inconstitucionalidade das leis.

58) ERRADO; um Governador de Estado pode, desde que comprovada a devida pertinência temática, propor ADIN e ADECON tendo por objeto lei federal, pois, a partir da

promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, o Governador de Estado é, também, legitimado no processo de ADECON (CF, art. 103, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004).

59) CERTO; só o STF realiza controle abstrato de normas federais, aprovadas pelo Congresso Nacional; os Tribunais de Justiça também realizam controle abstrato, mas somente de leis estaduais e municipais.

60) CERTO; somente o STF realiza controle abstrato em face da Constituição Federal; os Tribunais de Justiça só realizam controle abstrato em confronto com a Constituição Estadual.

61) CERTO; o Presidente da República, por meio de decreto, adotou os efeitos ex tunc (retroativos) para a suspensão de execução pelo Senado Federal de lei definitivamente declarada inconstitucional pelo STF; essa medida do Presidente da República, porém, só obriga a Administração Pública Federal.

62) CERTO; em regra, a decisão do STF proferida nas ações do controle abstrato produz efeitos retroativos (ex tunc), retirando a lei do ordenamento jurídico desde o seu nascimento; porém, em situações excepcionais, poderá o STF outorgar efeitos não retroativos (ex nunc) à sua decisão, ou até mesmo fixar um outro momento para o início da eficácia de sua decisão.

63) CERTO; é cabível recurso extraordinário contra decisão de Tribunal de Justiça Estadual que, em sede ação direta de inconstitucionalidade estadual, declarou constitucional uma lei municipal confrontada com dispositivo da Constituição Estadual cujo conteúdo é reprodução obrigatória de conteúdo de dispositivo da Constituição Federal.

64) ERRADO; medida provisória ainda não convertida em lei sujeita-se normalmente ao controle de constitucionalidade, tanto difuso, quanto concentrado.

65) CERTO; a ADIN perante o STF não admite como seu objeto normas já revogadas.

66) ERRADO; assim como a ADIN genérica admite como seu objeto leis e atos normativos federais e estaduais, a ADIN por omissão também se presta para o controle das omissões federais e estaduais.

67) CERTO; os regimentos dos tribunais são elaborados pelos próprios tribunais (CF, art. 96, I, a); são, por esse motivo, normas infraconstitucionais primárias, que se sujeitam normalmente ao controle de constitucionalidade, abstrato ou concreto; assim, tanto um dos legitimados pela Constituição poderá impugnar, em ADIN, dispositivo de um regimento, quanto o indivíduo, diante de um caso concreto, poderá impugnar, na via difusa, esse mesmo dispositivo (via mandado de segurança, por exemplo).

68) ERRADO; a ação direta perante o STF não admite como seu objeto normas municipais.

69) ERRADO; na vigência da Constituição pretérita a legitimação era outorgada, de forma exclusiva, ao Procurador-Geral da República (e não ao Presidente da República).

70) ERRADO; o Tribunal de Justiça não aprecia, em ADIN, normas municipais ou estaduais em confronto com a Constituição Federal; todo o controle abstrato perante o Tribunal de Justiça é realizado em face da Constituição do Estado.

71) ERRADO; conforme vimos, para que uma lei – federal ou estadual – possa ser impugnada em ADIN perante o STF ela deverá obedecer a certos requisitos, a saber: (a) ser pós-constitucional; (b) ser dotada de generalidade, de abstração, de caráter normativo; (c) estar em vigor; (d) não possuir caráter regulamentar.

72) ERRADO; segundo a jurisprudência do STF, súmula de tribunal não pode ser objeto de ADIN perante o Tribunal, por falta de conteúdo normativo.

73) ERRADO; o fato de a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) aceitar como seu objeto a fiscalização da validade de normas pré-constitucionais não

significa que o STF tenha passado a adotar a tese da inconstitucionalidade superveniente no Brasil; as normas pré-constitucionais poderão ser fiscalizadas na via da ADPF, mas não para serem declaradas supervenientemente inconstitucionais – e sim para firmar-se entendimento sobre sua revogação ou recepção pela atual Constituição Federal de 1988, em proteção a preceito fundamental da Constituição Federal de 1988.

74) ERRADO; as decisões dos juízos inferiores, que contrariam a decisão do STF, em liminar em ADECON, são inválidas, haja vista que a decisão liminar em ação declaratória de constitucionalidade é dotada de efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal; nessa situação, diante da desobediência dos juízos inferiores, a parte prejudicada poderá ajuizar reclamação diretamente perante o STF, para que este Tribunal garanta a autoridade de sua decisão.

75) CERTO; a propositura de ADIN não impede que os indivíduos discutam, em controvérsias concretas, a validade da mesma lei; exemplificando: um dos legitimados pela Constituição Federal ajuíza ADIN perante o STF, impugnando uma lei tributária; ao mesmo tempo, contribuintes pelo País afora ajuízam mandado de segurança contra a mesma lei, com pedido de medida liminar, intentando, desde já, afastar a aplicação da lei aos seus processos.

76) ERRADO; a Lei Orgânica do Distrito Federal não disciplina o controle de constitucionalidade no âmbito deste ente federado, pois quem organiza, mantém e legisla sobre o Poder Judiciário no Distrito Federal é a União (CF, arts. 21, XIII e 22, XVII); portanto, quem legisla sobre o controle de constitucionalidade em abstrato no Distrito Federal é o Congresso Nacional, por meio de lei federal.

77) ERRADO; segundo orientação do STF, o Poder Legislativo não pode aprovar lei declarando inconstitucionais outras leis de sua autoria; o Poder Legislativo pode, se for o caso, aprovar lei superveniente revogando lei anterior de sua

autoria, mas não declarando a sua inconstitucionalidade, com eficácia retroativa (ex tunc).

78) CERTO; segundo orientação do STF, se o Poder Executivo, ao editar um decreto para regulamentar uma lei, extrapolar os contornos da lei, estará praticando uma ilegalidade e não uma inconstitucionalidade, uma vez que não há ofensa direta à literalidade de dispositivo da Constituição; vale lembrar que, nesse caso, esse decreto regulamentar ilegal não poderá ser impugnado em ação direta perante o STF, por se tratar de norma meramente regulamentar.

79) CERTO; quando uma lei – estadual ou municipal – é impugnada no controle abstrato perante o Tribunal de Justiça em face de dispositivo da Constituição Estadual que é mera reprodução de dispositivo da Constituição Federal será cabível, contra a decisão do Tribunal de Justiça, recurso extraordinário perante o STF; nesse caso, a decisão proferida pelo STF nesse recurso extraordinário é dotada de eficácia geral (erga omnes); ora, se a própria decisão do STF já é dotada de eficácia erga omnes, não há razões para comunicação ao Senado Federal.

80) ERRADO; a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada definitivamente inconstitucional pelo STF abrange leis federais, estaduais, municipais e do Distrito Federal, ainda quando editadas no desempenho de atribuição municipal (a restrição que existe, sobre as leis do Distrito Federal editadas no uso da competência municipal, refere-se à impugnação em ação direta de inconstitucionalidade).

81) CERTO; a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF tem efeito repristinatório em relação à norma que havia sido revogada pela lei que é declarada inconstitucional; importantíssimo lembrar que esse efeito repristinatório tácito ocorre não só nas decisões definitivas de mérito, mas, também, nas concessões de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade.

82) CERTO; somente o STF realiza controle abstrato em

confronto com a Constituição Federal; os Tribunais de Justiça também realizam controle abstrato, mas sempre em face da Constituição Estadual (CF, art. 125, § 2º).

83) CERTO; as decisões proferidas pelo STF em ADIN são dotadas de efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (CF, art. 102, § 2º).

84) CERTO; a ação direta de inconstitucionalidade perante o STF foi criada por uma emenda à Constituição Federal de 1946.

**AULA Nº 21: ATUALIZAÇÕES DE AULAS PRETÉRITAS,
EM FACE DA PROMULGAÇÃO DA EC Nº 45, DE 2004**

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, alguns itens de aulas pretéritas ficaram desatualizados.

A atualização será feita da seguinte maneira:

a) estão indicados, na tabela a seguir, os itens das aulas pretéritas que foram modificados;

b) nas aulas pretéritas, anteriormente divulgadas, o texto desses itens foi modificado, com as alterações e/ou acréscimos pertinentes; para facilitar a localização, as modificações estão gravadas na cor vermelha.

MODIFICAÇÕES NAS AULAS PRETÉRITAS	
Aula 4	Item 10.3
Aula 5	Itens 24 e 25.3
Aula 8	Item 6
Aula 10	Itens 3 e 5
Aula 12	Item 2
Aula 14	Itens 1.5, 4, 5, 6, 8 e o gabarito do exercício 6

Com a divulgação dessas atualizações, encerramos nosso curso on-line de Direito Constitucional. Agradeço a confiança depositada no meu trabalho e, mais uma vez, peço desculpas pelos transtornos decorrentes de minhas ausências, anteriormente justificadas.

Em breve será divulgado no site Ponto dos Concursos, gratuitamente, um texto de minha autoria com sucintos comentários à Emenda Constitucional nº 45/2004, que implementou a Reforma do Judiciário.

Um forte abraço,

Vicente Paulo

CURSOS ON-LINE – DIREITO CONSTITUCIONAL – PROFESSOR VICENTE PAULO

QUADRO COMPARATIVO ENTRE ADIN E ADECON			
	ITENS	ADIN	ADECON
1	Pedido	Inconstitucionalidade	Constitucionalidade
2	Objeto	Leis e atos normativos federais e estaduais (e do DF, desde que no desempenho de competência estadual)	Somente leis e atos normativos federais
3	Admite direito municipal e pré-constitucional como objeto	Não	Não
4	Legitimação	Art. 103, I ao IX	Idem
5	Exige “pertinência temática” para a propositura da ação	Sim, em relação aos legitimados especiais	Idem
6	Exige comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da lei	Não	Sim
7	Possibilidade de concessão de medida cautelar	Sim	Sim
8	Deliberação para concessão da medida cautelar	Maioria absoluta, salvo no período de recesso	Idem
9	Força da decisão concessiva da medida cautelar	(1) susta a eficácia da norma impugnada até o julgamento do mérito; (2) torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo manifestação expressa do STF em sentido contrário; (3) eficácia erga omnes e efeito vinculante	(i) determinação para que os juízes e os tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei até seu julgamento definitivo; (2) eficácia erga omnes e efeito vinculante.
10	Prazo de eficácia da medida cautelar	Não há previsão legal de prazo limite	180 dias
11	Efeitos da medida cautelar	(1) em regra, <i>ex nunc</i> ; (2) poderá ser <i>ex tunc</i> , desde que o STF o faça expressamente	Idem
12	Participação do Procurador-Geral da República	Sim	Sim
13	Participação do Advogado-Geral da União	Sim	Não
14	Natureza dúplice ou	Sim	Sim

CURSOS ON-LINE – DIREITO CONSTITUCIONAL – PROFESSOR VICENTE PAULO

	ambivalente		
15	Quando a ação é julgada procedente, reconhece o STF...	A inconstitucionalidade da norma	A constitucionalidade da norma
16	Quando a ação é julgada improcedente, reconhece o STF...	A constitucionalidade da norma	A inconstitucionalidade da norma
17	Efeitos da decisão definitiva de mérito	Em regra: eficácia <i>erga omnes</i> , efeito vinculante e <i>ex tunc</i>	Idem
18	Possibilidade de o STF restringir os efeitos da decisão definitiva (ex nunc etc.)	Sim, desde diante de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social e por maioria de dois terços dos membros do STF	Idem
19	Possibilidade de desistência da ação	Não	Não
20	Possibilidade de desistência do pedido de medida cautelar	Não	Não
21	Possibilidade de ação rescisória contra a decisão do STF	Não	Não
22	Possibilidade de amicus curiae	Sim	Sim
23	Quórum para instalação da sessão de julgamento	Oito Ministros	Idem
24	Quórum para deliberação sobre a validade da norma	Maioria absoluta (seis Ministros)	Idem
25	Recorribilidade da decisão do STF	A decisão é irrecurável, ressalvada a interposição de embargos declaratórios	Idem
26	Pode ser instituída pelos Estados-membros	Sim, desde que perante o Tribunal de Justiça, para o confronto de leis locais com a Constituição do Estado	Idem
27	Prazo decadencial para o ajuizamento da ação	Não há	Idem