I'm not a robot

Direito constitucional esquematizado pedro lenza pdf 2019

Abstract9.14.5.2. Breves notas sobre o processo de formação dos tratados internacionais e a novidade trazida pela EC n. Academia.edu uses cookies to personalize content, tailor ads and improve the user experience. By using our site, you agree to our collection of information through the use of cookies. To learn more, view our Privacy Policy. 1,554 Pages • 742,450 Words • PDF • 75.2 MB Uploaded at 2021-09-24 17:11 This document was submitted by our user and they confirm that they have the consent to share it. Assuming that you are writer or own the copyright of this document, report to us by using this DMCA report button. Histórico da Obra 11 1.• edição: jan./2000 a 2.• edição: jun./2001 m 3.• edição: fev./2002 a 4.' edição: 11 s.• edição: a 6.' edição: a 7.• edição: a s.• edição: ago./2002 fev./2003 maio/2003; 2.' ti r., set.l2003 jan./2004; 2.• !ir., fev./2004; 3.• tir., mar./2004; 4.' !ir., abr./2004; 5.• !ir., maio/2004; 6.' tir., jul./2004; 7.' tir., ago./2004; 8.' tir., set.l2004; 9.' !ir., out.l2004 fev./2005; 2.• !ir., mar./2005; 3.• !ir., maio/2005; 4.' !ir., jun./2005 • 9.' edição: out./2005; 2.' ti r., jan./2006 a 1 o.• edição: mar./2006; 2.• ti r., maio/2006; 3.• ti r., jul./2006; 4.' ti r., set./2006; 5.' ti r., nov./2006 a 11.• edição: mar./2007; 2.• !ir., abr./2007; 3.' tir., maio/2007; 4.' tir., ago./2007; 5.' !ir., set./2007; 6.• tir., out./2007 1112.• edição: mar./2008; 2.' ti r., mar./2008; 3.' ti r., abr./2008; 4.' ti r., jun./2008; 5.' ti r., ago./2008; 6.' ti r., ago./2008; 7 .'ti r., out./2008 a 13.• edição: fev./2009; 2.' tir., mar./2009; 3.' tir., abr./2009; 4.' tir., jul./2009; 5.' tir., ago./2009; 6.• tir., sel./2009 a 14.' edição: fev./2010; 2.' tir., mar./2010; 3.' tir., jul./2010; 4.' tir., ago./2010; 5.' !ir., sel./2010 1115.' edição: fev./2011; 2.' !ir., maio/2011; 3.' !ir., ago./2011 11 16.' edição: fev./2012; 2.• !ir., jul./2012; 3.' ti r., set./2012 11 17 .• edição: mar./2013; 2.' ti r., ago./2013; 3.' ti r., out./2013 a 18.' edição: fev./2014; 2.' !ir., sel./2014; 3.' !ir., oul./2014; 4.' !ir., fev./2015; 5.' tir., mar./2015; 6.' tir., abr./2015; 7.' tir., maio/2015 a19.' edição: jul./2015 (\1.Edltora ~ Saraiva Rua Henrtque Schaumann, 270, Cerqueim César - São Paulo - SP CEP 05413·909 PABX: (11) 3613 3000 SAC: 0800 011 7875 De 2~ o6~. dos 8:30 os 19:30 www.editorosomivo.com.brjcontoto Direção editorial Luiz Roberto Curia Gerência editorial Tho~ de Camargo Rodrigues Assistência editorial Deborah Coelr!no de Freilr!s Viodono Coordenaçäa geral Gorisso Boroschi Mario Preparação de originais Mario lzobel Barreiros Bitencourt Bresson e Ano Crisnno Garcia (coords.) Arte, diagramação erevisão Know-how Editorial Serviços editoriais Elaine Crisnno da Silvo Kelli Priscilo Pinlr! Tiogo Dela Rosa Capo Aero Comunicação Produção gráfico Marli Rompim Impressão EGB- Eclilr!ro Gr6fica Bemorcli Ltdo. Acabamento EGB •Eclilr!ro Gr6fica Bemorcli Ltdo. ISBN 97B·B5·02·62751·2 Dados Internacionais de Cotologoção no Publicação (CIP} (Cômoro Bros~eiro do livro, SP, Brasil) ' Lenzá, P~dro :'· Dir~i\o constitucian~l e~ Pedro Lenza 13.7.2. Cooperação entre a União e os Estados-Membros e o DF e a Força Nacional de Segurança Pública ..... 1108 13.7.3. BEPE- Batalhão Especial de Pronto Emprego ..... 13.7.4. UPPs- Unidades de Polícia Pacificadora (RJ) ..... 13.7.5. Polícias da União ..... 13.7.5.1 Polícia Federal (PF) ..... 13.7.5.2. Polícia Rodoviária Federal (PRF) ..... 13.7.5.3. Polícia Ferroviária Federal (PFF) ..... 13.7.6. Polícias dos Estados ..... 13.7.6.1. Polícia civil estadual... ..... 13.7.6.2. Nos Municípios em que o Departamento de Polícia Civil não contar com servidor de carreira para o desempenho das funções de delegado de polícia de carreira, o atendimento nas delegacias de polícia poderá ser realizado por subtenente ou sargento da polícia militar?..... 13.7.6.3. Polícia judiciária dos Estados- discussão sobre a escolha do diretor-geral da Polícia Civil. Superação do entendimento firmado na ADI 132. Reconstrução jurisdicional da própria teoria do federalismo (A DI 3.062). Análise da ADI 3.038 ..... 13.7.6.4. Polícia ostensiva ou preventiva dos Estados:_ PM e Corpo de Bombeiros Militares ..... :·.....; ..... 13.7.7. Polícias do·Distrito Federal ..... 13.7.8. Polícias dos Territórios ..... 13.7.9. Policiais civis e militares: direito de greve(?) e anistia(?) ..... 13.7.9.1. Direito de greve? ..... :..... 13.7.9.2. Lei poderá conceder anistia a policiais civis ou militares (PM e Corpo de Bombeiros) em relação a eve9tuais crimes praticados e infrações disciplinares conexas decorrentes de participação em movimentos reivindicatórios? ..... 13.7.10. Polícias dos Municípios ..... 13.7.11. Segurança viária. Carreira dos agentes de trânsito. EC n; 82/2014 ..... 13.7.11.1. Tramitação da EC n. 82/2014 ..... 13.7.11.2. A segurança viária é questão de saúde pública ..... 13.7.11.3. Tripé da segurança viária ..... 13.7.11.4. Segurança viária: questão a ser tratada de forma indissociável da segurança pública..... 13.7.11.5. A carreira específica de agentes de trânsito ..... 13.8. Questões ..... Gabarito ..... 14. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS ..... 14.1. Localização ..... 14.2. Evolução dos direitos fundamentais ("gerações" ou "dimensões" de direitos) ..... 14.2.1. Direitos fundamentais da 1." dimensão ..... 14.2.2. Direitos fundamentais da 2.• dimensão ..... 14.2.3. Direitos fundamentais da 3.• dimensão ..... 14.2.4. Direitos fundamentais da 4." dimensão ..... 14.2.5. Direitos fundamentais da 5.• dimensão ..... 14.3. Diferenciação entre direitos e garantias fundamentais ..... 14.4. Características dos direitos e garantias fundamentais ..... 1109 1109 1110 1110 1113 1113 1114 1114 1115 1115 1117 1118 1120 1122 1122 1123 1127 1129 1129 1129 1130 1131 1132 1133 1139 1141 1141 1141 1142 1143 1143 1144 1145 1145 1146 l í" I 1 El Sumário 55 14.5. 14.6. 14.7. 14.8. Abrangência dos direitos e garantias fundamentais ..... A aplicabilidade das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais ..... A teoria doo quatro status dé Jellinek ..... Eficácia horizontal dos direitos fundamentais ..... 14.8.1. Aspectos gerais ..... 14.8.2. Teorias da eficácia indireta (mediata) ou direta (imediata) ..... 14.8.3. Eficácia "irradiante" dos direitos fundamentais ..... 14.8.4. Alguns precedentes ..... 14.8.5. Brevíssima conclusão ..... 14.9. Deveres fundamentais ..... 14.10. Direitos individuais e coletivos ..... 14.10.1. Direito à vida (art. 5.0 , caput) ..... 14.~0.1.1. Aspectos gerais ..... 14.~0.1.2. Células-tronco embrionárias ..... 14.~0.1.3. Interrupção de gravidez de feto anencefálico ..... 14.:0.1.4. Eutanásia ..... 14.10.2. Princípio da igualdade (art. 5.0 , caput, l) ..... 14.:0.2.1. Aspectos gerais ..... :.. :..... 14.~0.2.2. Separate but equal e Treatment as an equal.,:····· 14.~0.2.3. Ações afirmativas- três importantes precedentes da Suprema Corte (Cotas Raciais, PROUNI e Lei Maria da Penha) e a Lei :1. 12.990/2015 ····· 14.:0.2.4. Ações afirmativas- indicação de Ministros para o STF ..... 14.:0.2.5. Princípio da congeneridade ..... .'..... 14.:0.2.6. Foro da residência da mulher no CPC/73. Nova regra trazida ?elo CPC/2015 (foro de domicílio do guardião de filho incapaz) ..... 14.:0.2.7. Art. 384 da CLT: intervalo de 15 minutos para as mulheres antes de hora extra ..... 14.10.3. Prbcfpio da legalidade (art. 5. li) ..... 14.10.4. Proibição da tortura (art. 5.0 , III) ..... 14.10.5. Liberdade da manifestação de pensamento (art. 5.0 , IV e V) ..... 14.10.5.1. Liberdade de expressão e a problemática do hate speech. ·'Posição de preferência" da liberdade de expressão. Interessante exemplo no âmbito da rede mundial de computares ("marco civil da internet" Lei n. 12.965/2014) --·---·---·---·.. ····· .. ····· ·- 14.10.5.2. Ainda a problemática do hate speech (discursos de incitação ao ·5dio). Liberdade de expressão e a prática do crime de racismo: precedente histórico na jurisprudência do STF- HC 82.424. A liberdade de expressão não é um direito fundamental absoluto ..... 14.10.5.3. Delação anônima ..... 14.10.5.4. "Marcha da maconha" ..... 14.10.6. Liberdade de consciência, crença e culto (art. 5.0 , VI a VIII) ..... 14.10.6.1. Regras gerais ..... 14.10.6.2. Ensino religioso nas escolas ..... 14.10.6.3. Feriados religiosos ..... 14.10.6.4. Casamento perante autoridades religiosas ..... 14.10.6.5. Transfusão de sangue nas Testemunhas de Jeová ..... 14.10.6.6. Curandeirismo ..... 14.10.6.7. Crucifixos em repartições públicas ..... :..... 0 , 1147 1147 1148 1149 1149 1150 1151 1151 1152 1153 1154 1154 1154 1155 1157 1158 1158 1160 1160 1163 1163 1164 1165 1166 1166 1167 1168 1171 1172 1173 1174 1174 1176 1176 1177 1177 1177 1178 56 Direito Constit.ucional Esquematizado® Pedro Lenza 14.10.6.S. Imunidade religiosa ..... - ..... 117S 14.10.6.9. Guarda sabática ..... - ..... 1179 14.10.6.10. A expressão "Deus seja louvado" nas ·cédulas de real ..... liSO 14.10.6.11. Aspectos conclusivos ..... llSO 14.10.7. Liberdade de atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação. Indenização em caso de dano (art. 5.0 , IX e X) ..... liSO 14.10.S. Intimidade e vida privada e o sigilo bancário (art. 5.", X) ..... 11S2 14.10.9. Inviolabilidade domiciliar (art. 5.0 , XI) ..... .'..... IIS3 14.10.10. Sigilo de correspondência e comunicações (art. 5.0 , XII) ..... IIS4 14.10.11. Liberdade de profissão (art. 5.0 , XIII) ..... IIS6 14.10.12. Liberdade de informação (art. 5.0 , XIV e XXXIII) ..... IIS7 14.10.13. Liberdade de locomoção (art. 5.0 , XV e LXI) ..... llSS 14.10.14. Direito de reunião (art. 5.0 , XVI) ..... IIS9 14.10.15. Direito de associação (art. 5.•, XVII, XVIII, XIX, XX e XXI) ..... IIS9 14.10.16. Direito de propriedade (art. 5.•, XXII, XXIII, XXIV. XXV e XXVI) ..... Il90 14.10.17. Direito de herança e estatuto sucessório (art. 5.•, XXX e XXXI) ..... ll92 14.10.1S. Propriedade intelectual (art. 5.•, XXVII, XXVIII e XXIX) ..... ll92 14.10.19. Defesa do consu~idor (art. 5.•, XXXII) ..... ll93 14.10.20. Direito de petição e obtenção de certidões (art. 5.•, XXXIV) ..... 1195 14.10.21. Princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. s.•, XXXV) ..... 1197 14.10.22. Limites à retroatividade da lei (art. 5.•, XXXVI) ..... 1201 14.10.23. Princípio do promotor natural (art. 5.•, LIII) ..... 1203 14.10.24. Princípio do juiz natural ou legal (art. 5.0 , XXXVII e LIII) ..... 1203 14.10.25. Tribunal Penal Internacional- "TPI" (art. 5.•, § 4.•- EC n. 45/2004) ..... 1205 14.10.26. Federalização dos crimes contra direitos humanos (art. 109, V-A e § 5.•EC n. 45/2004)- Incidente de deslocamento de coopetência- IDC ..... 1207 14.10.27. Tribunal do Júri (art. 5.•, XXXVIII) ..... 1211 14.10.2S. Segurança jurídica em matéria criminal (art. 5.0 , XXXIX a LXVII) e a teoria dos mandados expressos de criminalização à luz dos direitos fundamentais ..... 1212 14.10.2S.l. Legalidade e anterioridade da lei penal incriminadora. lrretroatividade da lei penal in pejus (art. 5.", XXXIX e XL) ..... 1213 14.10.2S.2. Práticas discriminatórias, crimes ir.afiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia e crimes inafiançáveis e imprtoscritíveis (art. 5.0 , XLI a XLIV) ..... - ..... 1216 14.10.2S.3. Regras constitucionais sobre as pelll'.s (art. 5.0, XLV a XLVIII) .... 1217 14.10.2S.4. Direitos assegurados aos presos (art. 5.0 , XLIX, L, LXII, LXIII e LXIV) ..... 121S 14.10.2S.S. Regras sobre extradição (art. 5.0 , LI e UI) ..... 121S 14.10.2S.6. Presunção de inocência (não culpabilidade) (art. 5.0 , LVII) ..... 1219 14.10.2S.7. Regras sobre a prisão (art. 5.•, LXI, LXV, LXVI, LXVII) ..... 1219 14.10.2S.S. Identificação criminal (art. 5.•, LVIII) ..... 1220 14.10.2S.9. Ação penal privada subsidiár-ia da públic10. (art. 5.•, LIX) ..... 1221 14.10.29. Devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 5.•, LIV e LV) ..... 1221 14.10.29.1. Aspectos gerais ..... 1221 14.10.29.2. Interrogatório por videoconferência (on-line) ..... 1222 14.10.29.3. Transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima ..... 1225 11 Sumário 57 14.10.29.4. Art. 98 do antigo Regimento Interno do CNJ: necessidade de intimação pessoal de terceiros que demonstrem interesse jurídico nos procedimentos de controle administrativo (PCAs). Correção no novo RI.. ... 1226 14.10.30. Devido processo legal substantivo ou material (arts. 5.•, LV, e 3.•, 1) ..... 1226 14.10.31. Provas ilícitas (art. 5.•, LVI) ..... 1227 14.10.32. Publicidade dos atos processuais (e dever de motivação das decisões judiciais) (art. 5.", LX). Perspectivas do CPC/2015 ..... 1228 14.10.33. Assistência jurídica integral e gratuita (art. 5.•, LXXIV) ..... 1229 14.10.34. Erro judiciário (art. 5.•, LXXV) ..... , ... 1230 14.10.35. Gratuidade das certidões de nascimento e de óbito (art. 5.•, LXXVI) ..... 1232 14.10.36. Gratuidade nas ações de habeas corpus e habeas data (art. 5.•, LXXVII) ... 1233 14.10.37. Celeridade processual (art. 5.", LXXVIII) ..... 1233 14.10.37.1. Aspectos gerais ..... 1233 14.10.37.2. Celeridade do processo e crimes praticados contra os idosos ..... 1236 14.10.37.3. Leis infraconstitucionais decorrentes da EC n. 45/2004 ("Reforma do Poder Judiciário") no sentido de "racionalização da prestação jurisdicional" - frutos dos "Pactos Republicanos" ..... 1236 14.11. Remédios constitucionais ..... 1239 14.11.1. Os remédios constitucionais nas Constituições brasileiras- quadro esquematizado., ... :: .... , ... :.....; 1239 ·14.11.2. Habeas corpus (ar~. 5.", LXVIII) ..... 1240 14.11.2.1. Regras gerais ..... 1240 14.11.2.2. Esquematização da evolução histórica do "HC" no constitucionalismo brasileiro ..... 1241 14.11.2.3. Competência ..... 1242 14.11.2.4. Espécies ..... 1244 14.11.2.5. Punições disciplinares militares ..... 1244 14.11.2.6. Habeas corpus impetrado em face de ato da "Thrma Recursal" - çompetência do TJ - superada a S. 690/STF ..... 1244 14.11.3. Mandado de segurança (art. 5.•, LXIX) ..... 1244 14.11.3.1. Introdução ..... 1244 14.11.3.2. Esquematização da evolução histórica do "MS" no constitucionalismo brasileiro ..... 1245 14.11.3.3. Abrangência ..... 1246 14.11.3.4. Direito líquido e certo ..... 1246 14.11.3.5. Ilegalidade ou abuso de poder ..... 1246 14.11.3.6. Legitimidade ativa e passiva ..... 1247 14.11.3.7. Competência., ... 1247 14.11.3.8. Algumas outras observações ..... 1248 14.11.4. Mandado de segurança coletivo (art. 5.", LXX) ..... 1249 14.11.4.1. Regras gerais ..... , ... 1249 14.11.4.2. Objeto, legitimidade ativa e objetivos ..... 1249 14.11.4.2.1. Objeto ..... 1249 14.11.4.2.2. Legitimidade ativa ..... 1249 14.11.4.2.2.1. Partidos políticos ..... 1250 14.11.4.2.2.2. Organizações sindicais, entidades de classe e associações..... 1250 14.11.4.2.3. Objetivos ..... 1251 14.11.5. Mandado de injunção (art. 5.", LXXI) ..... 1252 58 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza 14.11.5.1. Aspectos gerais ..... 14.11.5.2. Legitimidade ativa e passiva ..... 14.11.5.3. Competência ..... 14.11.5.4. Procedimento e efeitos da decisão ..... 14.11.5.5. Perspectivas de um "ativismo judicial" ..... 14.11.6. Habeas data (art. 5.0 , LXXII) ..... 14.11.6.1. Aspectos gerais ..... 14.11.6.2. Legitimidade ativa e passiva ..... 14.11.6.3. Procedimento ..... 14.11.6.4. Competência ..... 14.11.7. Ação popular (art. 5.0 , LXXIII) .. :..... 14.11.7.1. Aspectos gerais ..... 14.11.7.2. Esquematização da evolução histórica da "ação popular" no constitucionalismo brasileiro ..... 14.11.7.3. Requisitos ..... 14.11.7.4. Legitimidade ativa e passiva ..... 14.11.7.5. Competência ..... 14.11.7.5.1. Regra geral- juízo de primeiro grau.!..... 14.11.7.5.2. SEBRAE- competência da Justiça ~omum ..... ,..... 14.11.7.5.3. Ação popular contra o CNMP- incompetência do STF .... 14.11.7.5.4. Incompetência originária do STF e indicação do órgão competente ..... 14.11.7.6. Outras regras ..... 14.12. Questões ..... 14.12.1. Direitos fundamentais ..... 14.12.2. Remédios constitucionais ..... :..... Gabarito ..... 1265 1266 1266 1266 1271 1274 I 15. DIREITOS SOCIAIS ..... 15.1. Aspectos gerais ..... · 15.2. Breves comentários aos direitos sociais ..... 15.2.1. Direito à educação ..... 15.2.2. Direito à saúde ..... 15.2.3. Direito à alimentação ..... 15.2.4. Direito ao trabalho ..... 15.2.5. Direito à moradia ..... 15.2.6. Direito ao lazer ..... 15.2.7. Direito à segurança ..... 15.2.8. Direito à previdência social ..... 15.2.9. Proteção à maternidade e à infância ..... 15.2.10. Assistência aos desamparados ..... 15.3. "PEC da felicidade"- PEC n. 513/2010-CD e PEC n. 19/2010-SF ..... 15.4. Direitos relativos aos trabalhadores ..... 15.4.1. Direitos sociais individuais dos trabalhadores ..... 15.4.2. Direitos sociais coletivos dos trabalhadores (arts. 8.0 a 11) ..... 15.4.2.1. Direito de associação profissional ou sindical ..... 15.4.2.2. Direito de greve ..... 15.4.2.3. Direito de substituição processual.. ..... 1279 1279 1280 1280 1281 1281 1282 1282 1283 1283 1283 1284 1285 1285 1286 1286 1291 1292 1293 1293 ~ 1252 1252 1253 1254 1257 1258 1258 1259 1259 1259 1260 1260 1261 1261 1262 1263 1263 1264 1264 r I I i ! i ú I f ~ I m Sumário 15.4.2.4. Direito de participação ..... 15.4.2.5. Direito de representação classista ..... 15.5. "Metodologiafuzzy" e "camaleões normativos" na problemática dos direitos sociais, culturais e econômicos (Canotilho) ..... 15.5.1. Princípio do não retrocesso social ou da proibição da evolução reacionária. Interpretação a ser dada à EC n. 86/2015 (fruto da "PEC do Orçamento Impositivo") ..... 15.5.2. Mínimo existencial: concretização dos direitos sociais e a implementação de políticas públicas ..... 15.6. Questões ..... Gabarito ..... 16. 59 1293 1294 1294 1295 1296 1299 1303 NACIONALIDADE ..... 1305 16.1. Conceito ..... 1305 16.1.1. Definições correlatas ..... 1305 16.2. Espécies de nacionalidade e critérios para a sua aquisição ..... 1305 16.3. Brasileiro nato ..... 1306 16.4. Brasileiro naturalizado ..... , ... 1308 16.4.1. Noções introdutórias: procedimento ..... 1308 16.4.2. Naturalização ordinária ..... :•..... 1309 16.4.3. Naturalização extraordinária ou quinzenária ..... 1309 16.4.4. Radicação precoce e conclusão de curso superior? ..... 1310 16.5. Quase nacionalidade- portugueses- art. 12, § 1.0 - reciprocidade ..... ~ ..... 1310 16.6. A lei poderá estabelecer distinções entre brasileiros natos e naturalizados? ..... 1311 16.6.1. Regra geral ..... 1311 16.6.2. Hipóteses taxativas de exceção à regra geral ..... 1312 16.6.2.1. Extradição ..... 1312 16.6.2.1.1. Extradição ativa ..... :..... 1312 16.6.2.1.2. Extradição passiva: brasileiro nato x brasileiro naturalizado .... 1313 16.6.2.1.3. Extradição passiva: regras procedimentais..... 1314 16.6.2.1.4. Extradição passiva: vedações legais ..... 1317 16.6.2.1.5. Extradição passiva: e se o extraditando for casado com brasileira ou tiver filho brasileiro? Haverá óbice, por esse motivo, ao pedido de extradição? ..... 1318 16.6.2.1.6. Extradição passiva: entendendo o STF pela procedência do pedido de extradição, o Presidente da República será obrigado a extraditar o requisitado? ..... 1319 16.6.2.1.7. Expulsão ..... 1322 16.6.2.1.8. Deportação ..... 1324 16.6.2.1.9. Banimento: existe expulsão ou banimento de brasileiros? .... 1325 16.6.2.1.10. Asilo político e refúgio (direito de permanecer no Brasil) .... 1325 16.6.2.2. Cargos privativos de brasileiros natos ..... 1326 16.6.2.3. Atividade nociva ao interesse nacional ..... 1326 16.6.2.4. Conselho da República ..... 1326 16.6.2.5. Propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens ..... 1327 16.7. Perda da nacionalidade ..... 1327 16.7.1. Hipóteses de perda da nacionalidade..... 1327 16.7.1.1. Cancelamento da naturalização ..... :..... 1327 60 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza 16.7.1.2. Aquisição de outra nacionalidade ..... 16.8. Reaquisição da nacionalidade brasileira perdida ..... 16.9. Questões ..... , ... Gabarito ..... 1329 1329 1330 1334 17. DIREITOS POLÍTICOS ..... 1337 17.1. Noções introdutórias ..... 1337 17.1.1. Democracia semidireta ou participativa ..... :..... 1337 17.1.2. Plebiscito versus referendo: experiências na história brasileira..... 1338 17.1.2.1. Referendo para manutenção ou não do regime parlamentarista (1963) ..... 1339 17.1.2.2. Plebiscito para a escolha entre a forma (república ou monarquia constitucional) e sistema de governo (presidencialismo ou parlamentarismo) (1993) ..... 1339 17.1.2.3. Referendo para a manifestação do eleitorado sobre a manutenção ou rejeição da proibição da comercialização de armas de fogo e munição em todo o território nacional (2005) ..... 1339 17.1.2.4. Referendo no Estado do Acre para decidir sobre o fuso horário (2010) ..... , ... 1342 · 17.1.2.5. Plebiscitos no Estado do Pará para decidir sobre a formação dos Estados do Carajás e do Tapajós (2011) ..... 1342 17.1.3. O resultado do plebiscito ou do referendo pode ser modificado por lei ou emenda à Constituição? ..... 1342 17.1.4. Quadro comparativo: plebiscito versus referendo ..... 1343 17.1.5. Outros institutos de democracia semidireta ou participativa: recai/ e veto popular ..... 1344 popular, nacionalidade, cidadania, sufrágio, voto e escrutínio ..... 1344 Soberania 17.2. 17.3. Direito político positivo (direito de sufrágio) ..... 1345 17.3.1. Capacidade eleitoral ativa ..... 1345 17.3.2. Capacidade eleitoral passiva ..... 1347 17.3.2.1. Condições de elegibilidade ..... 1347 17.4. Direitos políticos negativos ..... 1347 17.4.1. Inelegibilidades ..... 1348 17.4.1.1. Inelegibilidades absolutas ..... 1348 17.4.1.2. Inelegibilidades relativas ..... 1349 17.4.1.2.1. Inelegibilidade relativa em razão da função exercida (por motivos funcionais) ..... 1349 17.4.1.2.1.1. Inelegibilidade relativa em razão da função exercida para um terceiro mandato sucessivo ..... 1349 A figura do denominado "prefeito itinerante" ou 17.4.1.2.1.2. "prefeito profissional" ..... 1350 17.4.1.2.1.3. Inelegibilidade relativa em razão da função para concorrer a outros cargos ..... 1351 17.4.1.2.2. Inelegibilidade relativa em razão do parentesco ..... 1352 17.4.1.2.3. Militares ..... :..... 1353 17.4.1.2.4. Inelegibilidades previstas em lei complementar ..... 1354 17.4.2. Candidatos com "ficha suja": inelegibilidade? ..... 1355 17.4.3. Privação dos direitos políticos- perda e suspensão ..... 1359 17.4.3.1. Perda dos direitos políticos (arts. 15, I e IV, e 12, § 4.•, 11, da CF/88) ..... 1359 11 Sumár io 61 Iii e V, e 55, Ii, e 17.4.3.2. Suspensão dos direitos políticos (arts. 15. Ii, art. 1.0 , I, "b", da o c/c 001 0 3.927/2 n. Dec. do 17.3 art. CF/88; § 1. , da ..... 1360 .... LC n. 64/90) ..... suspensos ..... 1361 ou s perdido s político direitos dos sição Reaqui 17.4.4. ..... 1361 17.5. Servidor público e exercício do mandato eletivo ..... 1362 .... es 17.6. Questõ ..... 1367 ..... Gabarito ..... ENTO DAS CAMP ANHA S 18. PARTI DOS POLÍT ICOS E O FINAN CIAM ..... , 1371 .... ELEIT ORAIS .... 1371 18.1. Conceito ..... 1371 .... 18.2. Regras constitucionais ..... proteção constitucional às minorias .. 1373 18.3. Inconstitucionalidade da cláusula de barrei rarias e a EC n. 52/2006..... 1374 partidá ões coligaç das 18.4. O princípio da verticalização da verticalização das 18.4.1. Primeiro momento - a consagração da regra ..... 1374 .... TSE pelo rias partidá coligações partidárias fixada pelo ões 18.4.2. Ataques à regra da verticalização das coligaç ..... 1376 · TSE:..... acabou com a amente express que 6, 18.4.3. Ataques à regra da EC n. 52/200 rias. Mantida a obrigatoriedade da verticalização das coligações partidá anuàli~de- art. 16 da io (princíp 2006 de s eleição as para verticalização sua publicação, mas da CF). A EC n. 52/2006 entrou em vigor na data de até um ano da data somente poderá ser aplicada às eleições que ocorram ..... 1378 .... a de sua vigênci ..... 1381 .... 18.5. Fidelidade partidária ..... ., ... parlamentar deve ser o mandat de s titulare de mento licencia do nte 18.6. A vaga decorre s? ..... 1383 ocupada pelos suplentes das coligações ou dos partido ..... 1384 4.650 ADI raiseleito has campan das o 18.7. Financiament ..... 1385 .... 18.8. Questões .... 1387 .... Gabari to ..... 1389 19. ORDE M SOCIA L .... 1389 .... 19.1. Aspectos gerais ..... 1389 19.1.1. Valores da ordem social: base e objetivo .... 1389 .... social.. 19.1.2. Conteúdo da ordem ..... 1390 19.2. Seguridade social ..... ade social.. ..... 1391 segurid da ação organiz da 19.2.1. Princípios orientadores ..... 1391 ..... . social.. ade segurid da o iament Financ 19.2.2. ência residual (lei 19.2.3. Competência discriminada (lei ordinária) e compet ..... 1392 complementar)..... 0 0 (PIS/PASEP e , § 1. , da Lei n. 9.718/98 3. art. do alidade 19.2.4. Inconstitucion da no fenôme do e ibilidad imposs COFINS). EC n. 20/98 ..... 1393 "constitucionalidade superveniente" ..... ade Social Segurid da o iament Financ o para uição 19.2.5. Cobrança da Contrib entadas ..... 1394 (COFINS) para sociedades civis de profissões regulam ..... 1394 19.2.5.1. Inexistência de hierarquia entre LC e LO ..... STF..... 1396 pelo decisão da efeitos dos 19.2.5.2. A questão da modulação ..... 1397 .... 6 53/200 n. -EC EB 19.3. Educa ção- FUND ..... 1397 19.3.1. Aspectos gerais ..... 1398 ..... escolar ão educaç da atizado esquem 19.3.2. Quadro ..... 1398 .... 19.3.3. Regras gerais do fundo ..... ns. 59/2009 e 68/2011 1399 ECs as e ão educaç a para DRU da ssivo) (progre 19.3.4. Fim 62 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza 19.4. Cultura ..... 1401 19.4.1. Plano Nacional de Cultura (EC n. 48/2005) ..... 1401 19.4.2. Sistema Nacional de Cultura (EC n. 7112012) ..... 1403 19.5. Desporto ..... 1404 19.5.1. Desporto em sentido amplo ..... 1404 19.5.2. Modalidades de desporto ..... 1404 19.5.3. Papel do Estado e das entidades dirigentes e associações na promoção do desporto ..... 1405 19.5.4. Destinação dos recursos públicos para o desporto ..... 1405 19.5.5. Manifestações desportivas de "criação nacional" ..... 1406 19.5.6. Justiça Desportiva ..... 1406 19.5.6.1. Regras gerais, natureza jurídica e composição ..... 1406 19.5.6.2. Instância administrativa de curso forçado: exceção ao princípio do acesso incondicionado ao Poder Judiciário. Necessidade de esgotamento das vias administrativas ..... 1407 19.5.6.3. Questões trabalhistas: competência da Justiça do Trabalho ..... 1407 19.5.6.4. Vedação do exercício de funções na Justiça Desportiva por integrantes do Poder Judiciário ..... 1408 19.5.7. Bingos ..... 1409 19.6. Ciência, tecnologia e inovação (EC n. 85/2015) ..... :..... 1409 19.6.1. Perspectivas introduzidas pela EC n. 85/2015 ..... :: ..... ,.... 1409 19.6.2. O papel do Estado ..... ."..... :..... 1410 19.6.3. Modalidades de pesquisa e o tratamento prioritário do Estado ..... 1411 19.6.4. Apoio e incentivo do Estado ..... 1411 19.6.5. Estado Social de Direito: concepção social do mercado ..... 1412 19.6.6. O destaque para a biotecno1ogia ..... 1413 19.7. Comunicação social ..... 1413 19.7.1. Princípios orientadores da comunicação social... ..... 1414 19.7.2. Princípios a orientar a produção e a programação das emissoras de rádio eTV ..... 1417 19.7.3. Propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens ..... 1417 19.7.4. Serviços de radiodifusão sonora (rádio) e de sons e imagens (TV) ..... 1418 19.7.4.1. Diferenciação entre os serviços de telecomunicação e de radiodifusão (EC n. 8/95) ..... 1418 19.7.4.2. Concessão, permissão e autorização ..... ,..... 1420 19.7.4.3. Prazo da concessão ou permissão e da autorização ..... 1420 19.7.4.4. Outorga e renovação (da concessão ou permissão e da autorização) .. 1421 19.7.4.5. Sistema Brasileiro de Televisão Digital Terrestre (SBTVD-T): consignação de mais um canal de radiofrequência às concessionárias e "autorizadas" dos serviços públicos de radiodifusão de sons e imagens, sem apreciação do Congresso Nacional ..... 1422 19.7.5. Conselho de Comunicação Social: órgão auxiliar do CN ..... 1423 19.7.6. Direito de antena ..... ,..... 1423 19.7.7. Lei de Imprensa- ADPF 130 ..... 1424 19.7.8. "Lei Eleitoral sobre o Humor'' ..... 1424 19.8. Meio ambiente ..... 1425 19.8.1. Conceito de meio ambiente ..... 1425 19.8.2. Aspectos do meio ambiente ..... 1425 19.8.3. Direitos humanos, direito ao desenvolvimento e direito a um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações ..... 1426 19.8.3.1. A problemática..... 1426 lil Sumário 63 19.8.3.2. Sustentabilidade: solução para a problemática ..... 1428 19.8.4. A proteção ambiental no constitucionalismo brasileiro ..... 1428 19.8.5. Natureza jurídica do meio ambiente e a justiça distributiva entre as presentes e futuras gerações ..... 1430 19.8.6. Incumbência do Poder Público ..... 1431 19.8.7. Crueldade contra animais? ..... 1432 19.8.7.1. Farra do boi.. ..... 1432 19.8.7.2. Rinhas ou brigas de galo ..... 1432 19.8.7.3. Rodeios de animais, vaquejada, calf roping e tearn roping :laçada dupla) ..... 1433 19.8.7.4. Animais em circo ..... 1434 19.8.7.4.1. A origem do circo- breve nota ..... 1434 19.8.7.4.2. O adestramento de animais em circos ..... 1434 19.8.7.4.3. O fim dos animais em circos significaria o fim da cultura circense?..... 1435 19.8.8. Importação de pneus usados- ADPF 101 ..... 1436 19.8.9. Exploração de recursos minerais ..... 1436 19.8.10. R~.ponsabilidade por danos ambientais ..... 1436 19.8.11. Ecossistemas especialmente protegidos e erigidos à categoria de-patrimônio nacional..... 1438 19.8.12. Os "Soldados da Borracha" e a EC n. 78/2014 ..... :.... 1438 19.8.13. Terras devolutas ..... 1439 19.8.13.1. Classificação dos bens públicos: as terras devolutas enquanto bens dominicais ..... 1439 19.8.13.2. Titularidade ..... , ... 1440 19.8.13.3. Terras devolutas ou arrecadadas pelo Estado necessárias à ?roteção dos ecossistemas naturais - indisponibilidade ..... 1441 19.8.14. Localização das usinas nucleares: necessidade de lei federal... ..... 1441 19.9. Família, criança, adolescente, jovem e idoso ..... ,..... 1441 19.9.1. Fa:nília: conceito de entidade familiar ..... 1441 19.9.2. Un:ão homoafetiva (união estável entre pessoas do mesmo sexo) ..... 1442 19.9.3. Transexualidade ..... 1445 19.9.4. A união estável pode ser reconhecida em relação a uma menor de 14 anos estuprada que veio a se casar com o agressor, para efeitos de extinção de pu~Jibilidade quando era admitida (antes da revogação do art. 107, VII, do CP)?..... 19.9.5. Fa:nília: assistência e proteção contra a violência doméstica. As particularidades da denominada Lei Maria da Penha (ADC 19 e ACI 4.424) ..... 19.9.5.1. Lei Maria da Penha: instrumento de proteção efetiva dos direitos fundamentais ..... 19.9.5.2. Não aplicação da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais) ..... 19.9.5.3. Constitucionalidade das regras até que sejam estruturados os ·•Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher" ..... 19.9.5.4. Crime de lesão corporal praticado mediante violência doméstica e familiar contra a mulher: ação penal pública incondicionada ..... 19.9.6. Casamento: regras gerais; gratuidade da celebração; efeito civil; liberdade de crença (centro espírita, candomblé, umbanda etc.) ..... 19.9.7. Di'.órcio: forma de dissolução do casamento civil à luz da EC n. 66/2010 ...

Professor de Economia da Universidade da Islândia e um dos 25 representantes do Conselho Constitucional (Assembleia Constituinte), eleito pelo povo e reconhecido pelo Parlamento para a revisão da Constituição de 1944. 98 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza Infelizmente, o Parlamento não aprovou o documento, seja por sua troca durante o processo de elaboração do draft (perda de apoio político), seja pela presença, em sua composição, de uma ala extremamente conservadora. A experiência islandesa, contudo, e apesar da particular realidade de ter mais de · 95% de sua pequena população de cerca de 320.000 habitantes conectada à internet (o maior percentual no mundo!), revela uma nova forma de democracia e de participação popular por meio das redes sociais (internet) e que, sem dúvida, passa a servir de modelo para o futuro. Estamos diante daquilo que vem sendo denominado crowdsourced constitution e que se implementa pela participação popular por meio da internet (crowdsourcing), em um processo constituinte bastante interessante de "terceirização para a multidão". 19 Sem dúvida, as novas formas de democracia utilizando as ferramentas da tecnologia podem ajudar nesse modelo de verdadeira Constituição colaborativa. Dentro dessa perspectiva, influenciado pela experiência da Islândia, destacamos movimento similar que vem sendo percebido na Inglaterrá no sentido de se elaborar ou não uma Constituição escrita. O debate acontece depois de 800 anos do aniversário da Magna Carta de 1215 e tem estimulado a participação popular por meio das redes sociais (crowdsourcing), estando fixada data no mês de junho de 2015 (aniversário da Magna Carta) para a apresentação do documento final (draft). 20 No Brasil, com o lema "participação virtual, cidadania real", lançado em 2009, destacamos o portal "E-democracia" da Câmara dos Deputados (), cuja proposta é,"'por meio da internet, incentivar a participação da sociedade no debate de temas importantes para o país". E, conforme sustentado, "o envolvimento dos cidadãos na discussão de novas propostas de lei contribui para a formulação de políticas públicas mais realistas e implantáveis". O portal está dividido em dois grandes espaços de participação: "as Comunidades Legislativas e o Espaço Livre. No primeiro, você pode participar de debates de temas específicos, normalmente, relacionados a projetos de lei já existentes. Essas Comunidades oferecem diferentes instrumentos de participação e, ainda, orientações quanto ao andamento da matéria no Congresso Nacional. Já no Espaço Livre, você mesmo pode definir o tema da discussão e ser o grande motivador dela. O debate será acompanhado pela equipe e-Democracia e pode vir a se tornar uma Comunidade 19 20 A palavra crowdsourcing é recente e o seu surgimento data do ano de 2005, conforme descrito: "the activity or practice of involying a great many people to develop ideas, produce content, or accomplish huge or tedious tasks, as by soliciting help via the internet. The word originated as a convenient compound to denote 'outsourcing to the crowd'" (Bryan A. Garner, Black's law dictionary, 10. ed., p. 459). Trata-se de projeto promovido pelo Instituto de Assuntos Públicos (IPA- Institute of Public Affairs) da Escola de Economia de Londres (LSE) em conjunto com o seu departamento de direito e seu grupo de políticas públicas e auditorias democráticas. Nesse sentido, cf.: a) site: ; b) 1\vitter: @constitutionUK; c) Facebook: . 2 lil Constituição: Conceito, Constitucionali zação Simbólica, Classificações ... 99 Legislativa. Os parlamentares envolvidos com a matéria acompanham as discussões e as consideram para auxiliar suas decisões".21 O Senado Federal, por sua vez, pelo Ato da Mesa n. 3/2011, instituiu o programa e o portal "E-Cidadani a" "com o objetivo de estimular e possibilitar maior participação dos cidadãos, por meio da tecnologia da informação e comunicação, nas atividades legislativas, orçamentárias, de fiscalização e de representação da Casa", estando o portal estruturado nos seguintes componentes: i! e-Legislação: "espaço destinado ao debate e à proposição de novas leis e alteração da legislação vigente ou projetos em tramitação"; ll!!l e-Fiscalizaçã o: "espaço destinado ao acompanhamento do orçamento brasileiro e das ações> administrativas do Senado Federal"; l11 e-Representa ção: "espaço destinado à expressão da opinião e manifestações do cidadão sobre temas de interesse da sociedade e projetos em tramitação". 22 As experiênciaE. ainda se mostram muito tímidas e, infelizmente, pouco divulgadas, apesar das diversas "contas" nas redes sociais. 23 Consideramos as propostas bastante interessantes e esperamos, no futuro, que essa importante instrumentaçã o de participação popular possa ser utilizada como instrumento balizador e indispensável para a tomada de decisões políticas. • 2.3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA 24 11 2.3.1. Aspectos iniciais A introdução da ideia de "constitucion alização simbólica" deve-se a Marcelo Neves em trabalho apresentado para a obtenção do cargo de Professor Titular da Universidade Federal de Pernambuco realizado em 1992. 21 22 23 24 Cf.: . De acordo com o art. 2.0, do Ato da Mesa n. 3/2011, o Programa e-Cidadania do Senado Federal, baseado no uso da internet e outros canais de comunicação interativos, tem os seguintes objetivos: I - ampliar o conhecimento da sociedade sobre o funcionamento do Poder Legislativo, em especial do Senado Federnl e do Congresso Nacional; 11 - aprimorar o fornecimento de informações sobre as atividades do Senado Federal; 111 -obter dos cidadãos sua avaliação sobre os resultados das ações legislativas e fiscalizadoras do Congresso Nacional; IV - fomentar a participação da sociedade nas discussões dos temas legislativos em pauta, assim como no processo de definição, execução e avaliaçã0 de políticas públicas; V -proporcionar mecanismos pelos quais os cidadãos brasileiros possam oferecer sugestões de textos legislativos, em conformidade com os preceitos constitucionais e regi:nentais estabelecidos; VI- estimular o engajamento dos cidadãos brasileiros no processo dem-Jcrático. a) '1\vitter: @edemocracia; b) Facebook: ; c) Youtube: . · Referido tema foi exigido, dentre outros, no edital do IV Concurso para ingresso na Carreira de Defensor Público do Estado de São Paulo (2010). A apresentação se dará de acordo com o trabalho: Marcelo Neves, f, constitucionalização simbólica, Co!. Justiça e Direito, passim. O tema também foi objeto do prcgrama "Aula Magna" da TV Justiça e pode ser assistido em: ("A Constitucionalização Simbólica Revisitada"). 100 Direito Constitucional Esquematizado 41 Pedro Lenza Uma primeira versão foi publicada pela Editora Acadêmica, sendo, em seguida, o texto editado em alemão, quando sofreu ampla revisão. Depois, referido trabalho foi trazido do alemão para o português, com acréscimo de alguns textos e notas. Vejamos as suas principais considerações. 25 Marcelo Neves, na apresentação do trabalho, esclarece que o estudo pretende "... abordar o signifiCado social e político de textos constitucionais, exatamente na relação inversa da sua concretização normativo-jurídica. Em outras palavras, a questão refere-se à discrepância entre a função hipertroficamente simbólica e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais. O problema não se reduz, portanto, à discussão tradicional sobre ineficácia das normas constitucionais. Por um lado, pressupõe-se a distinção entre texto e norma constitucionais; por outro, procura-se analisar os efeitos sociais da legislação constitucional normativamente ineficaz. Nesse contexto, discute-se a função simbólica de textos constitucionais carentes de concretização normativo-jurídica". 26 • 2.3.2. Legislação simbólica Em uni primeiro momento, o autor busca desenvolver o conceito de legislação simbólica partindo da teoria do direito e da ciência política alemã das duas últimas décadas do século XX. Analisando o trabalho de diversos autores (Cassirer, Lévi-Strauss, Bourdieu, Freud, Jung, Lacan, Castoriadis, Peirce, Firth, Saussure, Carnap, Luhmann e outros), Marcelo Neves apresenta uma delimitação semântica da expressão "legislação simbólica" (após ter determinado a ambiguidade entre "símbolo", "simbólico" e "simbolismo"). Nas suas palavras, a legislação simbólica"... aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da ativid,ade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental".27 Com base em Harald Kindermann, Marcelo Neves propõe, então, um modelo tricotômico para a "tipologia da legislação simbólica", estabelecendo que o seu conteúdo pode ser: "a) confirmar valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios". • 2.3.2.1. · Confirmação de valores sociais Nesse caso, o legislador assume uma posição em relação a determinados conflitos sociais e, ao consagrar certo posicionamento, para o grupo que tem a sua posição amparada na lei, essa "vitória legislativa" se caracteriza como verdadeira superioridade da concepção valorativa, sendo secund,ária a eficácia normativa da lei. 25 26 27 Marcelo Neves, op. cit., passim. Marcelo Neves, op. cit., p. !. Marcelo Neves, op. cit., p. 23 (grifamos). 1 i ·I ' 2 c Constituição: Conceito, Constitucionalização Simbólica, Classificações ... 101 Assim, o grupo prestigiado procura influenciar a atividade legiferante, fazendo prevalecer os seus valores contra os do grupo "adversário". · Neves traz como exemplo clássico a lei seca nos Estados Unidos. Conforme destaca ao lembrar Gusfield, "a sua tese central afirma que os defensores da proibição de consumo de bebidas alcoólicas não estavam interessados na sua eficácia instrumental, mas sobretudo em adquirir maior respeito social, constituindo-se a respectiva legislação como símbolo de status. Nos conflitos entre protestantes/nativos defensores da lei proibitiva e católicos imigrantes contrários à proibição, a 'vitória legislativa' teria funcionado simbolicamente a um só tempo como 'ato de deferência para os vitoriosos e de degradação para os perdedores', sendo irrelevantes os seus efeitos instrumentais".28 Cita, ainda, a legislação sobre o aborto na Alemanha e sobre os estrangeiros na Europa. A confirmação de um dos valores antagônicos teria um papel muito mais simbólico que efetivo. A "legislação simbólica destinada primariamente à confirma-· ção de valores sociais tem sido tratada basicamente como meio de diferenciar grupos e os respectivos valores ou interesses. Constituiri~ um caso .de política simbólica por 'gestos de diferenciação', os quais 'a.Pontam para glorificação ou degradação de um 29 grupo em oposição a outros dentro da sociedade"'. a • 2.3.2.2. Demonstração da capacidade de ação do Estado no tocante à solução dos problemas sociais (legislação-álibi) Além de ter o objetivo de confirmar valores de determinados grupos, a legislação simbólica pode ter o objetivo de assegurar confiança nos sistemas jurídico e político. Diante de certa insatisfação da sociedade, a legislação-álibi aparece como uma resposta pronta e rápida do governo e do Estado. Busca a legislação-álibi dar uma aparente solução para problemas da sociedade, mesmo que mascarando a realidade. Destina-se, como aponta Neves, "... a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, embora as respectivas relações sociais não sejam realmente normatizadas de maneira consequente conforme o respectivo texto legal. Nesse sentido, pode-se afirmar que a legislação-álibi constitui uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas, desempenhando uma função 'ideológica'".30 Enfim, a legislação-álibi tem o "poder" de introduzir um sentimento de "bem-estar" na sociedade, solucionando tensões e servindo à "lealdade das massas". 28 29 30 Marcelo Neves, op. cit., p. 34. Marcelo Neves, op. cit, p. 35. Marcelo Neves, op. cit., p. 39-40. Ii I j I I 102 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza Como exemplo, Neves lembra a prestação de contas dos políticos nos períodos eleitorais, sem se ter condições de assegurar que a lei criada cumpriu efetivamente o seu papel. Lembra, ainda, após grave problema decorrente da venda de peixes causadores de doenças intestinais, na Alemanha, a divulgação de uma lei que procurou controlar a situação, sem sucesso, porém, dada a sua complexidade e a necessidade de outras medidas. No Brasil, destaca mudança s na legislação penal como mera reação simbólica às pressões da sociedade buscando reduzir a criminalidade. Como exemplo temos a Lei n. 11.923/2009, que acrescenta parágrafo ao art. 158 do Código Penal, para tipificar o chamado "sequestr o relâmpag o". Neves faz, porém, um alerta sobre o uso exagerado da legislação simbólica e o risco de seu fracasso. "Isso porque o emprego abusivo da legislação-álibi leva à 'descrença' no próprio sistema jurídico, 'transforma persistentemente a consciência jurídica' (...); disso resulta que o público se sente enganado, os atores políticos tornam-se cínicos". 31 • 2.3.2.3. Adiamento da solução de conflitos sociais através d~ compromissos dilatórios Ainda, conforme anota Neves, a legislação simbólica também pode "... servir para adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios. Nesse caso, as divergências entre grupos políticos não são resolvidas por meio do ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva da ineficácia da respectiva lei. O acordo não se funda então no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado". 32 Cita, como exemplos, a Constituição de Weimar e a lei norueguesa sobre empre.gados domésticos de 1948. Em relação a esta última, os empregados ficam satisfeitos, pois a lei aparentemente fortalece a proteção social. Por sua vez, os empregadores também se satisfazem, já que a lei, como apresentada, não tem perspectiva de efetivação, devido à sua "evidente impraticabilidade". Dessa forma, conclui, "... abranda-se um conflito político interno através de uma 'lei aparentemente progressista', 'que satisfazia ambos os partidos', transferindo-se para um futuro indeterminado a solução do conflito social subjacente". 33 • 2.3.2.4. Efeitos sociais latentes ou indiretos da legislação simbólica Neves aponta que, além dessa visão simplista de inexistência ou irrelevância social da legislação simbólica, ela também apresenta efeitos sociais latentes, que, em muitos casos, seriam mais relevantes que os "efeitos manifestos" que lhe faltam. 31 3 2 33 Marcelo Neves, op. cit., p. 40-41. Marcelo Neves, op. cit., p. 41. Marcelo Neves, op. cit., p. 42. 2 11 Constituição: Conceito, Constitucionalização Simbólica, Classificações ... 103 Exemplifica com uma lei tributária que, muito embora seja eficaz, pode trazer com ela recessão, inflação. Ou, aiQda, uma lei que, ao censur ar os meios de comun icação, possa repercutir negativamente na criação artística. Neves fala, assim, dos efeitos colate rais que as leis produz em. Portanto, além do sentid o negativo da legislação simból ica (de ineficácia normativa e vigência social), ela também se apresenta em um sentid o positivo: produção de efeitos políticos, e não propriamente jurídicos. • 2.3.3. Constitucionalização simbólica Marcelo Neves, valendo-se do modelo sistêmico propos to por Niklas Luhmann, define a Constituição como " ... 'acoplamento estrutu ral' entre políti a e direito. Nessa perspectiva, a Constituição em sentido especi ficamente moderno apresenta-se como uma via de 'prestações' recíprocas e, sobretu do, como mecanismo de interp enetra ção (ou mesmo de interferências) entre dois sistem as sociais autôno mos, a política e o direito, na medida em que ela 'possibilita uma solução jurídi a do problema de autorreferên~ia do sistema político e, ao mesmo tempo, uma solução política do problema de ai:ttorreferência do sistemajurídico'". 34 Diante desse conceito de Constituição (nos termos da teoria dos si~temas de Luhmann), é possível, segundo Neves, associá-lo à noção de consti tucion alizaç ão e, então, enfrentar a problemática da concretização das norma s constitucionàis, analisando a relação entre o texto e a realidade constitucional. Assim, Marcelo Neves, partindo dos modelos de Mülle r e Häber le, define a constitucionalização simbólica, também, tanto em sentido negativ o como positivo. 35 Negat ivame nte, o texto constitucional "não é suficientemen te concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada". Positiv ament e, "a atividade constituinte e a linguagem constit ucional desempenham um relevante papel político-ideológico", servindo para encobrir problemas sociais e obstruindo as transformações efetivas da sociedade. Em seguida, o autor admite o desenvolvimento adotado para a legislàção simbólica tambè m para a consti tucion alizaçã o simbólica, falando , aqui, então, em três formas de manifestações, já estudadas no ponto anterior: a) confirmar valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado (const itucionalização-álibi) e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromisso s dilatórios. · • 2.3.4. Constitucionalização simbólica como alopoiese do sistem a jurídico Marcelo Neves desenvolve a ideia de constitucionalização simbólica como "alopoiese do direito", isso quer dizer, "... a reprodução do sistema por critérios, programas 34 35 Marcelo Neves, op. cit., p. 65. Marcelo Neves, op. cit., p. 90-101. 104 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza e códigos de seu ambiente", 36 e, então, discute a possibilidade de descrever o direito da sociedade moderna como "autopoiético ", o que quer dizer, capaz de autoproduzir-se a partir de critérios, programas e códigos de seu próprio ambiente. Após distinguir os países da sociedade moderna periféncos dos centrais, estabelece que a constituciona lização simbólica aparece como uma realidade marcante da modernidade periférica (em razão da desigualdade econômica entre os países) e, nesse sentido, dentro desse contexto, percebe-se uma hipertrofia da função político-simbólica em relação à eficácia normativo-jurídica da Constituição (simbólica) nesses países (periféricos). Constata-se, assim, uma preponderância (ou mais adequadamente uma sobreposição) do sistema político sobre o jurídico, não se percebendo o "acoplamento estrutural" entre os sistemas político e jurídico anteriormente apontado na teoria de Luhmann. Nesses países, então, como afirma, há um bloqueio do sistema jurídico, havendo uma falta de concretização normativo-jurídica do texto constitucional. O texto da Constituição é utilizado de acordo com os interesses políticos. A constitucionalização (simbólica), novamente, funciom como um álibi: "o 'Es- . tado' aprese.nta-se como identificado com os valores constitJCionais, que não se realizam no presente por 'culpa' do subdesenvolvimento da 'wciedade'. Já na retórica dos grupos interessados em transformações reais nas rela-;;ões de poder, os quais pretendem frequentemente representar a 'subcidadania', invocam-se os direitos proclamados no texto constitucional para denunciar a 'realidade constitucional inconstitucional' e atribuir ao Estado/governo dos 'sobrecidadãos' a 'culpa' pela não realização generalizada dos direitos constitucionais, que seria possível estivesse o Estado/ governo em outras mãos ..."Y Essa problemática, aponta o autor, é verificada não somente no sistema político-jurídico mas, também, nos sistemas econômico, educacional, de saúde etc. (remetemos o nosso ilustre leitor para o capítulo 14- Direitos Fundamentais, deste nosso estudo). Por fim, conclui Marcelo Neves que a constituciona lização simbólica não seria um "jogo de soma zero". Isso porque "... proporciona o surgimento de movimentos e organizações sociais envolvidos criticamente na realização dos valores proclamados solenemente no texto constitucional e, portanto, integrados na luta política pela ampliação da cidadania". Ainda, "não se pode excluir a possibilidade, porém, de que a realização dos valores democráticos expressos no documento constitucional pressuponha um momento de ruptura com a ordem de poder estabelecida, com implicações politicamente contrárias à diferenciação e à identidade/aufo:::tomia do direito. Isso se torna tanto mais provável à proporção que os procedimentos previstos no texto constitucional sejam deformados no decorrer do processo de concretização e não se operacionalizem como mecanismos estatais de legitimação". 38 36 37 38 Marcelo Neves; op. cit., p. 142. Marcelo Neves, op. cit., p. 176. Marcelo Neves, op. cit., p. 188-189. 2 a Constituição: Conceito, Constitucionalização Simbólica, Classificações ... 105 • 2.3.5. Neoconstitucionalismo, ativismo judicial e a concretização das normas constitucionais Diante de todo o exposto, percebe-se que a proposta de constitucionalização simbólica deve ser o ponto de partida para que, compreendendo a problemática, diante das expectativas colocadas, as normas não sirvam apenas como retórica política ou álibi dos governantes. É preciso identificar os mecanismos de sua concretização e, nisso, além do papel da sociedade, parece-nos que o Judiciário tem uma importante missão, realizando a implementação da efetividade das normas constitucionais. Identificamos, como será estudado neste nosso trabalho, uma nova perspectiva na utilização das técnicas do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (em relação às normas programáticas) e, assim, a consagração da importante figura do ativismo judicial. Por esse motivo Écio Oto Ramos Duarte39 define o neoconstitucionalismo par-- tindo de uma nova visão da Constituição, buscando dar a ela sentido e, assim, superando o seu caráter meramente retórico,. encontrando mecanismos para a real e efetiva concretização de seus preceitos. • 2.4. CLASSIFICAÇÃO (TIPOLOGIA) Como advertimos, qualquer classificaÇão depende de critérios escolhidos pelos estudiosos, não se podendo dizer que um é mais acertado que o outro, talvez mais adequado. Procuraremos trazer à baila os critérios classificatórios que aparecem nos concursos públicos, dada a finalidade deste trabalho. Vejamo-los. I • 2.4.1. Quanto à origem e a distinção entre "Constituição" e "Carta" Quanto à origem, as Constituições poderão ser outorgadas, promulgadas, cesaristas (ou bonapartistas) e pactuadas (ou dualistas). Outorgada é a Constituição imposta, de maneira unilateral, pelo agente revolucionário (grupo, ou governante), que não recebeu do povo a legitimidade para em nome dele atuar. No Brasil, as Constituições outorgadas foram as de 1824 (Império), 1937 (inspirada em modelo fascista, extremamente autoritária...:.. Getúlio Vargas), 1967 (ditadura militar), sendo que alguns chegam inclusive a mencionar como exemplo de outorga a EC n. 1/69 (apesar de tecnicamente impreciso). As Constituições outorgadas recebem, por alguns estudiosos, o "apelido" de Cartas Constitucionais. Conforme veremos ao estudar o histórico das Constituições, alguns autores entendem que o texto de 1967 teria sido "promulgado", já que votado nos termos do art. L0 , § L0 , do AI 4/66. Contudo, em razão do "autoritarismo" implantado pelo Comando Militar da Revolução, não possuindo o Congresso Nacional liberdade para alterar substancialmente o novo Estado que se instaurava, preferimos dizer que o texto de 39 Écio Oto Ramos Duarte, Neoconstitucionalismo e positivismo jur{dico, p. 24. 106 Direito Constitu cional Esquematizado® ,I I i Pedro Lenza 1967 foi outorga do unilateralmente (apesar de formalmente votado, aprovado e "promulgado") pelo regime ditatorial militar implantado. Também entendemos que, dado o seu caráter revolucionário, a EC n. 1/69 pode ser considerada como manifestação de um novo poder constitu inte originá rio, imposta pelo governo de "Juntas Militares", nos termos do AI 12, de 31.08.19 69. Promul gada, também chamada de democr ática, votada ou popular , é aquela Constituição fruto do trabalho de uma Assembleia Nacional Constituinte, eleita diretamente pelo povo, para, em nome dele, atuar, nascendo, portanto, da deliberação da representação legítima popular. Os exemplos são a de 1891 (primeira da República), 1934 (inserindo a democracia social, inspirada na Constituição de Weimar), 1946 e, finalmente, a atual, de 1988, alterada por 6 emendas de revisão e 88 emenda s, fruto do poder constituinte derivado reformador, podendo, ainda, com a regra do art. 5.0 § 3_0, trazida pela EC n. 45/2004, ter os seus direitos e garantia s fundamentais ampliados por tratados e convenções internacionais de direitos humanos, os quais, observadas as formalidades, terão equivalência às emendas constitucionais. . Cesaris ta, segundo José Afonso da Silva, "... não é' propriamente outorgad a, mas tampouco é democrática, ainda que criada com participação popular" . E continua o mestre definindo-a como aquela " ... formada por plebiscito popular sobre um projeto elaborado por um Imperador (plebiscitos napoleônicos) 40 ou um Ditador (plebiscito de Pinochet, no Chile). A participação popular, nesses casos, não é democrática, pois visa apenas ratificar a vontade do detento r do poder. Não destacam os esse tipo no esquema porque bem pode ser considerado um modo de outorga por interpos ta pessoa".41 Complementando, cabe acrescentar que a participação popular pode dar-se não apenas por plebiscito como, também, na hipótese de ratificaç ão, por referendo, já que este se caracteriza como instrumento de confirmação das decisões políticas e governamentais, ou seja, toma-se a decisão para, posteriormente, levar-se a referendo popular. Nesse caso, contudo, "... os referendos são utilizados como um instrum ento de autocra cia (regime do chefe), e não da democracia, pois geralmente nem todas as correntes ideológicas participam do debate e não se concede liberdad e para uma efetiva discussão ou para eventual rejeição das propostas".42 Pactuad a, também pouco cobrada nos concursos. Segundo Uadi Lammê go Bulos, as Constituições pactuadas " ... surgem através de um pacto, são aquelas em que o poder constituinte originário se concentra nas mãos de mais de um titular. Por isso mesmo, trata-se de modalidade anacrônica, dificilmente ajustando-se à noção moderna de Constituição, intimamente associada à ideia de unidade do poder consti40 41 42 Por esse motivo, alguns autores classificam as cesarista s como Constitu ições bonapar tistas (por se tratar de um método utilizado por Napoleão Bonaparte nos referidos plebiscitos napoleônicos) (cf. R. C. Chimenti, F. Capez, M. F. E. Rosa, M. F. Santos, Curso de direito constitucional, 6. ed., p. 9). Curso de direito constitucional positivo, 17. ed., p. 44- original sem grifos. R. C. Chimenti, F. Capez, M. F. E. Rosa, M. F. Santos, Curso de direito constitucional, 6. ed., p. 9. 2 11 Constituição: Conceito, Constitucionalização Simbólica, Classificações... 107 tuinte. Tais Constituições pactuadas foram bastante difundidas no seio da monarquia estamental da Idade Média, quando o poder estatal aparecia cindido entre o monarca e as ordens privilegiadas. Exemplificam-nas a Magna Carta de 1215, que os barões ingleses obrigam João Sem Terra a jurar".43 Para Bonavides, "a Constituição pactuada é aquela que exprime um compromisso instável de duas forças políticas rivais: a realeza absoluta debilitada, de uma parte, e a nobreza e a burguesia, em franco progresso, doutra. Surge então como termo dessa relação de equilíbrio a forma institucional da monarquia limitada. Entendem alguns publicistas que as Constituições pactuadas assinalam o momento histórico em que determinadas classes disputam ao rei um certo grau de participação política, em nome da comunidade, com o propósito de resguardar direitos e amparar franquias adquiridas. Na Constituição pactuada o equilíbrio é precário. Uma das partes se acha sempre politicamente em posição de força. O pacto selado juridicamente mal encobre essa situação de fato, 'e o contrato se converte por conseguinte numa estipulação unilateral camuflada', conforme se deu com a Magna Carta ou a Constituição francesa de 1791: ali a supremacia dos barões; aqui, a supremacia dos represent~ntes da Nação reunidos··emassembleia constituinte". 44 E qual a diferença entre "Constituição" e "Carta"? De modo geral, Constituição é o nomen juris que se dá à Lei Fundamental promulgada, democrática ou popular, que teve a sua origem em uma Assembleia Nacional Constituinte. Já Carta é o nome reservado para aquela Constituição o~torgada, imposta de maneira unilateral pelo agente revolucionário mediante ato arbitrário e ilegítimo. • 2.4.2. Quanto à forma Quanto à forma, as Constituições podem ser escritas (instrumental) ou costumeiras (não escritas ou consuetudinárias). Escrita (instrumental), o próprio nome nos ajuda a explicar, seria a Constituição formada por um conjunto de regras sistematizadas e organizadas em um único documento, estabelecendo as normas fundamentais de um Estado. Como exemplo, citamos a brasileira de 1988, a portuguesa, a espanhola etc. Nesse particular, cabe alertar que, no direito brasileiro, vêm sendo encontrados textos escritos com natureza de Constituição (não se resumindo a um único código), por exemplo, nos termos do art. 5.0 , § 3.0 , 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 e que, dessa maneira, passam a ser equivalentes às emendas constitucionais. Por isso, parece interessante a ideia, apesar de tímida, de uma Constituição legal (Constituição escrita e 43 44 Constituição Federal anotada, p. 9. Paulo Bonavides, Curso de direito constitucional, 9. ed., p. 72. 108 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza que se apresenta esparsa ou fragmentada em textos, confor me apontou Paulo Bonavides - cf. item 2.3.7). Costu meira (não escrita ou consu etudin ária) seria aquela Constituição que, ao contrário da escrita, não traz as regras em um único texto solene e codificado. É formada por "textos" esparsos, reconhecidos pela socied ade como fundamentais, e baseia-se nos usos, costumes, jurisprudência, convenções. Exemplo clássico é a Constituição da Inglaterra. A doutrina observa que "hoje, contudo, mesmo a Inglate rra (exemplo normalmente lembrado de país regido por uma Constituição não escrita) assenta princípios constitucionais em textos escritos, em que pesem os costum es formarem relevantes valores constitucionais".45 A classificação propõe, então, a utilização do conceito de costumeira em um sentido mais aberto, pois, como bem anota Paulo Bonavides, "na época contemporânea inexis tem Consti tuição s totalm ente costum eiras, semelh antes àquela que teve a França no ancien régime, antes da Revolução Francesa de 1789, ou seja, 'uma complexa massa de CQ$tumes, usos e decisões judiciárias' ~Barth élemy)". Por esse motivo Bonavides prefere classificar a experiência inglesa como sendo a de uma Constituição não totalmente costumeira ou, melho r dizendo, uma Const ituição parcia lment e costum eira, já que as "... leis abrang em o direito estatutário (statute law), o direito casuístico ou jurisprudencial (case law), o costume, mormente o de natureza parlamentar (Paliamentary custam) e as convenções constitucionais (constitutional conventions)". 46 Quanto à norte-americana de 1787, Bonavides a define como escrita , porém compl ement ada pelos costum es, sendo que "... o elemen to consuetudinário entra igualmente como fator auxiliar e subsidiário importantíssi mo para completar e corrigir o texto constitucional lacunoso ou suprir, pela interpr etação, partes obscuras e controversas da Constituição". Lembrando Carl J. Friedr ich, destaca que a norte45 46 R. C. Chimenti, F. Capez, M. F. E. Rosa, M. F. Santos, Curso de direito constitucional, 2004, p. 9. Paulo Bonavides, Curso de direito constitucional, 21. ed., p. 84. Para aprofundamento da matéria, por todos, René David, Os grandes sistemas do direito contemp orâneo, p. 331-355. Virgílio Afonso da Silva, nessa linha e avançando, observa: "no Brasil, todos costum am mencionar a Constituição inglesa como o modelo de constituição não escrita e flexível. Essa categorização está tão sedimen tada no pensamento constitucional brasileiro que a discussã o acerca da aprovação (1998) e da entrada em vigor (2000), na Inglaterra, do Human Rights Act, que pôs em cheque a ideia de supremacia do parlamento inglês, ainda não foi percebida por aqui. Ocorre que a supremacia do parlamento é justamente o reflexo do que a doutrin a brasileira costuma chamar de constituição flexível. Se o parlamento inglês já não é mais soberano no sentido tradicio nal, e deve respeitar as disposições da declaração de direitos, o modelo de constituição flexível também cai por terra" (A constitucionalização do direito, p. 109, nota 6. Para aprofundamento em relação a essa mencionada tensão entre a supremacia do parlamento e a entrada em vigor do Human Rights Act na Inglaterra, cf., por todos, Nicholas Bamforth, Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act 1998, Public Law 1998, p. 572-582). 2 o Constituição: Conceito, Constitucionalização Simbólica, Classificações... 109 -americana é completada pela doutrina da revisão judicial (precedentes judiciais) e, além disso, as normas escritas "... têm que ser sumamente flexíveis, porque é impossível regulamentar com absoluta precisão as eventualidades do futuro". 47 Quanto à extensão Quanto à extensão, podem as Constituições ser sintéticas (concisas, breves, • 2.4.3. sumárias, sucintas, básicas) ou analíticas (amplas, extensas, largas, prolixas, longas, desenvolvidas, volumosas, inchadas). Sintéticas seriam aquelas enxutas, veiculadoras apenas .dos princípios fundamentais e estruturais do Estado. Não descem a minúcias, motivo pelo qual são mais duradouras, na medida em que os seus princípios estruturais são interpretados e adequados aos novos anseios pela atividade da Suprema Corte. O exemplo lembrado é a Constituição americana, que está em vigor há mais de 200 anos (é claro, com emendas e interpretações feitas pela Suprema Corte). Pinto Ferreira, analisando o constitucionalismo pátrio, indica a Constituição de 1891 como exemplo de sintética. 48 Paulo Bonavides, a seu turnq, e com precisão, observa que "as Constituições concisas ou breves resultam numa maior estabilidade do arcabouço constitucional, bem como numa flexibilidade que permite adaptar a Constituição a situações novas e imprevistas do desenvolvimento institucional de um povo, a suas variações mais sentidas de ordem política, econômica e financeira, a necessidades, sobretudo, de improvisar soluções que poderiam, contudo, esbarrar na rigidez dos obstáculos constitucionais".49 Analíticas, por outro lado, são aquelas que abordam todos os assuntos que os representantes do povo entenderem fundamentais. Normalmente descem a minúcias, estabelecendo regras que deveriam estar em leis infraconstitucionais, como, conforme já mencionamos, o art. 242, § 2.0 , da CF/88, que dispõe que o Colégio Pedro 11, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal. Assim, o clássico exemplo é a brasileira de 1988. Segundo Bonavides, "as Constituições se fizeram desenvolvidas, volumosas, inchadas, em consequência principalmente de duas causas: a preocupação de dotar certos institutos de proteção eficaz, o sentimento de que a rigidez constitucional é anteparo ao exercício discricionário da autoridade, o anseio de conferir estabilidade ao direito legislado sobre determinadas matérias e, enfim, a conveniência de atribuir ao Estado, através do mais alto instrumento jurídico que é a Constituição, os encargos indispensáveis à manutenção da paz social". 50 47 48 49 lO Paulo Bonavides, Curso de direito constitucional, 21. ed., p. 84-85. Pinto Ferreira, Curso de direito constitucional, 10. ed., p. 66. Paulo Bonavides, Curso de direito constitucional, 21. ed., p. 91. Paulo Bonavides, Curso de direito constitucional, 9. ed., p. 74. ll 1 \I 11 O Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza • 2.4.4. Quanto ao conteúd o O conceito de Constituição pode ser tomado tanto em sentido material como formal. Materia lmente constitu cional será aquele texto que contiver as normas fundamentais e estruturais do Estado, a organização de seus órgãos, os direitos e garantias fundamentais. Como exemplo podemos citar a Constituição do Império do Brasil, de 1824, que, em seu art. 178, prescrevia ser constitucional somente o que dissesse respeito aos limites e atribuições respectivos dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não fosse constitucional poderia ser alterado, sem as formalidades referidas (nos arts. 173 a 177), pelas legislaturas ordinária s. Formal, por seu turno, será aquela Constituição que elege como critério o processo de sua formação, e não o conteúdo de suas normas. Assim, qualquer regra nela contida terá o caráter de constitucional. A brasileira de 1988 é formal! Cumpre observar (e este tema ainda não está fechado) que, com a introducão do § 3.0 no art. 5.0 , pela EC n. 45/2004, passamos a ter uma ~spécie de conceito misto, já que a nova regra só confere a natureza de emenda constitucional (norma formalmente constitucional) aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humano s (matéria), desde que observadas as formalid ades de aprovaçã o (forma). Como se sabe (e voltaremos a essa análise), nos termos do art. 5. § r, "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovado s, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emen~as constitucionais". Nesse sentido, podemos lembrar o Decreto Legislativo n. 186/2008, que aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, promulga dos pelo Decreto n. 6.949, de 25.08.2009, tendo sido, assim, incorporado ao ordenam ento jurídico brasileiro com o status de norma constitucional. 0 , 'I i I I • 2.4.5. Quanto ao modo de elaboraç ão Quanto ao modo de elaboração as Constituições poderão ser dogmáti cas (também denominadas "sistemáticas", segundo J. H. Meirelles Teixeira) ou histórica s. Dogmát icas, sempre escritas, consubstanciam os dogmas estruturais e fundamentais do Estado ou, como bem observou Meirelles Teixeira, "... partem de teorias preconcebidas, de planos e sistemas prévios, de ideologias bem declaradas, de dogmas políticos ... São elaboradas de um só jato, reflexivamente, racionalmente, por uma Assembleia Constituinte"Y Como exemplo, destacamos a brasileira de 1988. Histórico as, constituem-se através de um lento e contínuo processo de formação , ao longo do tempo, reunindo a história e as tradições de um povo. Aproximam-se, assim, da costumeira e têm como exemplo a Constituição inglesa. 51 J. H. Meirelles Teixeira, Curso de direito constitucional, p. 105-106. 2 a Constituição: Conceito, Constitucionalização Simbólica, Classificações ... 111 • 2.4.6. Quanto à alterabilidade Esse critério re:::ebe diversas denominações pelos constitucionalistas pátrios. Além da citada alterabilidade (Leda Pereira Mota e Celso Spitzcovsky52), encontramos:

titular do poder constituinte). 36. "a". 11 2.7-2. Histórico das Constituições brasileiras 1. "e". A letra "a" está errada porque havia, além dos três Poderes, o Poder Moderador. A letra "b'' está errada, pois, ao contrárià do afirmado, o Catolicismo era a religião oficial do Estado (aliás, foi a única que estabeleceu UIT,la religião oficial). A letra "c" está errada já que o texto de 1891 foi promulgado e o Estado era não confessional. A letra "d" está errada porque a outorga foi pelo agente revolucionário, o ditador (e não pelo Congresso Nacional), e, ainda, a previsão formal era de um Estado federal (e não unitário), porém, conforme vimos, tratava-se de federalismo meramente nominal. 2. 1-E- conforme estudado na parte teórica, de fato, a PEC Dante de Oliveira propunha as e lei- ções diretas e despertou o movimento "Diretas Já". Contudo, como se viu, referida PEC foi rejeita da, sendo a eleição do primeiro civil após 20 anos de ditadura- Tancredo Neves- indireta, pelo Colégio Eleitoral; 11-C; 111-C; IV-C; V-E -conforme estudamos, a EC n. 1/69 foi outorgada por uma Junta Militar, já.que o Congresso Nacional estava fechado. 0 3_ item a - "certo": cf. art. 4.0 , VIII, e art. 5. , XLII, 111 e XLIII; item b- "certo". 4. "c". Vide parte teórica. 5. "d". Vide parte teórica. 6_ "c". Conforme vimos na parte teórica, a única Constituição semirrfgida no constitucionalismo brasileiro foi a de 1824, sendo as demais rfgidas, ou seja, com um procedimento mais árduo e mais solene para a alteração. 7. "b". De acordo com o art. 108, da Constituição de 1934, são eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei. 8. "certo". Cf. parte teórica. 9. "errado". Conforme visto na parte teórica, foi a de 1934. 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 HERMENÊUTICA: MUTAÇÃO X REFORMA. REGRAS X PRINCÍPIOS. "DERROTABILIDADE". POSTULADOS NORMATIVOS. CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO. ESTRUTURA DA CONSTITUIÇÃO • 3.1. MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS VERSUS REFORMAS CONSTITUCIONAIS Neste tópico restringiremos a apresentação a alguns aspectos pontuais, sem, contudo, aprofundar a matéria. 1 As Constituições devem ser interpretadas, função essa atribuída ao exegeta, que buscará o real significado dos termos éohstitucionais. Tal função é extremamente importante, na medida em que a Constituição dará validade para as demais normas do ordenarnento jurídico (Kelsen). Assim, devemós decifrar o seu verdadeiro alcance, a fim de sabermos, por consequência, a abrangência de uma norma infraconstitucionai.2 O hermeneuta, dessa forma, levando em consideração a história, as ideologias, as realidades sociais, econômicas e políticas do Estado, definirá o verdadeiro significado do texto constitucional. 2 O tema da hermenêutica ganha importância para os concursos públicos. Remetemos, por esse motivo e em razão da especificidade da matéria, o nosso ilustre leitor para as obras monográficas, destacando-se: H. Ávila, Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, passim; L. R. Barroso, Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, passim; L. V. A. da Silva (org.), Interpretação constitucional, passim e, do mesmo autor, A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares, passim. P. Bonavides, Curso de direito constitucional, várias passagens; I. M. Coelho, Interpretação constitucional, passim; L. L. Streck, Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito, passim; idem: Jurisdição constitucional e hermenêutica, passim; J. A. L. Sampaio, A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional, passim; F. A. Vasconcellos, Hermen8utica jurídica e derrotabilidade, passim; P. Hliberle, Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição - contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição, passim; K. Hesse, A força normativa da Constituição, passim; R. Dworkin, Taking rig/us seriously, passim (trad. para o português, Levando os direitos a sério, 3. ed., 2010, WMF Martins Fontes); R. Alexy, Teoria dos direitos fundamentais, passim; clássicos como C. Maximiliano, Hermenêutica e aplicação do direito, passim, dentre vários outros trabalhos importantes. Luiz Alberto David Araujo e Vida! Serrano Nunes Júnior observam que "a norma constitucional é autolegitimante, ou seja, colocando-se no vértice superior da pirâmide, é o polo irradiador de legitimação no interior do sistema jurídico. Se serve de anteparo para as normas infraordenadas, não tem assento em qualquer disposição normativa, pois que sobre si nada encontra" (Curso de direito constitucional, p. 49). 168 Direito Constitu cional Esquematizado® Pedro Lenza Como regra fundamental, lembramos que, onde não existir dúvida, não caberá ao exegeta interpretar (vide, por exemplo, o art. 18, § 1.0 , da CF/88, que aponta, como Capital Federal, Brasíl ia- não cabendo qualquer trabalho hermenêutica). A interpretação deverá levar em consideração todo o sistema. Em caso de antinomia de normas, buscar-se-á a solução do aparente conflito através de uma interpretação sistemática, orientada pelos princípios constitucionais. Colocadas essas premissas, o sentido da Constituição interpr etada pode mostrar-se inadequ ado. Nessas circunstâncias, dentro dos limites colocad os pelo Constituinte originário, poderão ser observadas alterações tanto do ponto de vista formal (reforma constitucional) como do inform al (mutações constitucionais) . Reform a constitu cional seria a modificação do texto constitucional, mediante mecanismos definidos pelo poder constituinte originário (emendas), alterand o, suprimindo ou acrescentando artigos ao texto origina P As mutaçõ es, por seu turno, não seriam alterações "físicas", "palpáve is", materialmente perceptíveis, mas sim alterações no significado e sentido interpre tativo de um texto constitucional. A transformação não está no texto em si, mas na interpreta- . ção daquela regra enunciada. O texto permanece inalterado. As mutaçõ es constitu cionais , portanto, exteriorizam o caráter dinâmic o e de prospec ção das normas jurídicas, por meio de process os informa is. Informais no sentido de não serem previstos dentre aquelas mudanças formalmente estabelecidas no texto constitucional. Buscando a sua origem na doutrina alemã, Uadi Lammêgo Bulos denomi na mutação constitu cional "... o processo informal de mudança da Constitu ição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltad os à letra da Constituição, quer através da interpretação, em suas diversas modalid ades e métodos, quer por intermédio da construção (construction), bem como dos usos e dos costumes constitucionais". 4 Barroso, por sua vez, afirma que "... a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norm~ da Constituição, sem observâ ncia do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidad e fática ou de 3 4 Na medida em que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (art. 5.", § 3.", EC n. 45/2004), podemos pensar nessa nova modalidade de "reforma". Constituição Federal anotada, p. 22. O autor, em interessante compilaç ão, lembra as diversas denominações terminológicas atribuídas ao fenômeno das mudanças informais das constituições ou meios difusos de modificação constitucional: vicissitude constitucional tácita, mudança constitucional silenciosa (stil/en Verfassungswandlungen), transições constituc ionais, processos de fato, mudança material, processos indiretos, processos não formais, processos informais, processos oblíquos, mutação constitucional, mudanças informais etc. (p. 23). 3 o Hermenêutica: Mutação x Reforma. Regras x Princípios. "Derrotabilidade"... 169 uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular". 5 Damos um exemplo, valendo-nos do Código Penal brasileiro, apenas para ilustrar: antes do advento da Lei n. 11.106/2005, os arts. 215, 216 e 219 do CP traziam a expressão "mulher honesta". Quando falamos que essa expressão sofreu uma mutação interpretativa, não queremos dizer que o artigo em si foi alterado, mas, sim, que o conceito de "mulher honesta", ao longo do tempo, levando em consideração os padrões aceitos pela sociedade da época, adquiriu significados diversos. "Mulher honesta" no começo do século XX tinha determinado significado, diverso do que adquire a "mulher honesta" dos dias atuais. "Mulher honesta" em uma cidade talvez tenha um significado diverso do que adquire em cidade de outra localidade. Como visto, essa evolução da sociedade, que vinha sendo percebida pelo Judiciário, sensibilizou o legislador, que revogou por meio da Lei n. 11.106/2005 diversos dispositivos do CP, como os. citados, que faziam menção à figura da "mulher. honesta": Outro exemplo, agora de mutação constitucional, citado por Olavo Alves Ferreira, foi o cancelamento da Súmula 394 do STF, modificando o entendimento sobre o foro por prerrogativa de função. 6 Ainda, podemos lembrar a mudança de entendimento pelo STF sobre a competência para julgar HC impetrado em face de decisão de turma recursal, determinando a competência do TJ. Vejamos: "Tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, modificando sua jurisprudência, assentou a competência dos Tribunais de Justiça estaduais para julgar habeas corpus contra ato de Turmas Recursais dos Juizados Especiais, impõe-se a imediata remessa dos autos à respectiva Corte local para reinício do julgamento da causa, ficando sem efeito os votos já proferidos. Mesmo tratando-se de alteração de competência por efeito de mutação constitucional (nova interpretação à Constituição Federal), e não propriamente de alteração no texto da Lei Fundamental, o fato é que se tem, na espécie, hipótese de competência absoluta (em razão do grau de jurisdição), que não se prorroga. Questão de ordem que se resolve pela remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, para reinício do julgamento do feito" (HC 86.009QO, Rei. Min. Carlos Britto, j. 29.08.2006, DJ de 27.04.2007). Podemos destacar diversas outras interpretações dadas pelo STF ao instituto da "quarentena de entrada" (art. 93, 1), à vedação da progressão de regime prevista na Lei de Crimes Hediondos, à anencefalia, à competência trabalhista para julgar ações de indenização decorrentes de acidente do trabalho, à união homoafetiva, ao não 5 6 Luís Roberto Barroso, Curso de direito constitucional, 2. ed., p. 126-127. Olavo Alves Ferreira, Controle de constitucionalidade e seus efeitos, nota 112, p. 140. 170 Direito Constitu cional Esquematizado® Pedro Lenza cabimento da prisão civil do depositário infiel (cf. HC 91.361, Rei. Mio. Celso de Mello, j. 23.09.2008, DJE de 06.02.2009) etc. Sistematizando, a partir da doutrina clássica, Barroso? procurou identific ar os mecanismos de mutação constitucional, destacando-se: O interpretação (judicial e administrativa): em relação à interpretação judicial, podemos apontar os vários exemplos acima citados, sendo, assim, a evolução da jurisprudência da Corte inegável exteriorização da mutação constitu cional. Ainda, essa evolução interpretativa poderá ser verificada, também , no âmbito administrativo. Como destaque, Barroso lembra a Res. n. 7/CNJ que, reconhecendo novas perspectivas aos princípios da impessoalidade e da moralidade, deu novo e restritivo sentido ao nepotismo; Q atuação do legislador: verifica-se a mutação constitu cional por atuação do legislador quando, por ato normativo primário, procurar alterar o sentido já dado a alguma norma constitucional. Como exemplo, depois de modificado o entendimento sobre a prerrogativa de foro pelo STF que, inclusive, conform e visto, cancelou a S. 394, o Congresso Nacional procurou resgatar o sentido dessa súmula, nos termos da Lei n. 10.628/2002. Cabe lembrar que o STF declarou inconstitucional referido ato normativo (cf. item 9.9.2.3); O por via de costumes constitucionais: o autor aduz não ser pacífica a existência de costumes em países de Constituição escrita e rígida. 8 Porém, admite que certas práticas reiteradas ensejaram mudanças no sentido interpre tativo da Constituição. Como exemplo, menciona a possibilidade de o Chefe do Poder Executivo negar a aplicação de lei que de modo fundamentado conside re inconstitucional. Lembra, ainda, o voto de liderança no Parlamento, sem a submiss ão da matéria ao Plenário. Outro exemplo, antes do advento da EC n. 32/2001, destaca a reedição de medida provisória, desde que não houvesse expressa rejeição ou alteração do texto. Barroso evidencia, também, a evolução da intepretação em relação aos poderes da CPI, passando a Suprema Corte a admitir a quebra de sigilos bancários e fiscais. Naturalmente, a mutação e a nova interpretação não poderão afrontar os princípios estruturantes da Constituição, sob pena de serem inconstitucionai s. • 3.2. REGRAS E PRINCÍPIOS A doutrina vem se debruçando sobre a importante e complexa distinçã o entre regras e princípios, partindo da premissa de que ambos são espécies de normas e que, como referenciais para o intérprete, não guardam, entre si, hierarq uia, especialmente diante da ideia da unidade da Constituição. 7 8 Luís Roberto Barroso, Curso de direito constitucional, 2. ed., p. 130-136. Sobre o assunto, cf., ainda, José Afonso da Silva, Poder constituinte e poder popular, p. 286. 3 c Hermenê utica: Mutação x Reforma. Regras x Princípios. "Derrotab ilidade"... 171 Canotilho refere-se ao sistema jurídico do Estado de direito democrático português como "um sistema normativ o aberto de t·egras e princípio s": O sistema jurídico : "porque é um sistema dinâmico de normas"; O sistema aberto: "porque tem uma estrutura dialógica (Caliess) traduzida na disponibilidade e 'capacidade de aprendizagem' das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da 'verdade' e da 'justiça'"; O sistema normativ o: porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funçõe s e pessoas é feita por meio de normas; O sistema de regras e de princípios: "pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras". 9 Humberto Ávila, por sua vez, esclarece que "... um sistema não pode ser composto somente de princípios, ou só de regras. Um sistema só de princ(pios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos. Com isso se quer dizer que, a rigor, não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes do que as regras, nem que as regras são mais necessár ias que os princípios. Cada espécie normativ a desempenha funções diferentes e complementares, não se podendo sequer conceber uma sem a outra, e a outra sem a uma. Tal observação é da mais ai: a relevância, notadamente lendo em vista o fato de que a Constituição Brasileira é repleta de regras, especialmente de competênCia, cuja finalidade é, precisamente, alocar e limitar o exercício do poder". 10 Segundo Ávila, a interpretação e a aplicaçã o de princípi os e regras dar-se-ão com base nos postulad os normati vos inespec(ficos, quais sejam, a ponder ação (atribuindo-se pesos), a concord ância prática e a proibiçã o de excesso (garantindo a manutenção de um mínimo de eficácia dos direitos fundamentais), e específicos , destacan do-se o postulado da igualdad e, o da razoabil idade e o da proporc ionalida de. li Canotilho, no tocante à diferenciação, sistematiza a matéria, estabelecendo os seguintes critérios : 12 G grau de abstraçã o: '-os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida"; 9 10 11 12 Direito constitucional e teoria da Constituição, 7. ed., p. 1159. H. Ávila, Teoria dos princípio!. 10. ed., p. 120-1. Teoria dos princípios, 10. ed., p. 144-185. Direito constitucional e teoria da Constituição, 7. ed:, p. 1160-1 (redação igual ao original). 172 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza EJ grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: "os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta"; D carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: "os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito)"; D "proximidade" da ideia de direito: "os princípios são 'standards' juridicamente vinculantes radicados nas exigências de 'justiça' (DWORKIN) ou na 'ideia de direito' (LARENZ); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional"; D natureza normogenética: "os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante". Barroso, avanÇando, identifica uma distinção qualitativa ou estrutural entre regras e princípios. Conforme anota, "... a Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo às concepções de Ronald Dworkin e aos desenvolvimentos a ela dados por Robert Alexy. A conjugação das ideias desses dois autores dominou a teoria jurídica e passou a constituir o conhecimento convencional da matéria". 13 E, em seguida, conclui: 13 regras: relatos descritivos de condutas a partir dos quais, mediante subsunção, havendo enquadramento do fato à previsão abstrata, chega-se à conclusão. Diante do conflito entre regras, apenas uma prevalece dentro da ideia do tudo ou nada (all or nothing). A "... regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor" (ou seja, acrescente-se, critérios hierárquico, da especialidade ou cronológico); D princípios: a previsão dos relatos se dá de maneira mais abstrata, sem se determinar a conduta correta, já que cada caso concreto deverá ser analisado para que o intérprete dê o exato peso entre os eventuais princípios em choque (colisão). Assim, a aplicação dos princípios "não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias represeEtadas por outras normas ou por situações de fato". Destaca-se, assim, a técnica da ponderação e do balanceamento, sendo, portanto, os princípios valorativos ou finalísticos. 13 L. R. Barroso, lnte1pretação e aplicação da Constituição, 7. ed., p. 353. 3 o Hermenêu tica: Mutação X Reforma. Regras x Princípios. "Derrotabi lidade"... 173 4 Nessa linha, partindo da proposta de diferenciação formulada por Dworkin,' Robert Alexy dela se afasta e avança ao caracterizar os princípios como mandame ntos ou mandado s de otimizaç ão (sendo esta a sua principal contribuição à ideia inicial). Em suas palavras: O regras: "... são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contém, portanto, determin ações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativ a, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio"; DI princípio s:"... normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandam entos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeito s em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilid ades jurídicas . O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado 15 pelos princípios e regras co~identes". : Cabe alertar que as teses sobre as distinções entre regras e princípios defendidas por Dworkin e Alexy não se confunde m. De acordo com Virgílio Afonso da Silva, "... não só as teses de ambos os autores não são idênticas - a própria ideia de otimização não está presente nas obras de Dworkin -, como também a possibilidade de única resposta correta é rejeitada expressamente pela teoria dos princípios na forma defendida por Alexy. O que o conceito de mandame nto de otimizaçã o impõe é o que se pode chamar de ideia regulativa, ou seja, uma ideia que sirva para guiar a argumentação em um determinado sentido. Várias podem ser as respostas que satisfaçam as exigências de otimização. Quanto maior o número de variáveis - e de direitos -envolvi dos em um caso concreto, maior tenderá a ser a quantidade de respostas que satisfaçam o critério de otimização". 16 De modo geral, partindo das ideias expostas, podemos esquemat izar as distinções essenciais entre regras e princípios: 14 15 16 Nesse sentido, cf. R. Dworkin, Taking rights seriously, passim. (Há tradução para o português: Levando os direitos a sério, 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.) R. Alexy, Teoria dos direitos fundamenta is, p. 90-91 (trad. de Virgílio Afonso da Silva) (grifamos). e regras: Cf., também, sobre a distinção entre regras e princípios, L. V. A. da Silva, Princípios ais, mitos e equívocos acerca de uma distinção, Revista Latino-Americana de Estudos Constitucion manexpressão à alemão) do original do tradução (na refere-se turno, seu por p. 607-630. Barroso, da dados de otimização (princípios) e mandados de definição (regras) (Interpretação e aplicação 23). nota 357, p. ed., 7. o, Constituiçã entre L. V. A. da Silva, A constitucio nalização do direito: os direitos fundamentais nas relações particulares, p. 121. 17 4 Direito Constituc ional Esquematizado® REGRAS c dimensão da validade, especificidade e vigência Pedro Lenza I PRINCIPIOS c dimensão da importância, peso e valor c conflito entre regras (uma das regras em conflito ou c colisão entre princípios (não haverá declaração de será afastada pelo principio da especialidade, ou será declara da inválida -cláusula de exceção, que também pode ser entendida como "declaração parcial de invalidade") invalidade de qualquer dos princípios em colisão. Diante das condições do caso concreto, um princípio prevalecerá sobre o outro) c "tudo ou nada" c ponderação , balanceame nto, sopesamen to entre c mandamen tos ou mandados de definição c mandamen tos ou mandados de otimização princípios colidentes Finalmen te, correta a constatação de Barroso ao perceber que mais recentem ente e avançand o as ideias de Dworkin e os novos desenvolvimentos analíticos trazidos por Alexy, "... já se discute tanto a aplicação do esquema tudo ou nada aos princípios como a possibilidade de também as regras serem pondera das. Isso porque, como visto, determin ados princípios - como o princípio da dignidade da pessoa humana e outros - apresentam um núcleo de sentido ao qu~l se atribui natureza de regra, aplicável biunivocamente. Por outro lado, há situações em que uma regra, perfeitamente válida em al;>strato, poderá gerar uni·a inconstitucionalidade ao incidir em determin ado ambiente, ou, ainda, há hipóteses em que a adoção do comporta mento descrito pela regra violará gravemente o próprio fim que ela busca alcançar... 17 ". • 3.3. DERROTABILIDADE (DEFEAS /BIL/TY) 18 De modo geral, conform e estabelece Humbert o Ávila, existem várias justifica tivas para a obediên cia às regras, destacando-se: 19 O "eliminação da controvérsia e da incerteza, e dos custos morais a elas associado s"; B eliminaç ão ou redução da " ... arbitrarie dade que pode potencialmente surgir no caso de aplicação direta de valores morais"; 13 busca para "evitar problemas de coordenação, deliberação e conhecimento". No tocante à coordenação, sem a regra, haveria o risco de cada indivíduo querer defender o seu ponto de vista. Em relação à deliberação, inexistindo solução predefinida em determinada regra, observar-se-ia um aumento de custos para soluções 17 18 19 L. R. Barroso, Interpretação e aplicação da Constituição, 7. ed., p. 357-358. Nesse sentido, reconstruindo a distinção entre princípios e regras, por todos, H. Ávila, Teoria dos princípios, passim. Para aprofundamento da matéria, c f. interessante estudo de F. A. Vasconcellos, Hermenêutica jurídica e derrotabilidade, passim. Ainda, sob o aspecto de modelos lógicos ("refiname nto de teorias"), cf. J. S. de A. Maranhão, Padrões de racionalidade na sistematização de normas (tese de doutorado FADUSP). Interessante, também, o debate entre Bayón e Rodríguez sobre a matéria: J. C., Bayón; J. Rodríguez Russo, Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales: El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas (também em formato e-book). Para a discussão no âmbito processual (derrotabilidade processual atrelada à ideia de ônus da prova), Vasconcellos destaca os estudos de Giovanni Sartor e Neil MacCornm ick (op. cit., p. 100-106). H. Ávila, Teoria dos princípios, p. 112-114. 3 c Hermenêutica: Mutação x Reforma. Regras x Princípios. "Derrotabil idade"... 175 casuísticas e individuais. Finalmente, a falta de regra poderia produzir soluções por pessoas que não têm o conhecimento técnico de determinada matéria ou área. Com isso, observa Ávila que"... as regras não devem ser obedecidas somente por serem regras e serem editadas por uma autoridade. Elas devem ser obedecida s, de um lado, porque sua obediênci a é moralmen te boa e, de outro, porque produz efeitos relativos a valores prestigiados pelo próprio ordenamento jurídico, como segurança, paz e igualdade . Ao contrário do que a atual exaltação dos princípios poderia fazer pensar, as regras não são normas de segunda categoria. Bem ao contrário, elas desempenham uma função importantíssima de solução previsível, eficiente e geralmente equânime de solução de conflitos sociais". 20 Apesar dessa constatação, muitos autores, conforme já enunciado, começam a reconhecer a derrotabi lidade (defeasibility) das regras, superando o modelo "tudo ou nada" de Dworkin. A ideia de derrotabi lidade (Ávila se refere a ela como superabil idade), historicamente, vem sendo atribuída a Hart, na seguinte passagem: "quando o estudante aprende que na lei inglesa existem condições positivas exigidas para a existência de um contrato válido, ele ainda tem que aprender o que pode derrotar a reivindicação de que há um contrato válido, mesmo quando todas essas condições são satisfeitas", daí por que "o estudante tem ainda que aprender o que pode seguir as palavras 'a menos que', as quais devem acompanhar a indicação dessas condições". 21 Nesse sentido, Ávila, reconhecendo que as regras não são superáveis com facilidade, 22 propõe algumas condições necessári as, destacando-se: O requisitos materiais (ou de conteúdo): a superação da regra pelo caso individual não pode prejudicar a concretização dos valores inerentes à regra. E explica o autor: " ... há casos em que a decisão individualizada, ainda que incompatível com a hipótese da regra geral, não prejudica nem a promoção da finalidad e subjacent e à regra, nem a seguranç a jurídica que suporta as regras, em virtude da pouca probabilidade de reaparecimento frequente de situação similar, por dificuldade de ocorrência ou comprovação"; 23 O requisitos procedim entais (ou de forma): a superação de uma regra deve ter a) justificati va condizen te- devendo haver a "... demonstração de incompatibilidade entre a hipótese da regra e sua finalidade subjacente. É preciso apontar a discrepância entre aquilo que a hipótese da regra estabelece e o que sua finalidade exige". E, ainda, a "... demonstração de que o afastamento da regra não provocará expressiva insegurança jurídica". Em outras palavras, a justiça individual não poderá afetar substancialmente a justiça geral; b) fundamen tação condizen te- as 20 21 22 23 H. Ávila, Teoria dos princípios, p. 112-114. H. L. A. Hart, The Ascription of Responsibility and Rights, apud Vasconcellos, Hermenêuti ca jurídica e derrotabilidade, p. 54. Conforme afirma, "... as regras têm eficácia de trincheira, pois, embora geralmente superáveis, só o são por razões extraordinárias e mediante um ônus de fundamentação maior" (Teoria dos princípios, p. 119). H. Ávila, Teoria dos princípios, p. 117. 176 Direito Constitucio nal Esquematiz ado® Pedro Lenza razões de superação da regra devem ser exteriori zadas, para que, assim, possam ser controladas. "A fundamentação deve ser escrita, juridicamente fundamentada e logicamente estruturada"; c) comprova ção condizente - "... não sendo necessárias, notórias nem presumidas, a ausência do aumento excessivo das controvérsias, da incerteza e da arbitrariedade e a inexistência de problemas de coordenação, altos custos de deliberação e graves problemas de conhecimento devem ser comprovadas por meios de provas adequados, como documen.tos, perícias ou estatísticas. A mera alegação não pode ser suficiente para superar uma regra". Analisand o os requisitos propostos por Ávila para a eventual superaçã o das regras, concordamos com a crítica apontada por Vasconcellos, no tocante aos requisitos materiais, no sentido de que se poderia pensar em certa "universa lização/ generaliz ação das decisões baseadas na derrotabi lidade", e não que essa generalização pudesse gerar a sugerida insegurança. Conforme aponta Vasconcellos, "... o requisito material mais importante da derrotabilidade é a coerência do julgador ou órgão durante a decisão. (...). Em nome da coerência, o processo de inserção da exceção no interior da regra impõe o fenômeno da universal ização, a partir d9 qual a decisão singular se torna paradigm ática, referência e modelo às ulteriores (posteriores, acrescente-se) decisões de casos similares". 24 CUIDAD O: do ponto de vista jurisprudencial, alertamos que o STF ainda não utilizou a expressão derrotabi lidade. Destacamos, contudo, dois interessantes julgados que utilizaram a ideia para a fundamentação de suas decisões: D TRF1 - EDAMS 5553 - GO 2001.35.00.005553-9 - j. 16.03.2005 - 6." Turma, DJ de 18.04.2005 - discutia-se a regra contida no art. 99 da Lei n. 8.112/90, que assegura ao servidor estudante (ao seu cônjuge ou companheiro, aos filhos ou enteados do servidor que vivam na sua companhia, bem como aos menores sob sua guarda, com autorização judicial) que mudar de sede no interesse da administração, na localidade da nova residência ou na mais próxima, matrícula em instituição de ensino congênere, em qualquer época, independentemente de vaga (cf. a discussão sobre o assunto, no presente trabalho, no item 14.10.2). Esse entendimento já foi, inclusive, confirmado pelo STF, no julgamento da ADI 3324, que destacou a necessidade de ser o estabelecimento de ensino congênere, ou seja, a transferência deverá ser de escola particular para particular e de pública para pública. No caso concreto dos autos, contudo, como não havia na localidade instituição da mesma natureza, o TRFI entendeu que" ... a vedação em causa é 'derrotável', porquanto o legislador, ao editar o dispositivo em referência, não considerou essa circunstância em sua formulação normativa, de forma que o princípio do direito constituci onal à educação (Carta Magna, art. 205), bem como o de que as normas restritivas devem ser interpretadas restritivamente 'derrotam ' a vedação contida no referido dispositivo lega1''; 25 24 25 F. A. Vasconcellos, Hermenêutica jurídica e derrotabilidade, p. 88. A Universidade Federal de Goiás- UFGO interpôs recurso extraordinário (RE 593.428) contra o referido acórdão da 6.• Thrma do TRFI, que teve, em decisão monocrática do Min. Dias Toffoli pro- 3 a Hermenêutica: Mutação x Reforma. Regras x Princípios. "Derrotabilidade"... 177 1EJ Recurso JEF n. 20053500716438826 - TJ/GO: no caso, discutia-se o direito ao recebimento do benefício de prestação continuada previsto no art. 20, § 3_0, da Lei n. 8.742/93, que consiste na garantia de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 65 anos (redação dada pela Lei n. 12.435/2011) ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família, sendo que se considera incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 114 do salário mínimo. No caso concreto, o Juiz Juliano Taveira Bernardes utilizou a ideia de derrotabilidade para afastar a regra geral, sem que o seu entendimento ferisse, inclusive, o posicionamento do STF, que entende ser o requisito financeiro condição objetiva para o recebimento do benefício. Vejamos: "EMENTA: BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. LOAS. RENDA PER ·CAPITA. NECESSIDADE DE SE CONTRAPOR A REGRA LEGAL EM FACE DE TODAS AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. ANTINOMIA EM ABSTRATO VS. 0 ANTINOMIA EM CONCRETO. 'DERROT~BILIDADE' DO§ 3. DO ART. 20 DA LEI 8.742/93. 1. Embora o STF já tenha reconhecido a constitucionalidade em tese do § 3.0 do art. 20 da Lei 8.742/93, o requisito da renda mensal per capita inferior a 1/4 do salário mínimo, consideradas todas as circunstâncias do caso, pode apresentar antinomia concreta em face de algum princípio constitucional ou regra implícita deste decorrente. 2. O reconhecimento dessa antinomia concreta gera a 'derrotabilidade' (defeasibility) da regra legal, mas não viola a autoridade da decisão do STF proferida na ADI 1.232/DF. 3. Quando se resolve uma antinomia em abstrato, considera-se a norma desprezada, para todas as dellJais hipóteses em que a norma se aplicaria porque: (a) inválida (em caso de conflito hierárquico); ou (b) sem vigência (conflito cronológico); ou (c) ineficaz (conflito da especialidade). Diferentemente, a resolução de uma antinomia em concreto não implica qualquer juízo de invalidação da norma que se deixou de aplicar, a qual segue válida, vigente e eficaz para se aplicar a outras situações. 4. Não bastasse, a decisão de mérito da ADI 1.232/DF tampouco dispõe de efeitos vinculantes, já que proferida antes da edição da Lei 9.868/99. 5. Comprovados gastos com medicamentos necessários à manutenção da pessoa que necessita do amparo constitucional, deve ser diminuída, em iguais proporções, a base de cálculo da renda mensal per capita. 6. Recurso desprovido. Sentença confirmada." 26 ferida em 13.10.2011, o seu seguimento negado, com base na jurisprudência dominante firmada na ADI 3324. Apenas observamos que, lendo referida decisão, o Min. Toffoli não analisa a questão da derrotabilidade, tratando o assunto como se fosse o caso típico de instituição congênere. Referido julgado pode ser encontrado em: . O Juiz Relator, Juliano Taveira Bernardes, doutrinariamente, já havia tratado do assunto ao justificar a possibilidade de aborto do feto anencefálico, com base na ideia de derrotabilidade. Cf. Aborto de feto anencefálico e "derrotabilidade", Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 617, 17 mar. 2005. 178 Direito Constitucional Esquematizado® • 3.4. Pedro Lenza NORMAS DE SEGUNDO GRAU: POSTULADOS NORMATIVOS Humberto Ávila, como já apontamos, refere-se à categoria dos postulados normativos, que não se confundem com as regras e os princípios. Segundo afirma, os postulados podem ser qualificados como metanormas ou normas de segundo grau, instituindo "... critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação". Assim, podem ser caracterizados como normas metódicas, fornecendo "critérios bastante precisos para a aplicação do Direito", destacando-se os postulados inespecíficos (ponderação, concordância prática e proibição de excesso) e os postulados específicos (igualdade, razoabilidade e proporcionalidade)Y • 3.5. MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO Método jurídico (hermenêutica clássico) Método tópico-problemá! ico (ou método da tópica) MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO Método hermenêutica concretizador Método científico-espiritua l Método normativo-estrutu rante Método da comparação constitucional Anota Canotilho que "a interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes mas, em geral, reciprocamente complementares". 28 Nessa linha, limitar-nos-emos a expor algumas características de cada um dos métodos destacados pelo mestre português. 1 3.5.1. Método jurídico ou hermenêutica clássico Para os que se valem desse método, a Constituição deve ser encarada como uma lei e, assim, todos os métodos tradicionais de hermenêutica deverão ser utilizados na tarefa interpretativa, valendo-se dos seguintes elementos de exegese: O elemento genético: busca investigar as origens dos conceitos utilizados pelo legislador; 27 28 H. Ávila, Teoria dos princípios, p. 123-181. J. 1. G. Canotilho, Direito constitucional e teoria da Constituição, 6. ed., p. 212-213. 3 c Hermenê utica: Mutação X Reforma. Regras x Princípios. "Derrota bilidade" ... 179 O elemen to gramat ical ou filológico: também chamad o de literal ou semântico, pelo qual a análise deve ser realizad a de modo textual e iiteral; O elemen to lógico: procura a harmon ia lógica das normas constitu cionais; O elemen to sistemá tico: busca a análise do todo; O elemen to histórico: analisa o projeto de lei, a sua justificativa, exposiç ão de motivos, pareceres, dis::ussões, as condições culturais e psicológicas que resultaram na elaboraç ão da norma; O elemen to teleológico ou sociológico: busca a finalidade da norma; O elemen to popula r: a análise se implementa partindo da participação da massa, dos "corpos intermediários", dos partidos políticos, sindicatos, valendo -se de instrumentos como o plebiscito, o referendo, o recall, o veto popular etc.; O

nal de alternativa s" na medida em que, como sustentado por Häberle, "o pensament o do possível é o pensament o em alternativa s. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (fragendes Denken). Na res publica existe um ethos jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidad e, sem se deixar dominar por elas. 192 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para 'novas' realidades, para o fato de que a realidade de hoje pode corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor" (Haberle, Die Verfassung des Pluralismus, cit., p. 3 -grifamos)". E conclui Mendes: "... valendo-nos da lição de Scheuner citada por Haberle, se quiser preservar força regulatória em uma sociedade pluralista, a Constituição não pode ser vista como texto acabado ou definitivo, mas sim como 'projeto' ('Entwurf') em contínuo desenvolvimento (Haberle, Die Verfassung des Pluralismus, cit., p. 4 - grifamos)". Pedimos vênia, então, para transcrever a ementa do julgado que reconheceu, na linha do voto do Min. Gilmar Mendes, a teoria do pensamento do possível: "EMENTA: (...). Cargos vagos de juízes do TRT. Composição de lista. Requisitos dos arts. 94 e 115 da Constituição: quinto constitucional e lista sêxtupla. Ato normativo que menos se distancia do sistema constitucional, ao assegurar aos órgãos participantes do processo a margem de escolha necessária. Salvaguarda simultânea de princípios constitucionais em lugar da prevalência de um sobre o outro. Interpretação constitucional aberta que tem como pressuposto e limite o chamado 'pensamento jurídico do possível'. Lacuna constitucional. Embargos acolhidos para que seja reformado o acórdão e julgada improcedente a ADI 1.289, declarando-se a constitucionalidade da norma impugnada" (ADI 1.289-EI, Rei. Min. Gilmar Mendes, j. 03.04.2003, Plenário, DJ de 27.02.2004). Finalmente, podemos lembrar outros exemplos de aplicação pela Corte do pensamento do possível, como a técnica da lei "ainda constitucional" em relação ao prazo em dobro para a defensoria pública no processo penal (cf. item 6.7.1.6). : : 3.7.4. Críticas ao "pan-principiologismo" e a realidade de uma inegável "Supremocracia" Parte da doutrina vem tecendo (severas) críticas à exacerbação dos (pseudo)princípios, ou seja, a criação de princípios de acordo com o "sentire" ou a vontade de cada julgador, de modo arbitrário, em decisão "solipsista" (seguindo a orientação pessoal de cada intérprete) e em violação à Constituição, o que pode levar à discricionariedade e a um inaceitável e antidemocrárico decisionismo Uulgamento discricionário e sem fundamentação, surgindo decisões contraditórias a fragilizar a isonomia) - tendo sido essa problemática-constatação denominada "pan-principiologismo". 53 As decisões, sem dúvida, devem encontrar sustentação na Constituição, que, como afirmamos (item 3.7), deve ser o porto seguro para os necessários limites da interpretação, evitando-se, assim, os riscos de uma ditadura do Poder Judiciário. As regras devem ser prestigiadas, mas, diante de colisão e impossibilidade de convivência, os princípios deverão ser destacados (aliás, inimaginável o sistema sem os princípios). As soluções devem ser com base nos verdadeiros princípios, que en53 Lenio Luiz Streck, Aplicara "letra da lei" é uma atitude positivista"?, passim. 3 c Hermenêutica: Mutação X Reforma. Regras x Princípios. "Derrotabilidade". .. 193 contram fundamento histórico na luta por uma Constituição democrática (essa a grande dificuldade, qual seja, a identificação desses princípios). Devem ser evitados os pseudoprincípios, que serviriam, muitas vezes, de álibis teóricos para as decisões sem fundamentação firme. A solução proposta por Humberto Ávila, já lançada, mostra-se bastante equilibrada. Conforme sustenta, a interpretação e a aplicação de princípios e regras dar-se-ão com base nos postulados normativos inespecíficos, quais sejam, a ponderação (atribuindo-se pesos), a concordância prática e a proibição de excesso (garantindo a manutenção de um mínimo de eficácia dos direitos fundamentais), e espec(ficos, destacan4 do-se o postulado da igualdade, o da razoabilidade e o da proporcionalida de. 5 Essa preocupação ganha relevância com a posição que a Suprema Corte adquiriu após a Constituição de 1988 e, mais recentemente, com a Reforma do Poder Judiciário, tudo em razão da inegável hiperconstitucio nalização do pós-Segunda Grande Guerra na reconstrução do Estado Democrático de Direito. Sem dúvida, esse modelo fe;z surgir aquilo que a doutrina denominou "Supremocracia" e que tem um duplo sentido: a) autoridade que o STF assume em relação às instâncias inferiores, já que, no modelo brasileiro, adquire o papel de intérprete final da Constituição; b) a partir da CF/88, o deslocamento do STF para o centro do arranjo político, observando-se uma inegável expansão de sua autoridade em detrimento dos demais poderes. 5s Conforme anotou Vieira, "esta posição institucional vem sendo paulatinamente ocupada de forma substantiva, em face a enorme tarefa de guardar tão extensa Constituição. A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias". Essa expansão da autoridade do STF deve-se às ampliadas atribuições de tribunal constitucional, de foro especializado e originário de várias matérias (veja o julgamento da AP 470 - mensalão, para se ter um exemplo), bem como de tribunal de recursos de última instância. 56 Sem dúvida, parece ter razão Vieira ao propor uma autocontenção da atuação da Corte, que passaria a julgar de modo mais qualitativo os grandes temas inseridos na Constituição, o que provocaria o seu fortalecimento e, por consequência, o fortalecimento das instâncias inferiores. • 3.8. TEORIA DOS PODERES IMPLiCITOS Conforme anotou o Ministro Celso de Mello, em interessante julgado, a teoria dos poderes implícitos decorre de doutrina que, tendo como precedente o célebre Teoria dos princípios, 10. ed., p. 144-185. Oscar Vilhena Vieira, Supremocracia, Revista Direito GV, n. 8, p. 444 e 445. " Op. cit., p. 445. 54 55 194 Direito Constitucional Esquematizado"' Pedro Lenza caso McCULLOCH v. MARYLAND (1819), da Suprema Corte dos Estados Unidos, estabelece: " ... a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à íntegral realização dos fins que lhe foram atribuídos" (MS 26.547-MC/DF, Rei. Min. Celso de Mello, j. 23.05.2007, DJ de 29.05.2007). Podemos acrescentar que os meios implicitamente decorrentes das atribuições estabelecidas de modo explícito devem passar por uma análise de razoabilidade e proporcionalidade. Encontramos alguns precedentes na jurisprudência pátria. Em um primeiro caso, o STF reconhece o poder implícito de concessão de medidas cautelares pelo TCU no exercício de suas atribuições explicitamente fixadas no art. 71 da CF/88 (MS 26.547-MC/DF). Em outro precedente, o STF admite a possibilidade de o TJ estadual conhecer e julgar reclamação para a preservação ·de sua competência e a autoridade de suas decisões. Ente.ndeu a Corte que a reclamação, situada no âmbito do exercício do direito de petição (art. 5. XXXIV, "a") e, tendo em vista o princípio da simetria e . o da efetividade das decisões judiciais, dentro de uma idéia de poderes implícitos, · poderia ser apreciada pelo tribunal estadual, superando, assim, antiga jurisprudência que a fixava como privativa do STF (ADI 2.212) (cf. ADI 2.480, Rei. Min. Sepúlveda Pertence, j. 02.04.2007, DJ de 15.06.2007). Em outro caso interessante e bastante polêmico, com base na teoria dos poderes implícitos, a 2." Turma do STF, ao analisar a temática dos poderes investigatórios do MP, entendeu que a denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo próprio Parquet, não havendo necessidade de prévio inquérito policial (RE 535.478, Rei. Min. Ellen Gracie, j. 28.10.2008, DJE de 21.11.2008. Nesse sentido: HC 89.837, Rei. Min. Celso de Mello, j. 20.10.2009, 2." T., Inf 564/STF e RHC 83.492, j. 16.12.2010). 57 Enfrentando o tema, o Pleno do STF, em momento seguinte, afirmou a seguinte tese: "o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados o~ direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei n. 8.906/94, art. 7.0 , notadamente os incisos I, 11, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade- sempre presente no Estado Democrático de Direito- do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante n° 14), praticados pelos membros dessa Instituição" (RE 593.727, j. 14.05.2015- pendente de publicação). 0 , 57 O voto do Min. Celso de Mello pode ser lido, na íntegra, em Notícias!STF de 23.12.2010. 3 c Hermenê utica: Mutação.< Reforma. Regras x Princípios. "Derrotab ilidade"... • 3.9. 195 HERMENÊUTICA C-DNSTITUCIONAl: A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO: CONTRIBUIÇÃO PARA A INTERPRETAÇÃO PlURAli STA E "PROCE DIMENT Al" DA CONSTITUIÇÃO SOCIEDADE FECHADA DOS ~NTÉRPRETES DA CONSTITUIÇAO I SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES · DA CONSTITUIÇÃO C Sociedade fechada C Interpretaç ão constitucional pela e para a socieda· de aberta c Elemento cerrado ou fechado cor1 numerus c!ausus c Sociedade pluralista de intérpretes da Constituição C Intérpretes jurídicos (convivem com os intérpretes da sociedade aberta e pluralista) c órgãos estatais c Potências públicas c Cidadãos c Grupos c Sistema público e opinião pública c Participant es materiais do processo social c Intérpretes jurídicos vinculados a> corporação s [] "Constituiç ão e realidade constitucion al" - incorporação das ciências sociais, teorias jurídico-fun cio- nais e métodos de interpretaç o voltados para o atendimento do interesse público e do bem-estar geral c Subsistência da jurisdição constitucio nal- juizes e tri· bunais, normalmen te a última palavra na interpretaç o c Direito de participação democrátic a D Democratiz ação da interpretaç ão constitucion al C Intérpretes constitucionais em sentido lato (amplo) D Maior legitimidad e das decisões jurisdiciona is em razão da pluralização do debate Conforme anotou Gilm;tr Mendes ao lembrar as lições de Peter Habcrle, "não existe norma jurídica, senão· norma jurídica interpre tada (...), 58 ressaltando que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública (...). 59 AssiG, se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, tem-v.:, necessariamente, de indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcior.al sobre as forças ativas da Law in public action". 60 Daí propor Haberle que se supere o modelo de interpretação de uma sociedad e fechada (nas mãos de juíze~ e em procedimentos formalizados) para a ide ia de uma sociedad e aberta dos intérpre tes da Constitu ição, vale dizer, uma interpret ação pluralist a e democrá tica. 58 59 60 "Es gibt keine Rechtsnormen, es ~'ibt nur interpretierte Rechtsnormen", Peter Haberle, Zeitund Verfassung, in Dreier, Ralf/Schwegma:m, Friedrich, Probleme der Verfassungsinterpreta tion, p. 293 (313). Einen Rechssatz "auslegen" bedeutet, ihn in die Zeit, d.h. in die offentliche Wirklichk eit stellen -um seiner Wirksamk eit wi~~n", Peter Haberle, Zeit und Verfassung, in Dreier, Ralf/Schw eg· mann, Friedrich, Probleme der "lerfassungsinterpretation, p. 293 (309). Gilmar Ferreira Mendes, apre:;e21tação à obra: Peter Hliberle, Hermenêutica constitucio nal: a so" ciedade aberta dos intérpretes di Constituição: contribuiç ão para a interpretaç ão pluralista e "pro" cedi mental" da Constituição, Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1997, passim (publicada origi· nariament e em 1975 - "Die offo constitucional (especialmente nas audiências e nas 'intervenções'). Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode-se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliativa sem que se deva ou possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador" (Zeit und Verfassung, p. 47-48). 3 c Hermenêutica: Mutação x Reforma. Regras X Princípios. "Derrotabilidade"... 197 Nesse particular, interessante ressaltar a primeira audiência pública realizada no Brasil, em processo jurisdicional de controle concentrado de constitucionalidade, 0 0 na data de 20.04.2007, em cumprimento ao preceituado no art. 9. , § 1. , da Lei n. 9.868/99 (portanto, quase 8 anos após a sua previsão na referida lei). Tratava-se da ADI 3.510, proposta pelo PGR, contra a utilização de células-tronco de embriões humanos em pesquisas e terapias. Conforme aprofundamos no item 14.10.1.2, o STF entendeu, por 6 x 5, que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, nem mesmo a dignidade da pessoa humana, julgando, assim, improcedente a ação. Outras audiências públicas foram verificadas, destacando-se: 64 REFERÊNCIA I TEMA I DATA DESIGNADA c ADI3.510 o pesquisas com células-tronco embrionárias c 20.04.2007 c ADPF 101 c importação de "pneus usados c 27.06.2008 C ADPF 54 c c 26 e 28.08 e 04 e 16.09.2008 C AgR nas Sl 47 e 64; STA 36, 185, 211 e 278; 55 2.361, 2.944, 3.345 e 3.355 c judicialização da saúde pública e, em es- c 27 a 29.04 e 04, 06 e 07.05.2009 C ADPF 186 e RE 597.285 c políticas de ação afirmativa de acesso c 03 a 05.03.2010 interrupção de gravidez: feto anencefá li co pedal, ~ possibilidade de decisões jurisdicionais obrigarem o Estado a fornecer tratamentos e medicamentos ao ensino superior C AD14.103 c lei seca: proibição da venda de bebidas c 07 e 14.05.2012 alcoólicas nas proximidades das rodovias c 24 e 31.08.2012 C ADI3.937 c proibição do uso do amianto c ADis 4.679, 4.756 e 4.747 c novo marco regulatório para a TV por as- c 18 e 25.02.2013 si natura no Brasil C RE 627.189 c campo eletromagnético de linhas de c 06 a 08.03.2013 transmissão de energia c RE 586.224 D queimadas de canaviais c 22.04.2013 C RE 641.320 c regime prisional c 27 e 28.05.2013 c ADI4.650 c financiamento de campanhas eleitorais c 17 e 24.06.2013 c ADI4.815 c biografias não autorizadas c 21 e 22.11.2013 c ADis 5.037 e 5.035 c programa "Mais Médicos" c 25 e 26.11.2013 c ADis 5.062 e 5.065 c alterações no marco regulatório da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil c 17.03.2014 c internação c 26.05.2014 C RE 581.488 64 hospitalar com "diferença de classe" no Sistema Único de Saúde As audiências públicas podem ser acompanhadas no site do STF . Os temas discutidos, sem dúvida, destacam-se para as provas de concursos. 198 Direito Constituc ional Esquematizado® Pedro Lenza Enfim, parece extremamente importante essa perspectiva de uma sociedad e aberta dos intérpre tes da Constitu ição para que as decisões judiciais sejam dotadas, cada vez mais, de maior legitimidad e, por que não dizer, justiça. • 3.10. ESTRUTURA DA CONSTITUIÇÃO 65 ESTRUTURA DA CONSTITUIÇÃO Art. 1. 0 I;JW®M j l Art. 250 G·liD i_lif;;;;.-1'&Nil 1 J..._ _ _ _ _ _ _ _ _ _ Art. 1. 0 3.10.1. Art. 100 Preâmbu lo 3.10.1.1. Esquem atização Estruturalmente, a CF/88 contém um preâmbu lo, nove títulos (corpo) e o Ato das Disposições Constitu cionais Transitó rias (ADCT). Nas provas de concursos, tem sido muito comum o examinador exigir o conhecimento da literalidade do preâmbulo, bem como os direitos e preceitos estabelec idos ou nele referidos. Assim, procuramos, abaixo, esquematizar a leitura para facilitar a memorização: PREÂMBULO IJ Nós. ---------- ~epresentantes ---------- do povo brasileiro, IJ reunidos em Assembleia Nacional Constituint e ~·---------- IJ para instituir um Estado Democrátic o, c destinado a assegurar o exercfcio ------.~~~~~~---------- D dos direitos sociais e individuais, ----------~ c.E."~erdade, [Ja segurança, ----------i IJ o bem-estar, r--------- ·-- ------- -------- -------- ------- ------- ---------- ----1 IJ o de.sE!~.~()Ivi_m_e_n..t_o;_.- - - - - - - - - - - - - - - - - - ---------- 1 IJ a igualdade c e a justiça_ _ _ _ _ _ _ _ _ _

a norma, devendo ser inseridos no processo de interpretaçã o constitucional todos os órgãos estatais, os cidadãos e os grupos sociais. 39. (AGU- CESPE/UnB/2012) A respeito (...)da hermenêuti ca constitucional e do poder constituinte, julgue o item subsequent e: De acordo com o denominad o método da tópica, sendo a constituição a represent suprapositivo. 4 c Poder Constituinte 253 30. (Técnico Judiciário- Administrativo/TRT10- CESPE/UnB/2013) O poder constituinte estadual classifica-se como decorrente, em virtude de consistir em uma criação do poder constituinte originário, não gozando de soberania, mas de autonomia. 31. (Analista legislativo/CO- Consultor legislativo Área 1- CESPE/UnB/2014) À luz da doutrina atual relativa ao poder constituinte, julgue o item a seguir: O poder constituinte originário tem o condão de instaurar uma nova ordem jurídica por meio de uma nova constituição ou mesmo de um ato institucional. 32. (Técnico Judiciário- Área Judiciária- TJCE- CESPE/UnB/2014) Julgue o item seguinte em relação à organização político-administrativa da República Federativa do Brasil: O poder constituinte dos estados, dada a sua condição de ente federativo autônomo, é soberano e ilimitado. 33. (Analista Judiciário- TRE/AM -IBFC/2014) Por "mutação constitucional", entende-se: a) A inserção de emendas constitucionais no texto da Constituição. b) A superveniência de uma nova Carta Política. c) A nova interpretação dada à Constituição, atribuindo novos sentidos ao seu texto. d) O exercício do Poder Derivado Decorrente. Nova Constituição e ordem jurídica anterior -· 4.10.2. 1. (OAB/107.) Quando da promulgação de uma nova Cor:~stituição, diz-se que a legislação ordinária compatível perde o suporte de validade da Constituição antiga, mas continua válida pela teoria a) da repristinação; b) da de·sconstitucionalização; c) da recepção; d) do poder constituinte subordinado. 0 2. (MP/RS- XL) O fenômeno que os constitucionalistas de escol chamam de "desconstitucionalização" das normas constitucionais de uma Constituição revogada significa: a) que tais normas saíram do mundo jurídico; b) que tais normas já não são válidas e eficazes; c) que tais normas permanecem no mundo jurídico como ordinárias; d) que tais normas repristinaram automaticamente; e) nenhuma das alternativas anteriores está correta. 3. (PFN/2006- ESAF) Considerando o Direito Brasileiro, assinale a opção correta, no que diz respeito às consequências da ação do poder constituinte originário. a) Uma lei federal sobre assunto que a nova Constituição entrega à competência privativa dos Municípios fica imediatamente revogada com o advento da nova Carta. b) Uma lei que fere o processo legislativo previsto na Constituição sob cuja regência foi editada, mas que, até o advento da nova Constituição, nunca fora objeto de controle de constitucionalidade, não é considerada recebida por esta, mesmo que com ela guarde plena compatibilidade material e esteja de acordo com o novo processo legislativo. c) Para que a lei anterior à Constituição seja recebida pelo novo Texto Magno, é mister que seja compatível com este, tanto do ponto de vista da forma legislativa como do conteúdo dos seus preceitos. d) Normas não recebidas pela nova Constituição são consideradas, ordinariamente, como normas de inconstitucionalidade superveniente. e) A doutrina majoritária e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal convergem para afirmar que normas da Constituição anterior ao novo diploma constitucional, que com este não sejam materialmente incompatíveis, são recebidas como normas infraconstitucionais. 4. (TRT/7.• Região/2006 - ESAF) Assinale a opção correta. a) Com o advento de uma nova Constituição, normas da Constituição anterior que sejam compatíveis com o novo diploma continuam a vigorar, embora com força de lei. b) Chama-se Constituição outorgada aquela que é votada pelos representantes do povo especialmente convocados para elaborar o novo Estatuto Político. 254 Direito Constitucional Esquematizado"' Pedro Lenza c) Normas de lei ordinária anteriores à nova Constituição que sejam com essa materialmente compatíveis são tidas como recebidas, mesmo que se revistam de forma legislativa que já não mais é prevista na nova Carta. d) Admite-se pacificamente entre nós a invocação do direito adquirido contra norma provinda do poder constituinte originário. e) Assentou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que as normas anteriores à Constituição com essa materialmente incompatíveis são consideradas inconstitucionais, e não meramente revogadas. 5. (Auditor- TC/RO- FCC/2010) De acordo com a teoria da recepção, decreto-lei que tenha sido editado sob a égide de Constituição anterior, e compatível, em princípio, com a nova ordem constitucional: a) continua válido no ordenamento jurídico e pode ser submetido ao controle de constitucionalidade concentrado por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental. b) transforma-se, por mutação constitucional, em lei ordinária e passa a incorporar a nova ordem constitucional com uma nova numeração. c) passa a integrar a nova ordem constitucional com hierarquia inferior à lei complementar e à lei ordinária. d) insere-se na nova ordem constitucional automaticamente, mas o Supremo Tribunal Federal, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade, poderá anular seus efeitos. e) incorpora-se à nova ordem constitucional apenas se, por mutação constitucional, transformar-se em decreto legislativo mediante aprovaçã'o do Congresso Nacional. 6. (MP/CE - FCC/2008) Sob a Constituição de 1967, determina~a matéria cível era objeto de lei ordinária e, de fato, havia lei ordinária sobre ela. Em momento ulterior, sobreveio a Constituição de 1988, que confiou à lei complementar a matéria em causa. Anos depois, sob a nova ordem constitucional, foi promulgada emenda constitucional que recolocou a matéria em questão no campo da lei ordinária. Neste contexto: a) após a emenda constitucional não cabe ADPF para discutir eventual inconstitucionalidade material superveniente da legislação anterior reportada em relação à nova Constituição. b) a emenda constitucional poderia repristinar a legislação anterior aludida se acaso ela não houvesse sido recepcionada, por questões formais em geral, pela nova Constituição. c) as eventuais incongruências materiais havidas entre a nova Constituição e a legislação anterior mencionada são sanadas pela recepção. d) cabe ADI para discutir eventual vício formal superveniente, em face da nova Constituição, da legislação anterior citada. e) após a emenda constitucional, uma medida provisória pode revogar no todo ou em parte a · legislação anterior referida. 7. (Auditor Fiscal de Atividades Urbanas- Controle Ambiental- SEPLAG/DF FUNIVERSA/2011) (...)A respeito do poder constituinte aplicado ao caso brasileiro, assinale a alternativa correta: a) A Constituição Federal de 1988 foi fruto do poder reformador, tendo sido convocada a sua Assembleia Constituinte por intermédio de Emenda Constitucional à Carta Política então vigente. b) Reconhece o Supremo Tribunal Federal que, se uma norma anterior ao texto constitucional não for compatível com a Constituição vigente, há revogação da norma que afronta o Texto Maior, e não caso de inconstitucionalidade superveniente. c) É juridicamente inviável sustentar-se a garantia do direito adquirido em face do poder constituinte originário; todavia, em relação à coisa julgada, essa garantia é remansosamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. d) A Constituição Federal de 1988 determinou, expressamente, a recepção dos diplomas infraconstitucionais anteriores à sua promulgação que, com ela, materialmente não colidiam. e) A repristinação de uma norma infraconstitucional, não recebida pelo ordenamento constitucional vigente, poderá ocorrer no caso de uma nova constituição que não se oponha, ainda que implicitamente, àquela norma inferior. 8. (Defensor Público/SP- FCC/2012) A Constituição Federal de 1988, fruto do exercício do Poder Constituinte Originário, inaugurou nova ordem jurídico-constitucional. Sobre o relacionamento da Constituição Federal de 1988 com as ordens jurídicas pretéritas (constitucionais e infraconstitucionais) é correto afirmar: 4 " Poder Constituinte 255 a) Normas infraconstitucionais anteriores à Constituição Federal de 1988, desde que compatíveis material e formalmente com a ordem constitucional atual, continuam válidas. b) De acordo com entendimerto dominante no STF, os dispositivos da Constituição de 1967 (com as alterações da Emenda n. 1 de 1969), que não forem contrários à Constituição Federal de 1988, continuam válidos, mas ocupam posição hierárquica infraconstitucional legal. c) Por força de norma expressa do ADCT da Constituição Federal de 1988, houve manutenção da aplicação de determinacos dispositivos da Constituição de 1967 (com as alterações da Emenda n. 1 de 1969). d) A promulgação da Constituição Federal de 1988 revogou integralmente a Constituição de 1967 (com as alterações da Emenda n. 1 de 1969), inexistindo, dada a incompatibilidade da ordem constitucional atual com o regime ditatorial anterior, possibilidade de recepção de dispositivos infraconstitucionais. e) Dispositivo da Constituição de 1946, que seja plenamente compatível com a ordem constitucional de 1988, com a revogação da Constituição de 1967 (com as alterações da Emenda n. 1 de 1969), tem sua validade retomada. 9. (Analista Legislativo/CO- Consultor Legislativo Área 1- CESPE/UnB/2014) A luz da doutrina atual relativa ao poder constituinte, julgue o item a seguir: Com o advento de uma nova ordem constitucional, é possível que dispositivos da constituição anterior permaneçam em vigor com o status de leis infraconstitucionais, desde que haja norma constitucional expressa nesse sent-do. 10. (Analista legislativo/CO- Consultor Legislativo Área I - CESPE/UnB/2014) Em relação ao poder constituinte ~ ao direito intertemporal, julgue o item que se segue: Conside·re que lei editada sob a égide de determinada Constituição apresentasse inconstitucionalidade formal, apesar de nunca de ter sido declarada inconstitucional. Nessa situação, com o adventode nova ordem constitucional, a referida lei não poderá ser recepcionada pela nova constituição, ainda que lhe seja materialmente compatível, dado o vício insanável de inconstitucionalidade. 11. (Analista Legislativo/CO- Consultor legislativo Área I - CESPE/UnB/2014) Em relação ao poder constituinte e ao direito intertemporal, julgue o item que se segue: Suponha que uma lei infraconstitucional tenha sido revogada pelo advento de uma nova ordem constitucional, por ser com ela incompatível. Nessa situação, com a entrada em vigor de uma terceira ordem constitucional, ainda que seja compatível com ela, a referida lei infraconstitucional não poderá ser restaurada, salvo se houver disposição constitucional expressa nesse sentido. 'i' 4.10.3. Graus de retroatividade da norma constitucional 1. (BACEN - CESPE/UnB/2009) Assinale a opção correta acerca de Constituição, hermenêutica constitucional e poder constituinte originário e derivado, no ordenamento jurídico brasileiro (adaptada): De acordo com entendimento do STF, as normas constitucionais provenientes da manifestação do poder constituinte originário têm, via de regra, retroatividade máxima. 2. (Profissional Júnior- Direito- Petrobras- CESGRANRI0/2010) Suponha a seguinte situação: em 2007, a BR Distribuidora firmou contrato com empresa privada. Posteriormente, foi promulgada emenda constitucional que afetava obrigações assumidas pela BR Distribuidora relativas ao pagamento mensal deis valores acordados no contrato. Considerando que a emenda constitucional nada dispõe sobre retroatividade, em tal caso, a emenda constitucional: a) não é dotada de retroatividade, pois tem vigência imediata, mas afeta apenas as obrigações futuras. b) é dotada de retroatividade mínima, pois tem vigência imediata, mas afeta apenas as obrigações futuras. c) é dotada de retroatividade média, pois tem vigência imediata, mas afeta apenas as obrigações futuras. d) é dotada de retroatividade máxima, pois tem vigência imediata e afeta todas as obrigações contratuais (pagas, pendentes e vincendas). e) ê dotada de retroatividade máxima, mas não afeta os termos do contrato, que está protegido pelo ato jurídico perfeito. 256 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza 3. (OAB- Exame de Ordem Unificado 3 - 1.• Fase- CESPE/UnB/2008) A respeito da entrada em vigor de uma nova ordem constitucional, assinale a opção correta. a) Na CF, foi adotada a vacatio constitutionis (vacância da Constituição), que corresponde ao interregno entre a publicação do ato de sua promulgação e a data estabelecida para a entrada em vigor de seus dispositivos. b) A regra geral de retroatividade máxima das normas constitucionais aplica-se às normas constitucionais federais e estaduais. c) No Brasil, os dispositivos de uma constituição nova têm vigência imediata, alcançando os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima), salvo disposição constitucional expressa em contrário. d) A inconstitucionalidade superveniente, regra adotada pelo STF, é o fenômeno jurídico por meio do qual uma norma se torna inconstitucional em momento futuro, depois de sua entrada em vigor, em razão da promulgação de um novo texto constitucional com ela conflitante. 4. (Técnico Jurídico- Apoio Administrativo- PGDF -IADES/2011) Assinale certo ou errado (questão adaptada pelo autor, já que a pergunta original contém 5 alternativas de múltipla escolha): Soberanas em relação a qualquer outra norma do ordenamento jurídico, a interpretação constitucional do Supremo Tribunal Federal é de que as normas constitucionais, por regra geral, têm retroatividade mínima. · 5. (Advogado/Petrobras- CESPE/UnB/2007) Em ação judicial impetrada contra a empresa Gama Ltda., a PETROBRAS S.A. requereu que uma lei de 1990 incidisse retroativamente para atingir contrato de prestação de serviços firmado entre si e a empresa Gama, de modo a fixar novos parâmetros de reaj11stes de preços, diferentes daqueles que fóram originaimente pactuados no contrato. Acerca dessa situação hipotética e dos parâmetros de interpretação constitucional que se devem aplicar quando se discute o ato jurídico perfeito, julgue o item a seguir. Na hipótese considerada, tem-se um exemplo de retroação, ou seja, uma circunstância em que se pretende aplicar de imediato uma lei nova para alcançar os efeitos futuros de fatos passados. Nesse caso, está-se diante da retroatividade mínima. ··GABARITO • 4.10.1. Poder constituinte 1. Desde que não haja qualquer afronta aos limites colocados pelo poder constituinte originário, a norma introduzida por emenda, seja pelo poder constituinte reformador, seja pelo revisor, terá a natureza de norma constitucional, com a mesma força e posição que as normas introduzidas pelo poder constituinte originário. Em igual sentido, artigo de emenda, não introduzido no texto constitucional, também terá natureza constitucional, nos termos da teoria do "bloco de constitucionalidade" (cf. item 6.71.3). 2. Apontando as semelhanças, ambos são competências que visam alterar a CF, através da modificação de um artigo já existente, ou mediante supressão, ou mesmo inclusão de um novo artigo no texto constitucional. Em relação às diferenças, lembramos: a) no tocante ao momento de manifestação, o reformador poderá acontecer a qualquer tempo, desde que, é claro, observadas as limitações circunstanciais do art. 60, § 1. ("A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sitio"); enquanto o revisor produziu efeitos após cinco anos contados da promulgação da CF, uma única vez. Assim, a única forma de se alterar hoje a Constituição vigente é por meio de emendas;" b) a aprovação de uma emenda constitucional dar-se-á de acordo com o art. 60, § 2. 0 , em dois turnos de votação, em cada Casa, com o quórum de três quintos dos membros de cada Casa; por outro lado, a aprovação das emendas de revisão se concretizou pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral; c) as emendas constitucionais são promulgadas pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o seu respectivo número de ordem; enquanto as emendas de revisão foram promulgadas pela Mesa do Congresso Nacional, já que a votação se consolidou em sessão unicameral. 0 51 Cf. a novidade trazida pela EC n. 45/2004 ao introduzir o § 3.0 ao art. 5.0 • 257 4 c Poder Constituinte 3. "b". 4. "e". 5. "c". Interessante a alternativa "a" que, de fato, conforme estudado na parte teórica, está errada, em razão da necessidade de a nova Constituição observar, dentre outros, os principias de justiça, suprapositivos, como aqueles de observância de direitos humanos. 6. Afirmação correta, nos termos da parte teórica, item 4.4.4. 7. "a". B. "a". 9. "a". As limitações expressas ao poder de reforma caracterizam-se como a primeira limitação implícita ou inerente. Outras duas limitações implícitas apontadas pela doutrina são a impossibilidade de se alterar tanto o titular do poder constituinte originário como o titular do poder constituinte derivado reformador. A letra "b", em nossa análise e com o máximo respeito, não deveria ter sido colocada como errada, pois, de fato, as cláusulas pétreas, fazendo uma análise mais ampla, são limites materiais ao poder de reforma (poder constituinte derivado reformador e revisor). O poder constituinte derivado está condicionado aos limites colocados pelo originário, dai ser" ele constituído, instituído, secundário ou de segundo grau. A letra "c" está errada, pois a titularidade do poder constituinte, como aponta a doutrina moderna, pertence ao povo. A letra "d" está errada, pois confunde conceitos. De fato, o poder constituinte der.ivado reformador, que se implementa por meio das emendas à Constituição, sofre diversas modalidades de limites. Dentre os limites ao poder de reforma estão as denominadas limitações circunstanciais, quais sejam, a impossibilidade de alteração do texto na vigência de intervenção federal, estado de defesa e es0 tado de sitio (art. 60, § 1.0). As limitações materiais são as cláusulas pétreas do art. 60, § 4. • Por juridicamente. ilimitado PCO o ser de característica a fim, a letra "e" está errada, pois definiu 10. "errado". Apesar de tendências no sentido de flexibilização da ideia de onipotência do poder constituinte, as provas vêm afirmando, de maneira correta, a adoção, pelo Brasil, da corrente positivista, e não jusnaturalista. Está correto afirmar que o poder constituinte originário é ilimitado (juridicamente) e apresenta natureza pré-jurídica. 11. "d". Cf. art. 60, 111. ' 12. "errado". Conforme visto, editada a Constituição, o poder constituinte originário permanece "adormecido", em estado de latência e, assim, pode-se afirmar ser ele permanente, e não temporário. 13. "certo". 14. "certo". 15. "c". 16. O item I está errado, pois não se pode falar que o poder constituinte originário seja absoluto e arbitrário, apesar de ilimitado juridicamente. O item 111 também está errado, pois o poder de revisão se manifestaria a partir de 5 anos da promulgação do texto e uma única vez, estando, assim, o art. 3. 0 do ADCT, na medida em que já se pronunciou, com a sua eficácia exaurida e aplicabilidade esgotada (cf. item 4.5.4). 17. "errado", na medida em que, por ser ilimitado juridicamente, contra o poder constituinte originário não se pode opor direito adquirido. 18. "errado". Conforme visto, as formas de expressão do poder constituinte originário são tanto a assembleia nacional constituinte (democrática, popular que promulga o texto) como, também, a combatida situação de outorga, de imposição de maneira unilateral por um agente revolucionário. 19. "'c". 258 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza -~ 20. "c", já que o poder de reforma, em sendo subordinado aos limites fixados pelo originário, é limitado juridicamente. Em relação à letra "a", interessante observar o uso da terminologia poder constituinte genuíno. No caso, trata-se, como visto na parte teórica, do poder constituinte originário, também denominado inicial, inaugural ou de 1.0 grau. A letra "b" está perfeita e trata tanto do poder constituinte originário histórico (ou fundacional) como do poder constituinte originário revolucionário. A letra "d" define com precisão o conceito, assim como se encontra correta a letra "e". --- 21. "d". Apenas alerta-se, no tocante ao item IV. como explicitado na parte teórica, que mudamos de posicionamento em relação ao DF, sustentando, com base em doutrina e jurisprudência do STF, que se verifica, sim, a manifestação do poder constituinte derivado decorrente. Assim, o examinador, para aceitar a afirmação do referido item, deverá especificar tratar-se do critério jurídico-formal, expressão, inclusive, por nós lançada na 13.• ed. e anteriores desta obra. 22. "errada". A mutação, enquanto processo informal de mudança da Constituição, consiste na mudança do sentido interpretativo da norma, e não do texto, que continua intacto e com a mesma literalidade. Não se confunde com a reforma constitucional, que, por sua vez, altera fisicamente o texto, por meio de emenda constitucional fruto do poder constituinte derivado reformador ou revisor. 23. "certo". Confira parte teórica. 24. "b". O item I definiu bem a ideia de limitação jurídica. O item· v. col'lforme visto, ao falar em poder constituinte de segundo grau, refere-se ao poder constituinte derivado (cf. item 4.5), que também é limitado juridicamente. O item 11 está errado. Já vimos que o poder constituinte difuso se manifesta de modo informal, alterando-se o sentido interpretativo do texto. O item 111 está errado, já que a compatibilidade perante a nova ordem é meramente material, pouco importando a compatibilidade formal. O item IV erra ao afirmar justamente o contrário do conceito. Conforme se estudou, pela teoria da desconstitucionalização, as normas da Constituição anterior são recepcionadas com o status de lei infraconstitucional e, claro, desde que haja pedido expresso. 25. cf. item 4.6. ------ 26. "a". Cf. item 4.2. 27. "d". Cf. item 4.2. 28. "a". Conforme vimos na parte teórica, estamos diante tanto do poder constituinte decorrente inicial ("instituidor" ou "institucionalizador"), responsável pela elaboração da Constituição estadual, como do poder constituinte decorrente de revisão estadual ("poder decorrente de segundo grau"), que tem a finalidade de modificar o texto da Constituição estadual (Anna Cândida da Cunha Ferraz). 29. "verdadeira". "Principias de direito supra positivo" deve ser entendido como "princípios de direito natural". Nesse sentido, contrariando parte da doutrina, a posição do STF, materializada no seguinte leading case: "EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1.0 e 2. 0 do artigo 45 da Constituição Federal.- A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é incom possível com o sistema de Constituição rígida.- Na atual Carta Magna 'compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição' (artigo 102, 'caput'), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito supra positivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição" (ADI 815, Rei. Min. Moreira Alves, j. 28.03.1996, Plenário, DJ de 10.05.1996). 30. "certo". 31. "certo". Cf. parte teórica, item 4.4.1. 32. "errado". 33 .. "c". -- ···- 4 c Poder Constituinte li 4.10.2. 259 Nova Constituição e ordem jurídica anterior 1. "c". 2. "c". 3. "b". A letra "a" estabelece regra mais do que comum, qual seja, mudança de competência legislativa, perfeitamente compatível com o fenômeno da recepção, já que a compatibilidade com a nova Constituição tem de ser meramente material. A letra "b" é a correta, de acordo com a parte teórica (item 4.8.1.2). Apenas alertamos que a parte final era desnecessária, qual seja, guardar compatibilidade formal (estar de acordo com o novo processo legislativo), pois, conforme visto, a análise da compatibilidade perante a nova Constituição é meramente material. A letra "c" está errada, uma vez que a compatibilidade é meramente material, pouco importando a compatibilidade formal. A letra "d" está errada, pois se a norma não for recebida é porque ela é incompatível. Sendo incompatível do ponto de vista material, será revogada. Por fim, a letra "e" está errada porque o fenômeno descrito da desconstitucionalização não foi adotado como regra no Brasil, e para que ocorra é preciso pedido e manifestação expressa do constituinte originário. 4. "c". A letra "a" está errada, pois, como visto na questão anterior, ao comentar a letra •e•, para que ocorra o fenômeno da desconstitucionalização, que não é a regra, é necessária manifestação expressa do constituinte originário. A letra "b" é errada porque outorgada é aquela Constituição imposta de maneira unilateral por um agente revolucionário, conforme já estudamos. A letra "C:' está perfeita, pois o que se verifica no fenômeno da recepção é a compatibilidade meramente material, pouco importando a compatibilidade formal. A letra "d" está errada, uma vez que, tendo em vista ser o poder constituinte originário ilimitado do ponto de vista jurídico, não se pode a ele opor o direito adquirido (cf. art. 17, ADCT). Por fim, a letra "e" está errada porque as normas anteriores à Constituição com esta materialmente incompatíveis são revogadas por não recepção, tanto é que não se verifica o fenômeno da inconstitucionalidade superveniente. 5. "a". 6. "e", isso porque, a partir da EC, a matéria passou para o campo da lei ordinária, podendo, assim, ser revogada por MP. A letra "a" está errada, pois a ADPF é o instrumento para análise em abstrato de recepção de ato normativo editado antes do novo ordenamento. Apenas uma críticano sentido de que, embora a análise seja da compatibilidade material, o mais adequado seria falar em recepção ou revogação (se não compatível), e não em "inconstitucionalidade superveniente". A letra "b" está errada, já que a recepção analisa apenas o critério material, pouco importando a compatibilidade formal. Tanto é, por exemplo, que as normas gerais do CTN, lei ordinária, foram recepcionadas como LC. Assim, não tem sentido falar em incompatibilidade formal para efeito de recepção perante o novo ordenamento. A letra "c" está errada, pois a incongruência material acarreta a revogação do ato normativo e, assim, não terá havido recepção da lei. A letra "d" está errada, pois a análise na recepção é meramente material, e não formal em relação à nova Constituição. 7. "b". 8. "c", conforme o art. 34, caput, do ADCT. Seria mais completo se a alternativa tivesse deixado claro que referida recepção material foi por prazo certo e em caráter precário. A letra "a" está errada, na medida em que a compatibilidade a ser observada perante o novo ordenamento jurídico é meramente material, pouco importando a compatibilidade formal. Além disso, teria sido mais técnico se a alternativa afirmasse que referidos atos seriam recepcionados. A letra "b" está errada, porque o fenômeno da desconstitucionalização não é automático e depende de pedido expresso na nova Constituição, o que não se observa na CF/88. A letra "d" está errada em razão de ser, sim, possível a recepção de atos infraconstitucionais, desde que compatíveis. A letra "e" está errada, pois o fenômeno da repristinação não é automático e depende de previsão expressa na nova Constituição, não tendo sido verificado tal fenômeno na CF/88. 9. "certo". Trata-se, conforme visto na parte teórica, do fenômeno da desconstitucionalização. 260 Direito Constitucional Esquematizado® -------~------ Pedro Lenza ---~~~~~~~~- 10. "certo". Cf. parte teórica: •_:it.::_em---4_:·.::_8:.._1.:.:.2:.._ _ _ _

assumindo existência de fato como ente federativo dotado de autonomia há mais de 6 anos e que esta realidade não poderia ser ignorada. Afirmou, no ponto, que esse ente assumira existência e, desta, resultaram efeitos jurídicos. Ressaltou, ainda, que a situação existente no momento da criação do citado Município era anormal, haja vista a não edição de lei complementar dentro de prazo razoável. Ponderando aparente conflito de inconstitucionalidades, quais sejam ofensas ao§ 4." do art. 18 da CF ou ao princípio federativo, entendeu que a existência válida do Município deveria ser reconhecida, para afastar a ofensa à federação. Nesse sentido, considerou os princípios da segurança jurídica e da continuidade do Estado. Salientando que, não obstante a criação desse ente tenha implicado situação excepcional não prevista pelo direito positivo, aduziu que a declaração de improcedência do pedido não servirá de estímulo à criação de novos municípios indiscriminadamente, mas, ao contrário, servirá de apelo ao Poder Legislativo, no sentido de suprir a omissão constitucional reiteradamente consumada. Após, o Ministro Gilmar Mendes pediu vista" (ADI 2.240/BA, Rei. Min. Eros Grau, 18.05.2006- Inf. 427/STF). 149 148 149 Art. 18, § 4.": "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" (redação dada pela EC n. 15, de 19%). Cf., ainda, EC n. 57/2008. Esse entendimento, mesmo diante de flagrante violação ao art. 18, § 4.", foi tomado na ADI 3.316/ MT contra a Lei n. 6.983/98, do Estado do Mato Grosso, que cria o Município de Santo Antônio do Leste, a partir de área desmembrada do Município de Novo São Joaquim, e na ADI 3.489/SC contra a Lei n. 12.294/2002, do Estado de Santa Catarina, que anexa ao Município de Monte Carlo a localidade Vila Arlete, desmembrada do Município de Campos Novos (cf. lnf 427/STF). 380 Direito Constitucio nal Esquematiz.ado® Pedro Lenza i I O Ministro Eros Grau, assim, consagrou diversos, por ele ditos, "princípios", que podem ser enumerados: 150 D Município putativo - à semelhança do que acontece com o casamento putativo e a sociedade de fato; D princípio da "reserva do impossível" - "a diferença entre o casamento putativo e o 'Município putativo' está em que, embora possível a anulação do primeiro, a anulação da decisão política de que resultou a criação do Município avança sobre o que poderíamos chamar de 'reserva do impossível', no sentido de não ser possível anularmos o fato dessa decisão política de caráter institucional sem agressão ao princípio federativo"; D princípio da continuidade do Estado- que encontra fundamento no art. 1.0 da CF e não se confunde com o princípio da continuidade do serviço público; D princípio federati vo- justifica a não anulação da decisão política de caráter institucional; D princípio da segurança jurídica - que assegura a preservação da realidade de fato, qual seja, '!- existência de Município criado há mais de 6 anos; EJ princípio da confiança (Karl Larenz) - tendo como componente a ética jurídica, que se expressa no princípio da boa-fé; D princípio da força normativa dos fatos (Georg Jellinek) - o Município foi efetivamente criado, assumindo existência de fato como ente federativo dotado de autonomia municipal a partir de uma decisão política; O princípio da situação excepcional consolid ada- "não prevista pelo direito, porém instalada pela força normativa dos fatos" e "justificada" pela inércia do Poder Legislativo que até então não editara a lei complementar federal fixando prazo para criação de novos Municípios, como determinou a EC n. 15/96, que deu nova redação ao art. 18, § 4.0 , da CF/88. Assim, "a não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional". Embora bastante sedutora a tese, com todo o respeito, já havíamos manifestado (na 11. ed. deste estudo) a nossa discordância, uma vez que não parecia razoável o resultado da construção (declaração de constitucionalidade da lei), o que poderia abrir precedentes para novas violações ao art. 18, § 4.0 • Em certa medida, tendo em vista o princípio da razoabilidade, a inexistência, até hoje (desde a EC n. 15, de 12.09.1996), de lei complementar federal fixando prazo e procedimento para a criação de novos Municípios até poderia ser superada. Contudo, não achávamos nada razoável a violação dos outros pressupostos constitucionais, como a necessidade de estudo de viabilidade prévio e da consulta plebiscitária a toda a população diretamente interessada (a da área a ser desmembrada e a da área que se desmembra). Assim, a criação de novos Municípios, sem o cumprimento desses 150 Esquematização elaborada com base no voto do Ministro Eros Grau. I I I I I I I I 6 c Controle de Constitucio nalidade 381 requisitos, ensejaria a configuração de inevitável vício formal de inconstitucionalidade por violação a pressupostos objetivos do ato. Havíamos alertado que a jurisprudência pacífica do STF se consolidou no sentido 0 151 da total observância dos pressupostos e condições de procedibilidade do art. 18, § 4. • Nessa linha, nos termos do voto-vista do Min. Gilmar Mendes, o Plenário do STF declarou inconstitucional a Lei baiana n. 7.619/2000, mas não pronunciou a nulidade do ato, mantendo sua vigência por mais 24 meses. O Min. Eros Grau, por sua vez, revendo o seu voto inicial, acompanhou o voto do Min. Gilmar Mendes também no sentido de declarar a inconstitucionalidade, mas não a nulidade pelo prazo de 24 meses. Utilizando a técnica alternativa de ponderação entre o princípio da nulidade da lei, de um lado, e o princípio da segurança jurídica, de outro, entendeu o STF que a lei é inconstitucional, mas, aplicando o art. 27 da Lei n. 9.868/99, e tendo em conta razões de segurança jurídica e excepcional intere~se social, apesar de inconsti0 tucional por violar o art. 18, §- 4. , deverá continuar vigorando por 24 meses. Consagra-se, dessa forma, a técnica da declaração de inconstitu cionalida de sem a pronúncia da nulidade, já que, dependendo do caso concreto, como disse o Min. Gilmar Mendes, a " ... nulidade da lei inconstitucional pode causar uma verdadeira catástrofe - para utilizar a expressão de Otto Bachof - do ponto de vista político, econômico e social". Observa Gilmar Mendes que o princípio da nulidade continua a ser a regra. "O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucional manifestado sob a forma de interesse social relevánte. Assim, aqui, como no direito português, a não aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio". E, no Brasil, há uma particularidade de aspecto procedimental, qual seja, o quorum qualificado de 2/3 dos votos dos Ministros para reconhecer a modulaçã o de efeitos com a possibilidade de estabelecer efeitos prospectivos, ou pro futuro, ou a partir do momento que o STF entender razoável. Nesse caso concreto, o prazo de 24 meses foi o que o STF entendeu ser possível para corrigir a situação, até porque, no julgamento da ADO 3.682, os Ministros reconheceram razoável o prazo de 18 meses para o Congresso Nacional elaborar a lei complementar federal e, assim, dar cumprimento ao dispositivo fixado no art. 18, 151 Quanto à necessidade de lei complementar federal fixando o período para a criação de novos Municípios, cf. ADI2.381-MC, Rei. Min. Sepúlveda Pertence,j. 20.06.2001, DJ de 14.12.2001; ADI 2.967, j. Rei. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.02.2004, DJ de 19.03.2004; ADI 3.013, Rei. Min. Ellen Gracie, diretamente populações às plebiscito do lidade indispensabi a Sobre 04.06.2004. 12.05.2004, Di de interessadas, cf. ADI 2.812, Rei. Min. Carlos Velloso, j. 09.10.2003; ADI 2.702, Rei. Min. Maurício Corrêa, j. 05.11.2003, e ADI 2.632-MC, Rei. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 29.08.2003. 382 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza § 4.0 , pela EC n. 15/96 (nova regra que o STF, inclusive, já declarou constitucional e como "freio" para o crescimento exagerado do número de Municípios). 152 Trata-se de reconhecimento da omissão com apelo ao legislador, para que elabore a lei dentro de 18 meses. Elaborada a lei complementar federal, os Municípios terão o prazo de mais 6 meses (já que se fixou em 24 meses o prazo de vigência das leis estaduais) para corrigir os vícios. Parece-nos, aqui, que o STF, diferentemente do entendimento que ainda adota como regra, 153 admitiu, para esse caso concreto, uma inédita e inegável possibilidade do fenômeno da constitucionalida de superveniente, permitindo que uma lei que nasceu viciada (vício formal por violação a pressupostos objetivos do ato) seja corrigida mediante um procedimento futuro de adequação ao art. 18, § 4. E se não for elaborada referida LC federal pelo CN? Conforme será discutido no item 6.7.4.9 (julgamento daADO 3.682), o prazo de 18 meses para que o Congresso Nacional elabore a LC federal nos termos do art. 18, § 4. foi fixado no dispositivo da decisão, tendo, assim, na linha de proposta da doutrina alemã, caráter mandamental (cf. a íntegra do acórdão - de indispensável leitura-, 50 laudas, no site do STF, bem como Inf 466/STF). Nossa impressão é de que teria sido imposta ao Congresso Nacional a obrigatoriedade de elaborar a lei e, assim, se descumprida, tendo a decisão caráter manda0 • 0 , '" O STF. no julgamento da ADI 2.395, que discutia a constitucionalidade da redação conferida ao art. 18, § 4. 0 , pela EC n. 15/96, adotou"... a orientação fixada pela Corte no julgamento da ADI 2.3811 RS (DJU, 14.12.2001}, em que se declarou a constitucionalidade da EC 15/96, afastando-se a alegada ofensa ao princípio federativo (CF, art. 60, § 4.0 , 1). Asseverou-se que a EC 15/96 foi elaborada com o escopo de acabar com a crescente proliferação de municípios verificada no período pós-88, com base na redação originária do art. 18, § 4.0 , da CF, que criava condições propícias para que os . Estados desencadeassem o processo de criação, fusão, incorporação e desmembramento de municípios por leis próprias, respeitados parâmetros mínimos definidos em lei complementar, também estadual. Vencido o Min. Marco Aurélio que, por vislumbrar ofensa ao art. 60, § 4.0 , I, da CF, julgava procedente o pedido" (ADI 2.395/DF, Rei. Min. Gilmar Mendes, 09.05.2007, Inf 466/STF). 153 "CONSTITUCIONA LIDADE SUPERVENIENT E- ARTIGO 3 .0, § 1.0 , DA LEI N. 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 - EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. TRIBUTÁRIO- INSTITUTOS- EXPRESSÕES E VOCÁBULOS- SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PIS RECEITA BRUTA- NOÇÃO- INCONSTITUCIONALIDADE DO§ 1.0 DO ARTIGO 3.0 DA LEI N. 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional n. 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1.0 do artigo 3.0 da Lei n. 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada" (RE 390.840, Rei. Min. Marco Aurélio, j. 09.11.2005, DJ ele 15.08.2006). 6 c Controle de Com.titucionalidade 383 mental, parece que c STF poderia determinar a elaboração ou, quem sabe, inclusive, por analogia, dentro da ideia de travamento de pauta, ou algum instrumento que derive do art. 64 e seus parágrafos, determinar medida coercitiva para o cumprimento ou, ainda, na tendência de controle de omissões, manifestada pelo STF no julgamento do MI 712 (cf. item 14.11.5.4), quem sabe, até mesmo, suprir a omissão. Cabe alertar, todavia, que, restringindo nossa opinião, o Ministro Presidente do STF determinou, em 12.09.2008, por meio do Ofício n. 346/GP, fosse esclarecido ao Presidente da Câmara dos Deputados, encaminhando o inteiro teor do acórdão de fls. 132-187: "não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI ns. 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios". E se, elaborada a LC federal, os Municípios não se adequarem ao novo procedimento? Como disse a Ministra Ellen Gn~cie, o STF deu sobrevida it legislação atacada e fixou o prazo (para esta sobrevida) de 24 meses. Nesse sentido, nas palavras do Min. Sepúlveda Pertence, ·•até 24 meses porque, aí, ou ele estará criado por novos atos ou estará desconstituído", ficando, assim, na interpretação do Min. Marco Aurélio, o Município submetido a uma condição resolutiva. Dessa forma, pelo exposto nas discussões da ADI 2.240, o Município deixaria de existir, voltando ao statu quo ante. Por fim, lembramos que a EC n. 57/2008 buscou convalidar os vícios indicados, tema que será discutido nos itens 6.7.4.9 e 7.6.1. 6.7.1.10. "Princípio" da proibição do "atalhamento constitucional" e do "desvio de poder constituinte" (utilização de meio aparentem ente legal buscando atingir finalidade ilícita) Conforme veremos no capítulo 18 deste trabalho (item 18.4), a EC n. 52/2006 buscou acabar, de vez, com a regra consagrada pelo TSE (Res. n. 21.002/2002) da obrigatoriedade da verticalização das coligações partidárias em razão do caráter nacional dos partidos políticos. Ao modificar o art. 17, § 1.0 , da CF/88, a EC n. 52/2006 estabeleceu ser assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatorie dade de vinculação entre as candidatur as em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos prever normas de disciplina e fidelidade partidária. O art. 2.0 da EC n. 52/2006, por sua vez, determinou a aplicação do novo preceito (que acabava com a obrigatoriedade da verticalização das coligações partidárias) às eleições que ocorreram no ano de 2002. Sem dúvida o objetivo dessa remissão era fazer com que a regra. supostamente direcionada para as eleições de 2002, pudesse 384 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza já ser aplicada às eleições de 2006, na medida em que, aparentemente, intacto estaria o princípio contido no art. 16 da CF/88. Como se sabe (e estuderemos no capítulo 18), o art. 16 da CF/88 consagra o princípio da anualidade ao dispor que a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra em até um ano da data de sua vigência. O objetivo do art. 16 é assegurar a estabilidade e a s·::gurança jurídica do processo eleitoral, evitando que as regras mudem no "meio do jogo". Ou seja, a regra pode mudar, contudo só valerá a partir de um ano de sua vigência. Pode-se afirmar, com o Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, 154 que a manobra empreendida pelo Constituinte Reformador (EC n. 52/2006) "... incorre no vício que os publicistas franceses de longa data qualificc.m de détournement de pouvoir, isto é, de 'desvio de poder ou de finalidade', exp~diente mediante o qual se busca atingir um fim ilícito utilizando- se de um meio aparenteme nte legal". E continua: "em outras palavras, repita-se, buscou-se, no caso, como se viu, atalhar o princípio da anualidade, dando efeito retroativo à Emenda 52, promulgada em plena vigência do morªlizador artigo 16 da Carta Magna. Trata-se, nas palavras do ilustre Professor Fábio Konder Comp'arato, que elaborou parecer sobre a matéria, de um 'desvio de poder constituinte', que os autores alemães denominam Verfassunsbeseitigung, expressão que, traduzida literalmente, significa 'atalhamen to da Constituiçã o'". Consagra-se, portanto, o princípio que veda qualquer mecanismo a ensejar o "atalhamen to da Constituiçã o", vale dizer, qualquer artifício que busque abrandar, suavizar, abreviar, dificultar ou impedir a ampla produção de efeitos dos princípios constitucionais, como, no caso, do princípio da anualidade do processo eleitoral. · ' 6.7.1.11. Inconstitucionalidade "chapada", "enlouquecida", "desvairada" A expressão "chapada" começou a ser utilizada pelo Min. Sepúlveda Pertence quando queria caracterizar uma inconstitucionalidade mais do que evidente, clara, flagrante, escancarad a, não restando qualquer dúvida sobre o vício, seja formal, seja material. Atualmente, vem sendo utilizada pelos Ministros, se:npre no sentido inaugurado pelo Min. Pertence, destacando-se alguns julgados, como ADI 2.527, ADI 3.715, ADI 1.923-MC (cf. lnf. 474/STF), ADI 1.802-MC etc. Inovando, o Min. Carlos Britto, no sentido de descrever uma inconstitucionalidade manifesta, chegou a caracterizá-la como "enlouquecida, desvairada" (ADI 3.232). i·~ 6.7.1.12. Início da eficácia da decisão que reconhece a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de lei em processo objetivo de controle abstrato De modo geral, o STF entende que a decisão passa a '/aler a partir da publicação da ata de julgamento no DJE, sendo desnecessário aguardar o trânsito em julgado, 154 ADI 3.685, Rei. Min. Ellen Gracie, j. 22.03.2006, DJ de 10.08.20)6. 6 o Contro le de Constit ucional idade 385 pelo Presid ente do Tribun al, de "excet o nos casos excepc ionais a serem examin ados O, Rei. Min. Néri da Silveimanei ra a garant ir a eficáci a da decisão " (cf. ADI 711-Q o em julgam ento de medid a ra, j. 05.08.1 992, DJ de 11.06.1993 -crité rio adotad de mérito); Rei 2.576 e Notícias cautela r, mas que parece se adequa r ao julgam ento Min. Carlos Britto, j. STF, 23.06. 2004; Rei 3.309 e Inf 395/STF; ADI 3.756-ED, Rei. 24.10.2 007, DJ de 23.11.2 007). Nesse sentido: que a decisão proferi da no "EMEN TA: 1. Desnec essário o trânsit o em julgad o para improcedente a ação julgada ser Ao ida. cumpr seja ADI julgam ento do mérito em tacitamente, revogou a decisão direta de incons titucio nalidad e- ADI 2.335 - a Corte, lado, a lei goza da presunção contrár ia, proferida em sede de medida cautelar. Por outro adotado por esta Corte, critério o o aplicad de constitucionalidade. Além disso, é de ser a decisão, em julgaque em 711 ADI na , Ordem de o quando do julgamento da Questã da Justiça da ata da Diário no ção publica da data da partir a mento de liminar, é válida cuja consequência ção, declara sessão de julgamento. 2. A interposição de embargos de s (art. 538 do recurso outros de sição fundamental é a interrupção do pr~zo para interpo 55 ual perprocess sistema Nosso .' decisão da CPC/73), não impede a implem entação antes do , cautela de geral poder do razão e)ll s, judiciai s decisõe mite o cumprimento de 2.576, Rei. Min. Ellen Grade, julgam ento final da lide. 3. Reclamação procedente" (Rei j. 23.06.2004, DJ de 20.08.2004). confun dir, em se tratanDessa forma, para a jurispr udênci a do STF, não se pode156 a publica ção da ata de e, alidad tucion consti de le do de ações objetiv as de contro o. acórdã do ação julgam ento com a public al interp osição de reO efeito da decisã o passa a valer, inclusi ve para eventu Public ado o acórdã o, DJE. no ento julgam de ata da clama ção, a partir da public ação sição de eventu al recurso , no em mome nto seguin te, inicia- se o prazo para a interpo os declara tórios. Só então, julgacaso dos proces sos objetiv os em análise , dos embarg o em julgad o da decisão , sem dos os embarg os, é que haverá a certifi cação do trânsit ata, a produç ão dos efeitos da que isso impeça , como visto, desde a publica ção da udênci a do STF: jurispr a decisã o. Pedim os, novam ente, vênia para destac ar publicação do acórdão suposta"1. O cabimento da reclamação não está condicionado a produz efeito vinculante e mente inobservado. 2. A decisão de inconstitucionalidade 155 156 ão interrompem o prazo para O art. 1.026 do CPC/2015, reafirmando que os embargos de declaraç efeito suspensivo. possuem não que a interposição de recurso, inova e explícita ao afirmar item deve ser observado neste exposto sendo vem que ento Devemos deixar claro que o entendim Para as outras ações, ade. cionalid apenas em relação às ações objetivas do controle de constitu publicação da ata, da ento entendim esse aplicado tem não STF o ias, sejam recursais ou originár da publicação antes tos interpos os "Recurs : mas o da publicação do acórdão. Vejamos um exemplo Celso de Mello). EnMin. Relator D, -AgR-E 375.124 (AI stivos intempe são o do acórdão recorrid a decisão recorrida já está matetendimento quebrantado, tão somente, naquelas hipóteses em que dela tendo tomado ciência a recurso, do ição interpos da quando processo do autos nos rializada O que não é o caso dos Peluso). Cezar ministro do parte recorrente (AI 497.477-AgR, da relataria DJE de 15.05.2009). 09, 26.03.20 j. Britto, Ayres Min. Rei. D, 2.630-E (lnq. autos" 386 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza eficácia erga omnes desde a publicação da ata de julgamento e não da publicação do acórdão. 3. A ata de julgamento publicada impõe autoridade aos pronunciamentos oriundos desta Corte. 4. Agravo regimental provido" (Rcl 3.632-AgR, Redator para o acórdão o Ministro Eros Grau, Plenário, DJ 18.08.2006. Nesse sentido, cf. decisão monocrática da Min. Cármen Lúcia na RCL 17.446, j. 31.03.2014). 157 Para abreviar esse período (publicação da ata de julgamento e publicação do acórdão, com a certificação do trânsito em julgado), que em muitos casos já chegou a levar anos, destacamos a Portaria n. 536/STF, de 16.10.2014, que dispõe sobre o prazo para a publicação de acórdãos e já vem surtindo efeitos relevantes (para se ter uma ideia da gravidade da situação, mesmo diante da regra contida no art. 5.0 , LXXVIII, CF/88, que trata da celeridade enquanto garantia fundamental, quando da publicação da referida Resolução, havia a pendência de publicação de cerca de 2.000 acórdãos proferidos pelas Turmas e pelo Plenário do STF!). '· 6.7.1.13. Competência (ADI genérica) A competência para processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade será definida em conformidade com a natiireza do objeto da ação, qual seja, lei nu ato normativo: federal, estadual, municipal ou distrital. Vejamos as hipóteses. ' 6.7.1.13.1. Lei ou ato normativo federal ou estadual em face da CF O art. 102, I, "a", da CF/88 estabelece que compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e• julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) de lei ou ato normativo federal ou estadual. Trata-se de controle concentrado, sendo a ação proposta diretamente no STF, de forma originária. Assim: D Lei ou ato normativo federal/estadual que contrariar a CF -7 STF. 6.7.1.13.2. Lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da CE O art. 125, § 2.0 , da CF/88 dispõe que caberá aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da CE, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão. Ou seja, cada Estado criará o seu sistema de controle concentrado de constitucionalidade, mas agora de lei ou ato normativo estadual ou municipal que contrariarem a 157 Destacamos: "A obrigatoriedade de observância da decisão de liminar, em controle abstrato realizado pelo STF, impõe-se com a publicação da ata da sessão de julgamento no Diário da Justiça. O ajuizamento de reclamação independe tanto da publicação do acórdão cuja autoridade se quer garantir (ADC 4-MC) como de sua juntada" (Rcl1.190-AgR e Rcl1.197-AgR, Rei. p/ o ac. Min. Joaquim Barbosa, j. 08.09.2005, Plenário, DJ de 03.02.2006. No mesmo sentido: Rcl3.113-AgR, j. 18.08.2010; Rei 6.167-AgR, j. 18.09.2008; Rei 5.537-AgR, j. 29.10.2007; Rei 4.857-AgR, j. 29.03.2007; Rei 3.632-AgR, j. 02.02.2006). 6 D Controle de Constitucionalidade 387 Constituição do aludido Estado-Membro. Quem terá competência para o julgamento será o Tribunal de Justiça do Estado (TJ). 158 Vejamos o esquema: O Lei ou ato normativo estadual/mun icipal que contrariar a CE ~ TJ local. 6.7.1.13.3. Lei ou ato normativo municipal em face da CF Nesse caso, por falta de expressa previsão constitucional, seja no art. 102, I, "a", seja no art. 125, § 2.0 , inexistirá controle concentrado por ADI. O máximo que pode ser feito é o controle via sistema difuso, podendo a questão levada ao Judiciário, através do recurso extraordinário, de forma incidental, ser apreciada pelo STF e ter a sua eficácia suspensa, pelo Senado Federal, nos exatos termos do art. 52, X. Esse silêncio acerca da hipótese do aludido controle concentrado, de forma propositaI, é chamado, como lembram Araujo e Nunes Júnior, de silêncio eloquente. 159 Nesse sentido, o STF, pela ADI 347-SP, corroborando o entendimento acima exposto, suspendeu a eficácia do art. 74, XI, da CE/SP, que dizia ser o controle das leis municipais que contrariassem a CF feito pelo TJ local. Havendo repetição da norma da CF pela CE (normas repetidas), o entendimento é o de que, apesar: de incabível o controle de constitucionalidade concentrado perante o STF (da lei ou ato normativo municipal tendo por paradigma de confronto a CF), será perfeitamente possível a realização do controle concentrado perante o TJ local, confrontando-se a lei municipal em face da CE que repetiu norma da CF, mesmo em caso de norma da CEde repetição obrigatória e redação idêntica à norma da CF (cf. STF, Rcl383-SP, REMC 16.390-AL e Rei 386-8/SC, Rei. Min. Octavio Gallotti). Nesse caso é de destacar a possibilidade de cabimento de recurso extraordinário a ser julgado pelo STF quando a norma que serviu de parâmetro de controle da CE for norma de reprodução obrigatória, repetida e copiada da CF, tema que será estudado no item 6.8.6. Confrontar, por fim, a discussão exposta acima com a arguição de descumprimento de preceito fundamental, estabelecida no art. 102, § 1.0 , da CF/88, regulamentada pela Lei n. 9.882/99 e por nós comentada no item 6. 7.3, que admite referida ação tendo por objeto lei municipal perante a CF/88! Como regra geral, o esquema é o seguinte: ! D Lei ou ato normativo municipal que contrariar a CF ~ não há controle con· centrado através de ADI, só difuso. Há, contudo, a possibilidade de ajuiza'"' Observe-se, apenas, que, conforme apontou o Ministro Moreira Alves, na hipótese de tramitação simultânea de ações, uma buscando declarar a inconstitucionalidade de lei estadual perante o STF (confrontação da lei estadual perante a CF) e outra perante o TJ local (confrontação da lei estadual perante a CE), tratando-se de norma repetida da CF na CE, suspende-se o curso da ação proposta no TJ local até julgamento final da ação intentada no STF (STF, Pleno, ADI 1.423/SP, DJ I, de 22.11.1996, p. 45684). 159 Curso de direito constitucional, p. 32. 388 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza mento da arguição de descumpri mento de preceito fundament al tendo por objeto lei municipal confrontad a perante a CF. 6.7.1.13.4. Lei ou ato normativo distrital em face da CF/88 No tocante ao Distrito Federal, o poder constituinte originário de 1988 deixou de fazer previsão expressa ao controle de constitucionalidade das leis emanadas do Legislativo do Distrito Federal. Apesar disso, o art. 32, § 1. dispõe que ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios. Assim, o controle concentrado a ser exercido pelo STF será possível ou não, de acordo com a natureza da norma constitucional elaborada pelo Distrito Federal. Vejamos: 0 , El Lei ou ato normativo distrital de natureza estadual que contrariar a CF -7 STF; D Lei ou ato normativo distrital de natureza municipal que contrariar a CF -7 não há controle concentrad o através de ADI/ 60 só difuso. Há, contudo, a possibilidade do ajuizamento da ~rguição de descumprim ento de preceito fundamental tendo por objeto lei ou aro normativo distrital, de natureza municipal, confrontada perante a CF. 6.7.1.13.5. Lei ou ato normativo distrital em face da Lei Orgânica Distrital De acordo com o art. 32, caput, da CF/88, o Distrito Federal, vedada a sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica. Indagamos, então: seria possível o controle concentrado de lei ou ato normativo distrital, em face da Lei Orgânica Distrital? Fazendo pesquisa na jurisprudência do TJDF, encontramos julgados permitindo o referido controle, corroborados pelo Regimento Interno do TJDF (arts. 206 a 209). Vejamos: "Ação direta de inconstitucionalidade. Lei local em face da LODF. Competência. Liminar. Requisitos. I - O leito processual adequado para o exercício do controle concentrado de constitucionalidade de lei local em face da lei orgânica do Distrito Federal é a ação direta de inconstitucionalidade. II - Não há lacunas na Constituição Federal relativamente à competência para o processo e julgamento da ADI. Ocorre, tão só, falta de explicitude da Lei Maior. Tal competência é afeta ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, por interpretação sistemática, quanto ao método, e extensiva, quanto ao alcance, dos arts. 125, § 2.0 , e 32, § 1.", da CF. III - O procedimento a ser adotado na ADI encontra-se descrito no RISTF, de aplicação subsidiária" (destacamos). 161 160 161 Nesse sentido, S. 642/STF, 24.09.2003: "não cabe ação direta de inconstitucionalidade de lei do Distrito Federal derivada da sua competência legislativa municipal". Registro do Acórdão n. li 1.897, data de julgamento: 1.0 .09.1998; órgão julgador: Conselho Especial, Rei. Min. Nancy Andrighi, DJ de 02.06.1999, p. 14. [I I Ii I I 6 o Controle de Constitucionalidade 389 Esse entendimento jurisprudencial passou a encontrar expresso amparo legal. A Lei n. 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ADI e da ADC perante o STF, alterou a Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal (Lei n. 8.185/91), 0 acrescentando a alínea "n" ao inciso I do art. 8. , que atribui competência ao TJ local para processar e julgar, originariamente, a ADI de lei ou ato normativo do DF em face da sua Lei Orgânica. Referida lei foi revogada pela Lei n. 11.697/2008 (lei federal que dispõe sobre a organização judiciária do Distrito Federal e dos Territórios), que manteve a mencionada competência no art. 8.0 , I, "n" e, ainda, estabeleceu, na alínea "o", a atribuição para processar e julgar, originariamente, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face de sua Lei Orgânica. A previsão da ADO (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão), que já 0 0 constava no art. 30 da Lei n. 9.868/99, foi mantida no art. 8. , § 4. , li, da Lei n. 11.69712008. 0 0 Ainda, seguindo a orientação da Lei n.. 9:868/99, nos termos do àrt. 8. , § 5. , da comentada Lei n. 11.697/2008, ficou mantida a regra no sentido de se aplicarem, no que couber, ao processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito F.ederal, em face da sua Lei Orgânica, as normas sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o STF. Esse entendimento, qual seja, apresentar-se a Lei Orgânica do DF como parâmetro ou paradigma de confronto, encontra-se pacificado na jurisprudência do STF: "EMENTA: Antes de adentrar no mérito da questão aqui debatida, anoto que, muito 0 embora não tenha o constituinte incluído o Distrito Federal no art. 125, § 2. , que atribui competência aos Tribunais de Justiça dos Estados para instituir a representação de inconstitucionalidade 'em face das constituições estaduais, a Lei Orgânica do Distrito Federal apresenta, no dizer da doutrina, a natureza de verdadeira Constituição local, ante a autonomia política, administrativa e financeira que a Carta confere a tal ente federado. Por essa razão, entendo que se mostrava cabível a propositura da ação direta de inconstitucionalidade pelo MPDFT no caso em exame" (RE 577.025, voto do Rei. Min. Ricardo Lewandowski, j. 11.12.2008, Plenário, DJE de 06.03.2009). ; · 6.7.1.13.6. Lei municipal em face da Lei Orgânica do Município Nesse caso não estaremos diante de controle de constitucionalidade, mas de simples controle de legalidade, cujas regras deverão ser explicitamente previstas na Lei Orgânica de cada Município. Manoel Carlos, de forma interessante, reconhecendo a natureza constitucional da lei orgânica de Município, sugere que a possibilidade de controle seja pela via incidental, como abstratamente, lembrando a previsão de controle concentrado de lei municipal em face da lei orgânica, nos termos do art. 61, I, "1", da Constituição do Estado de Pernambuco. 162 162 M. C. de Almeida Neto, O novo controle de constitucionalidade municipal, p. 143. 390 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza Resta aguardar como o STF vai evoluir sobre esse assunto (matéria pendente), mostrando-se bastante sedutora a proposta doutrinária. Por enquanto, contudo, parece que a melhor orientação (no caso dos concursos públicos) seria seguir a conclusão de André Ramos Tavares, no sentido de que o controle seria feito pelo sistema difuso apenas. 163 ; 6.7.1.14. Legitimidade (ADI genérica) No tocante à legitimidade, estudaremos os legitimados para a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal, contestados em face da CF, sendo julgada pelo STF. As partes legítimas para propositura da ação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, contestados em face da CE perante o TJ local, serão especificadas em cada Constituição Estadual. O art. 125, § 2.0 , CF/88, veda, no âmbito estadual, a atribuição da legitimação a um único órgão (cf. item 6.8.4). A CF/88, ampliando o rol de legitimados, que até 1988 apenas se limitava ao Procurador-Geral da República (POR), previu, em seu art. 103, que a ADI genérica, para questionar a constitucionalidade de lei Ol! ato normativo federal ou estadual contestados em face da própria CF, poderá ser proposta (no plano da ADI no STF, o rol é taxativo- numerus clausus): I - pelo Presidente da República; 11 - pela Mesa do Senado Federal; Ill- pela Mesa da Câmara dos Deputados; 164 IV - pela Mesa de Assembleia Legislativa de Estado ou pela Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal (alterado pela EC n. 45/2004); 165 V - pelo Governador de Estado ou do Distrito Federal (alterado pela EC n. 45/2004); 166 163 164 165 166 A. R_ Tavares, Curso de direito constitucional, 8. ed., p. 476. A legitimação é apenas para a Mesa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados (art. 57, § 4.0), A Mesa do Congresso Nacional (art. 57,§ s.•) não tem legitimidade para a propositura da ADI. O STF já admitia, antes da EC n. 45/2004 e da Lei n. 9.868, de 10.11.1999, a propositura pela Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal. O STF já admitia, antes da EC n. 45/2004 e da Lei n. 9.868, de 10.11.1999, a propositura pelo Governador do Distrito Federal. Deixamos claro que a legitimação foi estabelecida para o Chefe do Poder Executivo Estadual e/ou Distrital e não para o ente federativo. Assim, muito embora a ação possa ser proposta pelo Governador do Estado-Membro, o ente federativo em si, no caso, o Estado-Membro, não está autorizado a recorrer, já que não foi incluído no rol (taxativo) dos legitimados. A legitimação recursal nas ações de controle concentrado deve ser paralela à legitimidade processual ativa para recorrer. Vejamos: "Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada por governador de Estado. Decisão que não a admite, por incabível. Recurso de agravo interposto pelo próprio Estado-membro. Ilegitimidade recursal dessa pessoa política. Inaplicabilidade, ao processo de controle normativo abstrato, do art. 188 do CPC/73. Recurso de agravo não conhecido. O Estado-membro não possui legitimidade para recorrer em sede de controle normativo abstrato. O Estado-membro não dispõe de legitimidade para interpor recurso em sede de controle normativo abstrato, ainda que 6 c Controle de Cons:itucionalidade 391 VI - pelo Procurador-Geral da República; VII - pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

em curso e já iniciado o julgamento, a presença do amicus curiae deverá ser rejeitada para evitar tumulto 402 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza processual (nesse sentido, cf. ADI 2.238, Inf 267/STF). Avançando, o STF mudou o entendimento e restringiu um pouco mais o momento. A partir do julgamento da ADI 4.071 AgR/DF (Rei. Min. Menezes Direito, 22.04.2009, DJE de 16.10.2009 e Inf 543/STF), o amicus curiae somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o relator liberar o processo para pauta. 180 Além desses requisitos expressos na lei, a jurisprudência do STF vem estabelecendo que, uma vez admitido o amicus curiae, ele passa a ter direito de: D apresentar sustentação oral 1: "... assinalo, por necessário, que, em face da decisão plenária proferida em questão de ordem suscitada na ADI 2.777/SP, Rei. Min. Cezar Peluso (DJU de 15.12.2003, p. 5), o 'amicus curiae', uma vez formalmente admitido no processo de fiscalização normativa abstrata, tem o direito de proceder à sustentação oral de suas razões, observado, no que couber, o § 3." do art. 131 do R/STF, na redação conferida pela Emenda Regimental 15/2004" (ADI 3.345/DF, Rei. Min. Celso de Mello, DJ de 29.08.2005. Nesse sentido, cf. ADI 3.540, DJ de 25.08.2005; ADI 3.498, DJ de 09.08,.2005; ADPF 73, DJ de 08.08.2005; ADPF 46/DF, DJ de 20.06.2005; ADI 3.056, DJ de 06.06.2005); D apresentar sustentação oral 11: nesse julgamento da ADI 2.7.77 o Ministro Sepúlveda Pertence, "... considerando que a Lei 9.868/99 não regulou a questão relativa à sustentação oral pelo amicus curiae, entendeu que compete ao Tribunal decidir a respeito, através de norma regimental, razão por que, excepcionalmente e apenas no caso concreto, admitiu a sustentação oral. Vencidos os Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie, que, salientanpo que a admissão da sustentação oral nessas hipóteses poderia implicar a inviabilidade de funcionamento da Corte, pelo eventual excesso de intervenções, entendiam possível apenas a manifestação escrita" (ADI 2.777, Inf 331/STF); O apresentar sustentação oral 111: a tese vencedora que admite a sustentação oral pelo amicus curiae está consagrada, como visto, no art. 131, § 3.0 , do Regimento Interno do STF, nos termos da Emenda Regimental n. 15, de 30.03.2004, com a seguinte redação: "admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do § 2.0 do artigo 132 deste Regimento". O capLtt do art. 132 estabelece que cada uma das partes falará pelo tempo máximo de 15 minutos. Já o seu § 2. determina que, se houver litisconsortes não representados pelo mesmo advogado, o prazo, que se contará em dobro, será dividido igualmente entre os do mesmo grupo, se diversamente entre eles não se convencionar; O limites de atuação: porém, conforme anotou o Min. Gilmar Mendes, é preciso deixar enfatizado que o amicus curiae, uma vez admitido seu ingresso no f í ~ I I 1 I I 0 180 No mesmo sentido: ADI 4.246, Rei. Min. Ayres Britto, decisão monocrática, j. 10.05.2011, DJE de 20.05.2011; ADI 4.067-AgR, Rei. Min. Joaquim Barbosa, j. 10.03.2010, Plenário, DJE de 23.04.2010; RE 586.453; ADI 4.214; ADI 3.978; ADI 2.669 etc. 6 c Controle de Constitucionalidade ----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- ---- 403 processo objetivo, tem direito a ter seus argumentos apreciados pelo Tribunal, inclusive com direito a sustentação oral (Emenda Regimental n. 15/2004, RISTF), mas não tem direito a formula r pedido ou de aditar o pedido já delimita do pefo autor da ação (AC 1.362, j. 05.09.2006). Continuando, lembramos que o instituto do amicus curiae se consolidou no julgamento da ADI 2.130-MC/SC, no voto do Ministro Celso de Mello (DI de 02.02.2001, p. 145), pedindo vênia para destacar as suas principais passagens: O "a admissão de terceiro, na condição de amicus curiae, no processo objetivo de controle no~mativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséq Jio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspect iva eminent emente pluralíst ica, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesse s gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevante s. de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7.0 , ·§ 2.0 , da Lei 9.868/99 -que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do amicus curiae- tem por precípua finalidade pluraliz ar o debate constituc ional'' (grifamos); O "... a regra in::wadora constante do art. 7.0 , § 2.0 , da Lei 9.868/99, que, em caráter excepcional, abrando u o sentido absoluto da vedação pertinen te à intervenção assistenc ial, passando, agora, a permitir o ingresso de entidade dotada de represen tatividad e adequad a no processo de controle abstrato de constitucionalidade" (grifamos); O "... entendo que a atuação processual do amicus curiae não deve limitar-se à mera apresentação de memoriais ou à prestação eventual de informações que lhe venham a ser solicitadas. Cumpre permitir-lhe, em extensão maior, o exercício de determinados poderes processuais, como aquele consistente no direito de proceder à sust-entação oral das razões que justificaram a sua admissão formal na causa. Reconheço, no entanto, que, a propósito dessa questão, existe decisão monocrática, em sentido contrário, proferida pelo eminente Presidente desta Corte, na Sessã•) de julgamento da ADI 2.321-DF (medida cautelar)"; O assim, continua o ilustre Ministro, o STF, ao admitir a figura do amicus curiae, nas hipóteses previstas na lei e de acordo com a jurisprudência que se vem firmando, "... não só garantirá maior efetividda de e atribuirá maior legitimida de às suas decisões, mas, sobretudo, valoriza rá, sob uma perspectiva eminentemente pluralíst ica, o sentido essencia lmente democrá tico dessa participação processu al, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que o amicus curiae poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente em um processo - como o de controle abstrato de constitucionalidade - cujas implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusáv el importân cia e de inquestionável significação". ' L 404 Direito Constitucional Esquematizado 0 6.7.1.16.2. Pedro Lenza É possível a admissão do "amicus curiae" na ADC? SIM. Essa questão parece bastante pertinente, especialmente diante do veto do § 2.0 do art. 18 da Lei n. 9.868/99. De fato, na mesma linha do art. 7. caput, o art. 18, caput, que também não foi vetado, veda a intervenção de terceiros no processo de ação declaratória de constitucionalidade. O § 2.0 do art. 18 tinha a mesma redação dada ao § 2.0 do art. 7.0 , o qual, por sua vez, não foi vetado, nos seguintes termos: 0 , "§ 2.0 O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo estabelecido no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades". Então, temos a seguinte situação: o dispositivo legal que admitia a figura do amicus curiae foi vetado para a ADC (ação declaratória de constitucionalidade), não o sendo para a ADI (ação direta de inconstitucionalidade). Como poderemos demonstrar melhor no item 6.7.1.17 (Efeitos da decisão), ADI e ADC são ações dúplices ou ambivalentes, ou seja, são aç:ões "com sinais trocados", já que a procedência de uma implica a improcedência da outra. Essa tendência vinha sendo percebida na jurisprudência do STF (Rei AgR-QO 1.880- Inf 289/STF), estando praticamente consolidada na Reforma do Judiciário, EC n. 45/2004. Isso porque os legitimados para as ações e os efeitos da decisão passaram a ser os mesmos. A única diferença ainda existente está no objeto da ADC, que continua sendo exclusivamente a lei federal (diferentemente da ADI, que tem por objeto tanto a lei federal como a estadual e a distrital de natureza estadual). Cabe alertar, contudo, que, na PEC Paralela do Judiciário (PEC n. 29-A/2000-SF e 358/2005-CD), o objeto da ADC passa a ser, também, além da lei federal, a estadual e a distrital de natureza estadual, fechando, em definitivo, essa situação de ambivalência. Resta aguardar a sua aprovação! Diante do exposto, entendemos possível a aplicação, por analogia, da regra que admite o amicus curiae na ADI (art. 7.0 , § 2.0 , da Lei n. 9.868/99) para a ADC. Portanto, admissível, com as ressalvas já apresentadas, a figura do amicus curiae na ação declaratória de constituciona lidade. Nesse sentido, o próprio Presidente da República já ha,iia se posicionado nas razões do veto do art. 18, § 2.0 (Mensagem n. 1.674/99): "o veto ao § 2.0 constitui conseqüência do veto ao § 1. Resta assegurada, todavia, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, por meio de interpretação sistemática, admitir no processo da ação declaratória a abertura processual prevista para a ação direta no § 2.0 do art. 7,0 ". 0 • ~li 6.7.1.16.3. Cabe "amicus curiae" na ADPF? SIM. O art. 6.0 , § 2.0 , da Lei n. 9.882/99 tem a seguinte redação: "poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo". r 405 6 c Controle de Constitucion alidade Dessa forma, observa-se que não há, no caso, dispositivo explícito tratando da figura do amicus curiae. Excepciona lmente, entretanto, o STF vem admitindo a sua 0 0 presença, aplicando, por analogia, o art. 7. , § 2. , da Lei n. 9.868/99, desde que se demonstrem a relevância da matéria e a representat ividade dos postulantes . Na ADPF 46/DF, o Ministro Marco Aurélio posicionou-se pela sua admissibilidade, porém, como exceção à regra geral: "... é possível a aplicação, por analogia, ao processo revelador de arguição de descumprimento de preceito fundamenta l, da Lei n. 9.868/99, no que disciplina a intervenção de terceiro. Observe-se, no entanto, que a participação encerra exceção ..." (DJ de 20.06.2005, p. 7). Na ADPF 73/DF, o Ministro Relator, Eros Grau, aceitou a figura do amicus curiae nos seguintes termos: "DECISÃO: (PET SR-STF n. 87.857/2005). Junte-se. 2. A Conectas Direitos Humanos requer sua admissão na presente ADPF, na condição de amicus curiae (§ 2. do artigo 6. da Lei n. 9.882/99). 3. Em face da relevância da questão, e com o objetivo de pluralizar o debate constitucional, aplico analogicamente a norma inscrita no § 2. do artigo 7. da Lei n. 9.868/99, admitindo o ingresso da peticionária, na qualidade de amicus curlae, observando-se, quanto à sustentação oral, o disposto no art. 131, § 3. do RISTF, na redação dada pela Emenda Regimental n. 15, de 30.03.2004. Determino à Secretaria que proceda às anotações. Publique-se. Brasíli~. 1. de agosto de 2005" (DJ de 08.08.2005, p. 27). 0 0 0 0 0 , 0 Portanto, também com as ressalvas já expostas, concordamos que, excepcionalmente e desde que configuradas as hipóteses de cabimento, admitida será a presença do amicus curiae na ADPF (nesse sentido, confira: ADPF 205, Rei. Min. Dias Toffoli, decisão monocrática, j. 16.02.2011, DJE de 24.02.2011; ADPF 132, Rei. Min. Carlos Britto, decisão monocrática, j. 29.04.2009, DJE de 07.05.2009 e, ainda, ADPF 33 e ADPF 183). 6.7.1.16.4. Cabe "amicus curiae" na ADO? SIM. O art. 12-E da Lei n. 9.868/99, incluído pela Lei n. 12.063/2009, determina sejam aplicadas, ao procedimen to da ação direta de inconstituc ionalidade por omissão, no que couber, "as disposições constantes da Seção I do Capítulo 11 desta Lei". Assim, uma vez que a previsão do amicus curiae para a ADI consta da referida Se0 0 ção (art. 7. , § 2.) e sendo compatível com a ação em análise, entendemos perfeitamen te possível a admissão de amicus curiae na ADO, buscando a pluralização do debate. 0 Ainda, o art. 12-E, § 1. , da referida lei estabelece que os demais titulares da ADO poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais, o que, em nosso entender, na medida em que, na hipótese, não propuseram a ação, serão considerados amicus curiae. r;; 6.7.1.16.5. Cabe "amicus curiae" na /F (representação interventiv a)? SIM. O art. 7.0 , parágrafo único, da Lei n. 12.562/2011 permite sejam autorizadas, a critério do relator, a manifestação e a juntada de documentos por parte de interessado s 406 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza no processo, utilizando a mesma nomenclatura ("interessados no processo") do art. 6.0 , § 2.0 , da Lei n. 9.882/99, que fundamenta a possibilidade do amicus curiae na ADPF. Assim, de acordo com os precedentes utilizados para a ADPF, parece razoável aceitar, excepcionalmente, e nos termos do art. 7.0 , § 2.0 (ADI), aqui aplicado por analogia, o amicus curiae na represent ação interventiva (art. 36, III). I : 6.7.1.16.6. I ,,li p ~ j ~ ~ I[Outras hipóteses de cabiment o Em interessante trabalho, 181 Gustavo Santana Nogueira, além das situações já analisadas, identifica outras hipóteses de cabimento do amicus curiae, não desenvolvidas neste estudo em razão de nosso objetivo, mas que devem ser observadas especialmente para as provas de direito processual civil: [] art. 31 da Lei n. 6.385/76 - processos de interesse da CVM; O art. 118 da Lei n. 12.529/2011 -nos processos judiciais em que se discuta a aplicação da referida Lei n. 12.529/2011, que, dentre outras providências, estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, o Cade.deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente; O art. 482, § 3_0, do CPC/73 (art. 950, § 3. do CPC/201 5)- controle difuso de constitucionalidade; O art. 14, § 7.0 , da Lei n. 10.259/2001 - no âmbito dos Juizados Especiais Federais. 182 II I 0 , Podemos lembrar, ainda, duas importantes hipóteses de amicus curiae que são brevemente retomadas no estudo da "repercussão geral" (item IJ.8.1.3) e da súmula vinculante (item IJ.l4): mJ art. 3.0 , § 2.0 , da Lei n. 11.417/2 006- procedimento de edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo STF; III art. 543-A, § 6.0 , do CPC/73, introduzido pela Lei n. 11.418/2 006- análise da repercussão geral pelo STF no julgamento do recurso extraordinário (cf. arts 1.035, § 4.0 , e 1.038, I, do CPC/2015). Finalmente, destacamos uma previsão bastante ampliada do instituto do amicus curiae nos termos do art. 138 do CPC/2015, que o admite para as causas em geral, desde que se demonstre a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia. Além disso, conforme estudaremos 181 182 Gustavo Santana Nogueira, Do amicus curiae, Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 63, p. 13-28. abr./jun. 2005. Em interessante decisão, o STF admitiu o amicus curiae nessa hipótese dos Juizados, e, inclusive, no próprio âmbito do STF (cf. lnf 402/STF, RE 416.827/SC e 415.454/SC, Rei. Min. Gilmar Mendes, 21.09.2005). 6 1:1 Controle de Constitucionalidade 407 no item seguinte, a previsão explícita e geral é de que o amicus curiae poderá ser pessoa natural . 6.7.1.16.Z Parlam entar pode ser admitid o no processo como "amicus curiae"? (Novidade mais ampla introduz ida pelo CPC/20 15- Lei n. 13.10512 015) SIM. Depois de muito pensar, concordamos com importante e arrojada decisão de Edson Alfredo Smanio tto, à época Desembargador do TJDFT e relator nos autos da ADI 2004.00.2.008459-7 (decisão em 30.09.2005). Segundo relata, o parlamentar requer a habilitação no processo como amicus curiae, já que foi autor do projeto de lei objeto da ADI, o que, em certa medida, como representante de determinada categoria, por si, uma vez demonstrada a relevância da matéria, já seria suficiente para a sua admissão no processo enquant o "amigo da corte". Em suas palavras, avançando "numa análise mais aproximada, tem-se que o postulante, parlamentar, foi designado por via eleitoral para desemp enhar fuoção política na democracia represe"ntativa sobre a qual se funda o regime democrático instituído no país (CF, art. 1.0) , e nesta condição, desenvolve e materializa a cidadania e o direito de representatividade do povo, verdadeiro titular do poder. Sua postulação no processo se dará erga omnes". Assim, em nosso entender, desde que fique demonstrado que o parlame ntar atua como "representante ideológico" de uma coletividade (represe ntativid ade adequa da), e não em busca de interesse individual egoístico, perfeitamente possível a sua admissão como amicus curiae (o tema precisa ser mais bem explicita do pelo STF - pendente). 183 Cabe apenas alertar, contudo, que o STF não vem admitin do o ingresso de pessoa física como amicus curiae, destacando-se, nesse sentido, o voto do Min. Cezar Peluso na ADI 4.178/GO: "... 4. Não assiste razão ao pleito de (...), que requerem admissão na condição de amici curiae. É que os requerentes são pessoas físicas, terceiros concretamente interessa dos no feito, carecend o do requisito de represen tatividad e inerente à intervenç ão prevista pelo art. 7.0 , § 2.0 , da Lei n. 9.868, de 10.11.1999, o qual, aliás, é explícito ao admitir somente a manifestação de outros 'órgãos ou entidades' como medida excepcio nal". Finalmente, devemos deixar consignado que o Novo Código de Process o Civil, aprovado, em uma visão mais ampla, passa a admitir a pessoa física como amicus curiae, nos seguintes termos: 183 Cf. a admissão do então Senador da República, Pedro Taques, como amicus curiae no julgamento do MS 32.033 (Rei. Mio. Gilmar Mendes, j. 28.05.2013), apesar de haver jurisprud ência firme da Corte no sentido da não admissão do referido instituto do "amigo da corte" nas ações de mandado de seguranç a (MS 29.192, j. 19.08.2014). 408 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza "Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da :natéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem :xetenda manifestar-se, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação. § 1.0 A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3.". § 2.° Caberá ao juiz ou relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do amicus curiae. § 3.0 O amicus curiae pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas". , 6.7.1.16.8. Natureza jurídica do "amicus curiae" Do ponto de vista burocrático, o STF, ao fazer a anotação no processo e indicar o andamento na Internet, fala em "parte interessada", quando admitido o amicus curiae. O Ministro Maurício Corrêa, no julga~ento da ADI 2.581 AgR/SJ,?, chegou a afirmar que o amicus curiae atua como "colaborador informal da Corte", não configurando, "... tecnicamente, hipótese de intervenção ad coadjuvandum (AGRADI 748-RS, Celso de Mello, DJ de 18.11.1994). Assim, como mero colaborador informal, o amicus curiae não está legitimado para recorrer das decisões proferidas em ação direta" (DJ de 18.04.2002). O Ministro Celso de Mello, conforme destacamos no julgamento da ADI 2.130, referiu-se a uma "intervenção processual". O art. 131, § 3. do Regimento Interno do STF, nos termos da Emenda Regimental n. 15, de 30.03.2004, passou a admitir uma declarada hipótese de intervenção de terceiros. É claro que a sua natureza jurídica é distinta das modalidades de intervenção de terceiros previstas no CPC, até em razão da natureza do processo objetivo e abstrato do controle concentrado de constitucionalidade. Assim, por todo o exposto, parece razoável falarmos em uma modalidade sui generis de intervenção de terceiros, inerente ao processo objetivo de controle concentrado de constitucionalidade, com características próprias e muito bem definidas. 0 , r-"-' 6.7.1.16.9. "Amicus curiae" pode interpor recurso? Particularidades do CPC/2015 (Lei n. 13.105/2015) O amicus curiae, por se tratar de terceiro estranho à relação processual, não pode interpor recurso, impugnando o acórdão proferido nas ações de controle concentrado, para discutir a matéria em análise no processo objetivo perante o STF (apenas deixamos a informação que o art. 138, § 3.", do CPC/2015, estabelece que o amicus curiae pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas - IRDC). 6 c Controle de Constitucionalidad e ---------- ---------- ---------- ---------- ---- 409 Excepcionalmente, porém, a atual jurisprudência do STF, que inclusive está 0 0 184 sendo rediscutida, desprezando a literalidade do art. 7. , § 2. , da Lei n. 9.868/99, admite a impugnação da decisão que denegao pedido de intervenção nos autos como amicus curiae (agravo regimental no prazo de 5 dias -lembramos que o CPC/2015 fala em agravo interno- art. 1.021, no prazo de 15 dias -art. 1.070). Vejamos: "Ação direta de inconstitucionalidade. Embargos de declaração opostos por amicus 0 curiae. Ausência de legitimidade. Interpretação do § r, do art. 7. , da Lei n. 9.868/99. A jurisprudência deste Supremo Tribunal é assente quanto ao não cabimento de recursos interpostos por terceiros estranhos à relação processual nos processos objetivos de controle de constitucionalidade. Exceção apenas para impugnar decisão de não admissibilidade de sua intervenção nos autos. Precedentes" (A DI 3.615-ED, Rei. Min. Cármen Lúcia, j. 17.03.2008, DJE de 25.04.2008- no mesmo sentido, cf. ADI 2.591-ED). Cabe alertar que o Plenário do STF iniciou o julgamento de agravo regimental interposto, por procurador da Fazenda Nacional, contra decisão que indeferiu o seu pedido de ingresso nos autos na qualidade de amicus curiae. O Min. Celso de Mello, relator, em preliminar, conheceu do recurso de agravo com fundamento em precedentes que permitiram a impugl}-ação recursal por parte de terceiro, quando denegada sua participação na qualidade de amicus curiae (ADI 3.105 ED/DF, DJE de 23.02.2007; ADI 3.934 ED-AgR/DF, DJE de 31.03.2011; e ADI 3.615 ED/PB, DJE de 25.04.2008- cf. lnf 665/STF). 185 Analisando essa preliminar de cabimento do recurso de agravo regimental (A DI 3.396), até o fechamento desta edição o resultado inicial estava em 5 x 4 pelo seu não conhecimento, ou seja, a maioria dos Ministros decidia no sentido do não cabimento de recurso na hipótese, de indeferimento do pedido de intervenção como amicus curiae. Dessa forma, em 10.05.2012, diante da constatação de que referida decisão alteraria a atual jurisprudência do STF, o Plenário decidiu suspender o julgamento para aguardar os votos da Min. Cármen Lúcia e do Min. Joaquim Barbosa (matéria pendente de julgamento pelo STF). Lembramos que o Min. Joaquim Barbosa se aposentou em 31.07.2014 e até o fechamento desta edição ainda não havia tomado posse o novo Ministro Luiz Edson Fachin. Assim, o atual entendimento do STF permanece no sentido de se admitir a interposição de agravo regimental ("agravo interno" na denominação do CPC/2015) na hipótese de indeferimento do cabimento do pedido de ingresso como amicus 184 185 Art. 7.0 , § 2.0 : "O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades" (vide correspondência no art. 138, caput, do CPC/2015). Cf., ainda, Sepúlveda Pertence, na ADI 2.591 -fls. 18, que sustenta o cabimento de agravo; ou o Ministro Marco Aurélio, na ADI 3.346, que sustenta o cabimento de embargos de declaração, mas, mantida a decisão de indeferimento, não admite a interposição de agravo regimental. 41 O Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza curiae. Nesses termos, destacamos decisão proferida em 18.12.2014 no julgamen to da ADI 5.022 AgR/RO (continuamos, contudo, atentos ao julgamento da menciona da ADI 3.396). ,, , 6.7.1.17. Efeitos da decisão (ADI genérica) A ação em comento tem caráter dúplice ou ambivalente, pois, conforme estabelece o art. 24 da Lei n. 9.868/99, proclamada a constitucionalidade, julgar-se -á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória e, no mesmo passo, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória. De modo geral, a decisão no controle concentrado produzirá efeitos contra todos, ou seja, erga omnes, e também terá efeito retroativo, ex tunc, retirando do ordenamento jurídico o ato normativo ou lei incompatível com a Constituição. Trata-se, portanto, de ato nulo. No entanto, acompanhando o direito alemão e o português, entre outros, a Lei n. 9.868/99, em seu art. 27, introduziu a técnica da declaraç ão de inconstitucionalid ade sem a pronúnc ia de nulidade . Nesse sentido, ao declarar a inconstitucionalida de. de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de seguran ça jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o STF, por maioria qualificada de 2/3 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. Ou seja, diante de tais requisitos, o STF poderá dar efeito ex nunc. 186 Além da eficácia contra todos (erga omnes), já comentada, o parágrafo único do art. 28 da Lei n. 9.868/99 dispõe que a decisão também terá efeito vinculante. Em um primeiro momento, antes da posição firmada na jurisprudência do STF e das novidades trazidas pela EC n. 45/2004, tínhamos o entendimento de que esse dispositivo deveria ser interpretado acompanhando o posicionamento do Ministro 186 "Coerente com evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro (art. 27). Assim, o princípio da nulidade somente será afastado 'in concreto' se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional. Entendeu, portanto, a Comissão que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstituc ionalidade com eficácia ex nunc ou pro futuro, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v. g.: lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional" (Gil mar Ferreira Mendes. Processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: uma proposta de projeto de lei, disponível em:). 6 c Controle de Constitucionalidade 411 Sepúlveda Pertence, que dizia ser tal vinculação possível somente nos casos em que, em tese, seria cabível a ADC, devendo o STF assim se pronunciar, sob pena de se dizer mais do que a Constituição estabeleceu. 187 Em relação ao tema, contudo, concluindo o julgamento de questão de ordem em agravo regimental interposto contra decisão do Ministro Maurício Corrêa, relator - que não conhecera de reclamação ajuizada pelo Munic ípio de Turmalina-SP em que se pretendia ver respeitada a decisão proferida pelo STF na ADI 1.662-SP por falta de legitimidade ativa ad causam do reclamante - , o STF, por maioria (8 x 3, vencidos os Ministros Moreira Alves, limar Galvão e Marco Aurélio), declar ou a consti tucion alidad e do parágr afo único do art. 28 da Lei n. 9.868/99, considerando que a ação declar atória de consti tucion alidad e (ADC) consubstancia uma ação direta de incons titucio nalida de (ADI) com sinal trocado , tendo ambas caráter dúplice, sendo os seus efeitos, portanto, semelhantes. 188 Essa interpretação, como veremos a seguir, foi expressamente consagrada com a Reform a do Judici ário, EC n. 45/2004, ao dar nova redação ao art. 102, § 2.0 , da CF/88. Logo, para as provas de concurso, adotar o entendimento de que a declar ação de incons titucio nalida de no contr.ole concen trado, em abs_trato, em tese, marcada pela gener-alidade, impes soalid ade e -'abstração, faz instmir ar um processo objetivo, sem partes, no qual inexiste litígio referente a situaçõ es concretas ou individuais (RTJ 147/31, Rei. Min. Celso de Mello). Nesse sentido, a declaração de inconstitucionalidade reconhece a nulidade dos atos inconstitucionais e, por conseqüência, a inexistência de qualquer carga de eficácia jurídica. Assim, dentre tantos efeitos, a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo que tenha "revogado" outro ato normativo (nossa análise nesse ponto refere-se à ADI perante o STF, de lei ou ato normativo federal ou estadual, ou distrital, desde que no exercício da competência estadual) provoca o restabelecimento do ato normativo anterior, quando a decisão tiver efeito retroativo. O STF vem utilizando a expressão "efeito repristinatório" (cf. ADI 2.215-PE, medida cautelar, Rei. Min. Celso de Mello, Inf 224/STF) da declaração de inconstitucionalidade. Isso porque, se a lei é nula, ela nunca teve eficácia. Se nunca teve eficácia, nunca revogou nenhuma norma. Se nunca revogou 'nenhuma norma, aquela que teria sido supostamente "revogada" continua tendo eficácia. Eis o efeito repristinatório da decisão. Não se pode confundir (embora o STF utilize sem muito critério as expressões) "efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade" com "repristinação da norma". No primeiro caso temos o restabelecimento da lei anterior porque, se a lei objeto do controle é inconstitucional e, assim, nula, ela nunca teve eficácia, portanto, nunca revogou nenhum outro ato normativo. No segundo, qual seja, na repristinação, nos termos do art. 2.0 , § 3_0, da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro- Decreto-lei n. 4.657/42), 191 salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência, ou seja, precisa de pedido expresso desta terceira lei (que revoga a lei revogadora da lei inicial). Avançando essa regra geral do efeito repristinatório, contudo, podemos estar diante de situação de revogação da norma anterior mesmo que o STF reconheça a inconstitucionalidade de determinada norma posterior. Para recordar, os efeitos gerais da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, por meio de ADI, são: erga omnes, ex tunc e vinculante, podendo ser dado efeito ex nunc, ou a partir de outro momento que venha a ser fixado (exceção à regra geral do princípio da nulidade), desde que a votação tenha sido por 2/3 dos Ministros, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse sociaL 191 Como nosso leitor atento tem conhecimento, o Decreto-lei n. 4.657142 introduziu em nosso ordenamento a então denominada LICC (Lei de Introdução ao Código Civil), que, à época, já extrapolava o direito civil, seja por regular a validade, eficácia, vigência, interpretação, revogação das normas, seja por definir conceitos amplos como o ato jurídico perfeito, a coisa julgada, o direito adquirido, seja, de modo geral, por apresentar um inegável caráter universal, aplicando-se aos demais "ramos" do direito. Por esse motivo, a Lei n.12.376/2010 passou a denominá-la Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), mantendo intacto o seu conteúdo. 6 c Controle de Consti~ucionalidade 415 Ocorrendo a modul ação dos efeitos da decisão, nesse caso, parecenos que a lei (objeto do controle) vai sim ter a eficácia de revogar a lei anterior . Isso porque, se a decisão reconhece efeitos da referida norma, temos de aceitar a sua existência, validade e, durante o período que o STF determinar, a sua eficáci a, gerando, dentre tantos efeitos, a nátural revogação de lei em sentido contrário ou se expressamente assim estabelecer. Por fim, dest2camos um aspecto formal importante. Se o legitim ado ativo da ADI objetivar que a Suprema Corte analise a inconstitucionalidade da lei que vai voltar a produzir efeitc·s (em razão do efeito repristinatório da decisão), terá de, expressamente, fazer o pedido de apreciação da referida lei, sob pena de o STF não poder, de ofício, apreciá-la e, para piorar, não conhec er da ação direta ajuizada. Nesse sentido: l I l "EMENTA: Ação d~reta de inconstitucionalidade: efeito repristi natório : norma anterior com o mesmo vício de inconstitucionalidade. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade da norma objeto da causa, ter-se-ia a repristi nação de preceito anterior com o mesmo vício de inconstitucionalidade. Neste caso, e não impugn ada a norma anterio r, não é de se conhec er da ação .~i reta de inconst ituciona lidade" (ADI 2.574, Rei. Min. Carlos Velloso, j. 02.10.2002, DJ de 29.08.2003). "EMENTA: Fiscalização normativa abstrata - Declaração de inconstitucionalidade em tese e efeito rept"istinatório. A declaração de inconstitucional idade in abstracto, considerado o efeito repristinatório que lhe é inerente (RTJ 120/64 - RTJ 1941504-505 - ADI 2.867/ES, v.g.), importa em restauração das normas estatais revogadas pelo diploma objeto do processo de controle normativo abstrato. É que a lei declarada inconstitucional, por incidi~ em absoluta desvalia jurídica (RTJ 146/461 -462), não pode gerar quaisquer efeitos no plano do direito, nem mesmo o de provocar a própria revogação dos diplomas normativos a ela anteriores. Lei inconst ituciona l, porque inválida (RTJ 102/671), sequer po~sui eficácia derroga tória. A decisão do Suprem o Tribunal Federal que declara, em sede de fiscalização abstrata, a inconstitucional idade de determinado diploma normati v) tem o condão de provocar a repristinação dos atos estatais anteriores que foram revogados pela lei proclamada inconstitucional . Doutrina. Precedentes (ADI 2.215-MC/PE, Rei. Min. Celso de Mello, Informa tivo/STF n. 224, v.g.). Considerações em torno da questão da eficácia repristinatória indeseja da e da necessidade de impugn ar os atos normati vos, que, embora revogad os, exterior izem os mesmos vícios de inconst itucion alidade que inquina m a legislação revogad ora. Ação direta que impugna, não apenas a Lei estadual n. 1.123/2000, mas, também , os diplomas legislativos que, versando.matéria idêntica (serviços lotéricos), foram por ela revogados. Necessidade, em tal hipótese, de impugnação de todo o complex o normati vo. Correta formulação, na e>péc:e, de pedidos sucessivos de declara ção de inconst ituciona lidade tanto do diplom a ab-roga tório quanto das normas por ele revogadas, porque também eivadas jo vfcio da ilegitimidade constitucional. Reconh ecimento da inconstitucionalidade desses diplomas legislativos, não obstante já revogad os" (ADI 3.148, Rei. Min. Celso de Mello, j. 13.12.2006, DJ de 28.09.2007). Por todo o exposto, fica claro que, em eventual controle normativo abstrato a ser instaurado, deverá haver a impugnação de todo o "comp lexo normat ivo", de toda a "cadei a normat iva", tanto as normas revogadmas como as normas revogadas. 416 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza r E qual o limite temporal de impugnação da cadeia normativa? De acordo com o voto do Min. Gilmar Mendes, na ADI 3.660, a necessidade de indicação dos atos que compõem a "cadeia normativa" se limita até o advento da nova Constituição. Pedimos vênia para transcrever a importante ~ssagem de seu voto: "... é preciso levar em conta que o processo do controle abstrato de normas destina-se, fundamentalmente, à aferição da constitucionalidade de n:lrmas pós-constitucionais (ADI n. 2, Rei. Paulo Brossard, D./2.2.92). Dessa forma, eventual colisão entre o direito pré-constitucional e a nova Constituição deve ser simplesmente resolvida segundo princípios de direito intertemporal (Lex posterior derogat priori). Assim, conjugando ambos os entendimentos professados pela jurisprudência do Tribunal, a conclusão não pode ser outra senão a de que a impugnação deve abranger apenas a cadeia de normas revogado1·as e revogadas até o advento da Constituição de 1988" (voto do Min. Gil mar Mendes na ADI 3.660, j. 13.03.2008, Plenário, DJE de 09.05.

RECONHEÇA A EXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇAO D~ PAGAR QUANTIA CERTA PELA FAZENDA PUBLICA CPC/2015 Art. 741. "Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: 11- inexigibilidade do titulo. Art. 535. "A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir: 111- inexequibilidade do titulo ou inexigibilidade da obrigação. Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso '11 § 5.0 Para efeito do disposto no inciso 111 do caputdesdo caput deste artigo, considera-se também inexiglvel a obrigavel o título judicial fundado em lei ou ato normativo ção reconhecida em titulo executivo judicial fundado declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou inda lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal terpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Federal como incompatíveis com a Constituição Fe- Tribunal Federal como incompatível com a Constituição deral". Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. § 6.0 No caso doŞ 5.0 , os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurldica. § 7.0 A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 5.0 deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda. § 8.0 Se a decisão referida noŞ 5.0 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal". A previsão estabelecida nos arts. 525, § 12, e 535, § 5.0 (CPC/2015), no tocante à inexigibilidade da obrigação, será verificada se o título estiver fundado em lei que o STF já tenha, anteriormente ao seu trânsito em julgado, declarado inconstitucional (arts. 525, § 14, e 535, § 7.0). O dispositivo em análise estabelece que esse reconhecimento da inconstitucionalidade tenha sido em controle concentrado ou em controle difuso. Devemos alertar que a "contaminação" do título somente será verificada se o reconhecimento prévio da inconstitucionalidade pelo STF tiver sido em controle concentrado ou, se no controle difuso, a execução da lei tiver sido suspensa por resolução do Senado Federal (art. 52, X). Não podemos admitir que a decisão em caso isolado, sem a referida resolução do SF, possa vincular os juízes e tribunais do país (cf. discussão sobre a não aceitação da tese da abstrativização do controle difuso no item 6.6.5). 426 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza Nesse ponto, a análise do Novo CPC merece um destaque: a redação original do projeto de lei encaminhado para o Senado Federal (PL 166/2010) deixava claro que o cabimento dessa tese de impugnação seria possível nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado ou, se no controle difuso, somente se houvesse suspensão da execução da norma por resolução do Senado Federal (anteriores ao trânsito em julgado da decisão exequenda). A redação encaminhada para sanção presidencial decorreu de aprovação de substitutivo da Câmara dos Deputados, votado como destaque em separado na sessão extraordi nária do dia 17.12.2014, em razão dos requerimentos feitos pelos Senadores Eduardo Braga e Humberto Costa (cf. votação no DSF de 18.12.2014, p. 523). Outro ponto nos chama a atenção: no parecer final da Câmara dos Deputado s (PL 6.065/2005 -que produziu o denominado "substitutivo da CO") e que definiu essa redação final que estamos criticando , os Relatores (tanto o Deputado Paulo Teixeira como o Deputado Sérgio Barradas Carneiro), ao analisarem o PL n. 2.066/2007 (que pretendia revogar esse dispositivo que estabelece a inexigibilidade de título fundado em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal), deixavam claro que, no tocante ao controle difuso, o efeito pretendido depender ia de edição da resolução pelo Senado Federal. Assim, sustentamos que, ao se interpretar essa regra de defesa na execução introduzida pelo CPC/2015, somente se admitam esses "embargos rescisórios" se a decisão de inconstitucionalidade anterior pelo STF se der em controle concentrado ou, se em controle difuso, a norma tiver a sua execução suspensa pelo Senado Federal (art. 52, X). Finalmen te, a outra hipótese de defesa (também introduzi da pelo substituti vo da CD, não estando prevista no projeto original do SF) poderá ser apresentada se a decisão que funda a execução tiver sido proferida antes da nova interpretação a ser dada pelo STF. Tanto o art. 525, § 15, como o art. 535, § 8.0 , admitem o cabimento de ação rescisória cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo STF. Nesse ponto, remetemos o leitor para discussão que trouxemos no item 6.7.1.17.4.2, devendo deixar bem claro que, segundo sustentamos, referida ação rescisória (e melhorou ao não mais se falar em "embargos rescisórios") deverá observar o prazo decadencial a partir do trânsito em julgado da decisão individual (e que funda a execução) e somente se o reconhecimento da inconstitucionalidade posterior pelo STF se der em controle concentra do tendo em vista o seu efeito erga omnes e ex tunc- retroativo, a reconhecer a nulidade ab origine do ato normativo que funda a execução (não se admitind o a hipótese de controle difuso, nem mesmo, para essa situação, a edição de resolução do Senado Federal que teria efeito ex nunc e, portanto, não retroativo, não atingindo a decisão anterior e que está servindo de fundamento para a execução impugnada). Para essa última questão, vamos aguardar como o STF interpretará a matéria, lembrando que esse tema está sendo discutido nas ADis 2.418 e 3.740, que têm por objeto os arts. 475-L, § 1.0 , e 741, parágrafo único, do CPC/73 (matéria pendente - cf. item 6.7.1.17.4.3). 6 c Controle de Constitucionalidade 6.Z 1.17.4.4. 427 Aspectos conclusivos: efeito da decisão no plano norma tivo ("Norm ebene ") e no plano do ato singula r ("Einze laktebe ne") media nte a utilização das chamadas fórmul as de preclusão (intere ssante tendên cia aponta da pelo Min. Gilmar Mendes). Perspectiva introdu zida pelo CPC/2015 O efeito vinculante, seja decorrente do controle concentrado (ADI ou ADC), seja, ainda, acrescente-se, em razão da edição de súmula vincula nte, seja em razão de aprovação de Resolução por parte do Senado Federal (neste caso, não se aceitan do a teoria da transcendência no controle difuso - cf. item 6.6.5), produz irá impact o sobre as situações individuais (no caso da Resolução do SF, com efeitos, por regra, não retroativos e, então, somente em relação aos processos que não tenham transitado em julgado). Estando em curso ação individual e sobrevindo decisão em control e concentrado ou edição de súmula vinculante, ou Resolução do SF, o juiz do processo individual, ainda não findo, ficará vinculado, devendo decidir a questão prejudi cial de inconstitucionalidade nos exatos termos do estabelecido no processo coletivo. Isso decorre do efeito vincula nte da decisão. . Sobrevindo decisão do processo individual em desrespeito a ~ntendimento prévio já fixado em controle concentrado de constitucionalidade, com efeito ex tunc, vinculante e erga omnes, ou em desrespeito a súmula vinculante ou a anterior Resolução do Senado Federal, parece razoável sustentarmos a descons tituição da coisa julgada individual (posterior) por ação rescisória e desde que dentro do prazo decadencial de 2 anos, com fundamento no art. 485, IV, CPC/73 (idêntic o ao art. 966, IV, do CPC/2015), por ofensa a coisa julgada anterior (do processo coletivo). Por outro lado, modificando o STF o entendimento da tese jurídica em controle concentrado ou vindo a editar súmula vinculante, eventual sentenç a individual transitada em julgado (lembrando que se estiver pendente de recurso o tribunal estaria também vinculado ao novo posicionamento) caracterizar-se-á como sentenç a individ ual inconstitucional. Nesse caso, só se poderia pensar em desconstituição da coisa julgada individual anterior por meio de rescisória, tendo por fundam ento o art. 485, V, do CPC/73 (correspondente ao art. 966, V, CPC/2015) e se afastand o a regra fixada na S. 343/STF somente se a controvérsia for de naturez a constitucional, à luz do princípio da força normativa da Constituição e do STF na condição de seu intérprete final. Para esta hipótese, contudo, a rescisória deve, necessariamente, respeitar o prazo decadencial de 2 anos, que deverá ser contado do trânsito em julgado da sentença individual, e não a partir da nova posição do STF, sob pena de se caracterizar uma indesejável perpetuação da "Espad a de Dâmoc les" e violação aos princípios constitucionais da segura nça jurídic a e da autorid ade das decisões do Poder Judiciá rio (o tema precisa ser analisado pelo STF à luz do CPC/2015, conform e destacado nos itens anteriores - pendente). Em outro sentido, havendo ato singular individual anterior, além do prazo decadencial de 2 anos, com a ressalva da matéria penal (revisão crimina l), a coisa julgada individual deverá ser respeitada e o sistema terá de convive r com as sentenças contraditórias. 428 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza Ilustramos com interessante voto do Min. Gilmar Mendes: "EMENTA: Além disso, acentue-se, desde logo, que. no direito brasileiro, jamais se aceitou a ideia de que a nulidade da lei importaria na eventual nulidade de todos os atos que com base nela viessem a ser praticados. Embora a c-rdem jurídica brasileira não disponha de preceitos semelhantes aos constantes do § 79 da Lei do Bundesverfassungsgericht, que prescreve a intangibilidade dos atos não mais suscetíveis de impugnação, não se deve supor que a declaração de nulidade afete, entre nós, todos os atos praticados com fundamento na lei inconstitucional. É verdade que o nosso ordenamento não contém regra expressa sobre o assunto, aceitando-se, genericamente, a ideia de que o ato fundado em lei inconstitucional está eivado, igualmente, de iliceidade (cf., a propósito, RMS 17.976, Rei. Amaral Santos, RTJ 55, ?· 744). Concede-se, porém, proteção ao ato singular, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no plano normativo (Normebene) e no plano do ato singular (Einzelaktebene) mediante a utilização das chamadas fórmulas de preclusão (cf. lpsen, Jiirn, Rechtsfolgen der Ve1:tässungswidrigkeit von Nonn und Einzelakt, Baden-Baden, 1980, p. 266 e s. Ver, também, Mendes, Gilmar, Jurisdição constitucional, 5." ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 334)" (RE 217.141-AgR, voto do Min. Gilmar Mendes, j. 13.06.2006, Dfde 04.08.2006). Fora dessa hipótese, a desconstituição da coisa julgada só poderá ter por fundamento a colisão com outros valores constitucionais, situação essa verificada à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e se o magistrado entender que o princípio da segurança jurídica deva ser afastado, e em situações excepcionalíssimas. CUIDADO: em decisão extremamente relevante, o STF aplicou a técnica da ponderação mesmo depois de findo o prazo da ação rescisória. Tratava-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido pelo TJDFT que acolheu preliminar de coisa julgada e determinou a extinção de nova ação de investigação de paternidade proposta em razão da agora viabilidade de realização do exame de DNA, tendo em vista que a questão já estava decidida havia mais de 10 anos! À época, o recorrente, representado por sua genitora, ingressou com ação de investigação de paternidade, cumulada com alimentos, que foi julgada improcedente, por insuficiência de provas. Sustentaram que o recorrente, no primeiro julgamento, não tinha condições financeiras de custear o exame de DNA. Com a promulgação da Lei Distrital n. 1.097/96, o Poder Público passou a custear o referido exame. No caso concreto, em situação excepcionalíssima, o STF afastou a alegação de segurança jurídica para fazer valer o direito fundamental que toda pessoa tem de conhecer as suas origens (pl"incípio da busca da identidade genética), especialmente se, à época da decisão que se procura rescindir, não se pôde fazer o exame de DNA. A decisão foi tomada, em 02.06.2011, por 7 x 2, no julgamento do RE 363.889, concedendo ao recorrente o direito de voltar a pleitear, perante o suposto pai, a realização do exame de DNA, tendo em vista que, na primeira decisão, embora beneficiária da assistência judiciária, a recorrente não podia arcar com as custas para a sua realização: 6 ll Controle de Constituc ionalidade 429 ade da "EMENT A: (...). L É dotada de repercuss ão geral a matéria atinente à possibilid idêntipropositura de ação de investigação de paternida de, quando anterior demanda da ca, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão e DNA de exame o realizar para as econômic condições de parte interessada não dispor coisa a da relativiza ser Deve 2. prova. dessa produção a custeado ter o Estado não foi posjulgada estabelec ida em ações de investigação de paternida de em que não em partes, as unir a genético sível determin ar-se a efetiva existência de vínculo fornecer pode que prova de meio DNA, de exame do decorrên cia da não realizaçã o ser imseguranç a quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem da busca à tal fundamen postos óbices de natureza processual ao exercício do direito ser, um de dade personali de direito do identidad e genética, como natural emanação de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdad e entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternida de responsável" (RE 363.889, Rei. Min. Dias Toffoli, Plenário, j. 02.06.2011, DJE de 16.12.2011). 5. Sobre esse tema, devemos destacar uma novidade introduz ida pelo CPC/201 de o cabiment de explícita De acordo com o art. 966, VII, como nova previsão a ação rescisória, a decisão de mérito, transitada em julgado, poderá ser rescindid exiscuja nova prova julgado, em quando obtiver o autor, posteriormente ao trânsito r tência ignorava ou de que não 'pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegura pronunciamento favorável. 0 a Nesse caso, em que não, conforme art. 975, § 2. , o termo inicial do prazo será do contado anos, 5 de máximo data de descober ta da prova nova, observado o prazo trânsito em julgado da última decisão proferida no processo. Pedido ,de cautelar (ADI genérica) O art. 102, I, "p", da CF/88 estabelece que cabe ao STF processar e julgar, originariam ente, o pedido de cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade. de De acordo com o caput do art. 10 da Lei n. 9.868/99, salvo no período maioria da 207 decisão por a recesso, a medida cautelar na ação direta será concedid r,~: 207 6.7.1.17.5. e para apreIsso significa que, no período do recesso, o Presidente do Tribunal será o competent do Tribuciar a medida cautelar. Mas, como salientou o Ministro Carlos Velloso, "... o presidente em caso fazê-lo deverá somente cautelar, de pedido o despachar para e nal, no recesso, competent to de direito". É de efetiva necessidad e, vale dizer, na ocorrência da possibilid ade de perecimen o pedido de cautedurante as férias seria também possível despachar e, se for o caso, conceder do Supremo Interno Regimento o apresenta: se questão outra ... " Ministro, lar? Segundo o ilustre são atribuições do Tribunal Federal distingue recesso de férias. Estabelece o art. 13, VIII, que E mais: o art. Presidente decidir, nos períodos de recesso ou de férias, pedido de medida cautelar. em dois divide-se Tribunal no judiciário ano 'o que dispõe Interno Regimento 78 do mencionado conceitua o recesso: períodos, recaindo as férias em janeiro e julho'. O§ r.• do mencionado art. 78 e r.• de ja'Constitue m recesso os feriados forenses compreendidos entre os dias 20 de dezembro art. 13, susdo VIII inciso no disposto do prejuízo 'Sem que, 2.• § o Acrescenta neiro, inclusive'. novamente se refere pendem-se os trabalhos do Tribunal durante o recesso e as férias, .. .'. E o § 3." durante as féao recesso e às férias: 'Os Ministros indicarão seu endereço para eventual convocação prescrever, ao recesso, de período o ressalva sommte 10.11.99, de 9.868, Lei a Ora, rias ou recesso'. 430 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza absoluta (6 Ministros) dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22 (quorum de instalação da sessão de julgamento com pelo menos 8 Ministros dos 11), após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 dias, dispensada essa audiência em caso de excepcional urgência, hipótese em que o Tribunal poderá deferir a medida cautelar (art. 10, § 3_0). Julgando indispensável, o relator ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de 3 dias, sendo facultada a sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma do Regimento do Tribunal (art. 10, §§ l.o e 2. Desde que presentes os requisitos do periculum in mora e do fumus boni iuris, poderá ser concedida a liminar, suspendendo a eficácia do ato normativo. E quais seriam os efeitos da concessão da medida cautelar? De acordo com os §§ 1.0 e 2.0 do art. 11 da Lei n. 9.868/99, em total consonância com o posicionamento do STF, a concessão da medida cautelar terá eficácia contra todos (erga omnes) e efeito ex nunc, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa (ex tunc). No julgamento de questão de ordem em agravo regimental interposto na Rcll.880, o STF, por maioria, reservou-se para examinar, quando necessário para o julgamento da causa, a questão sobre a extensão do efeito vinculante às medidas liminares em ação direta de inconstitucionalidade (cf. lnf 289/STF, de 04 a 08.11.2002). A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário. Ainda, de acordo com o art. 12 da Lei, hav~ndo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de 10 dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de 5 dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação. E quais seriam os efeitos do indeferimento da medida cautelar? O STF, revendo posição anterior, definiu que o indeferimento da cautelar não significa a confirmação da constitucionalidade da lei com efeito vinculante. Portanto, na medida em que não se poderá sustentar o efeito vinculante da decisão de indeferimento, conforme anotou o STF, "não se admite reclamação contra decisão que, em ação direta de inconstitucionalidade, indefere, sob qualquer que seja o fundamento, pedido de liminar" (Rei 3.458-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 29.10.2007, DJE de 23.11.2007). Nesse sentido, se algum juiz em sede de controle 0). conforme vimos, que, 'Salvo no período de recesso, ... '. É dizer, a Lei 9.868, de 1999, art. 10, somente permite a concessão da medida cautelar, pelo presidente do Tribunal, no período de recesso do Tribunal. Admito que, ocorrente, durante as férias, em ação direta, a possibilidade de perecimento do direito, será lfcito ao presidente despachar o pedido e concedê-la, se for o caso. Fora daí, entretanto, não me parece possível, tendo em consideração o art. 10 da Lei 9.868/99 e os dispositivos regimentais indicados, que distinguem período de recesso de período de férias" (ADI-2.380/DF, Rei. Min. Carlos Velloso, DJ de 07.02.2001, p. 13). 6 c Controle de Comtitucio nalidade 431 difuso afastar a apli:ação da lei, declarando-a inconstitucional de modo incidental, contra essa decisão não caberá reclamação. Reclamação para a garantia da autoridad e da decisão do STF: paradigma de or.:Jem objetiva (ADI genérica e súmula vinculante) 6.7.1.18.1. Regras gerais A fim de garantir a autoridad e da decisão proferida pelo STF, em sede de controle concentraé.o de constitucionalidade, a Excelsa Corte reconhece o ajuizamento de reclamaçã o, nos termos do art. 102, I, "I" (competência originária do STF), desde que o ato judi:ial que se alega tenha desrespeitado sua decisão não tenha transitado em julgado (S. 734/STF, 26.11.2003). Ainda, a partir ja EC n. 45/2004 (Reforma do Poder Judiciário), admite-se o instituto da reclamação para resguardar a correta aplicação das súmulas vinculant es (art. 103-A, § 3.0 , C?l88). Dessa forma, cJnforme entende o STF, "para que seja admitido o seu manejo, a ·decisão da Suprema Corte, cuja autoridade venha a estar comprometida, deve ser revestida de efeito vinculante e eficácia erga omnes", não se admitindo paradigma de ordem subjetiva (Min. Dias Toffoli, Rcl14.8JO-AgR, j. 23.05.2013). 208 : Conforme sustentamos, a previsão de efeito vinculante a abrir o caminho diretamente ao STF tem qLe estar explícita na Constitui ção Federal, seja em sua redação originária (decisões em controle concentrado), seja em razão de emenda à Constituição (súmulas vinculantes), não podendo haver ampliação por lei infraconstitucional. Por isso, algum.ts novidades introduzidas pelo CPC/2015 são inconstitu cionais. Conforme dis~.fomos, muito embora se reconheça a eficácia expansiva das decisões mesmo quando tomadas em controvérsias concretas e individuais, há que se dar uma interpreta ção estrita para o cabimento da reclamaçã o constituci onal, sob pena de transformar o STF em Corte de revisão, em órgão recursal, tendo em vista a criação de um inadmissível (porque inconstitu cional) atalho processual ou, ainda, um acesso per saltum à Suprema Corte em combatida supressão de instância (cf. item 6.6.5.2). E quais os legitimad os para a sua propositura? 6.7.1.18. 208 l "Não se revela admi! 6.7.4.5. Legitimidade (ADO) Os legitimados para a propositura da ADO são os mesmos da ADI genérica, ou seja, o rol previsto no art. I03, corri a:s peculiaridades já apontadas em relação à pertinência temática. A Lei n. 12.063/2009 ratificou esse posicionamento, não havendo mais qualquer dúvida sobre a questão. m 6.7.4.6. Natureza jurídica dos legitimados (ADO) Conforme anota o Min. Gilmar Mendes, assim como acontece na ADI genérica, o processo de cor.trole na ADO tem por escopo a "defesa da ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis. Não se destina, pela própria índole, à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas, mas visa precipuamente à defesa da ordem jurídica". Os legitimados agem como "advogados do Interesse Público ou, para usar a expressão de Kelsen, como advogados da Constituição". Utilizando a denominação de Triepel, tem-se "típico processo objetivo" (voto na ADI 3.682). 6.7.4.7. Procedimento (ADO) O procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) é praticamente o mesmo da ADI genérica, com algumas peculiaridades. Nos termos do art. 12-B da Lei n. 9.868/99, a petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, se for o caso, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias dos documentos necessários para comprovar a alegação de omissão e indicará: (::i ma omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa; ü'l o pedido, com suas especificações. A petição inicial inepta, não fundamentada, e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator, cabendo agravo da referida decisão. 452 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza Lembramos que, de acordo com o CPC/2015, com vacatio legis de um ano a contar da data de sua publicação oficial (art. 1.045), previsto nos arts. 994, III, e 1.021, contra a decisão monocrática do Relator caberá o recurso de agravo interno para o Pleno do STF. A novidade é que, por força da regra explícita do art. 1.070 e da previsão geral fixada no art. 1.003, § 5.0 , o prazo para a interposição desse recurso, bem corno para responder-lhe (art. 1.021, § 2.0), passa a ser de 15 dias (e não mais de 5), devendo a contagem, pela regra geral do art. 219 do Novo CPC/2015, dar-se em dias úteis. Proposta a ação, não se admitirá desistência, devendo ser, no que couber, aplicadas as disposições constantes da Seção I do Capítulo 11 da Lei n. 9.868/99. Os legitimados constantes do art. 103 da CF/88 poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais. Modificando o entendimento do STF/ 31 a lei passou a estabelecer que o relator poderá solicitar a manifestação do AGU, cujo encaminhamento deverá ser feito no prazo de 15 dias. O Procurador-Geral da República, nas ações em que_ não for autor, terá vista do processo, por 15 dias, após o decurso do prazo para informações. Finalmente, segundo Clemerson Merlin Cleve, "não há prazo para a propositura da ação. É evidente, entretanto, que sem o transcurso de um prazo razoável, aferível caso a caso, não haverá omissão inconstitucional censurável, mas sim mera lacuna técnica (omissão constitucional e omissão constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade)". 232 ';.J 6.7.4.8. Medida cautelar (ADO) Nesse ponto, a Lei n. 12.063/2009 inovou a matéria, passando a admitir medida cautelar em ADO. Segundo o art. 12-F da Lei n. 9.868/99, em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o STF, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22 (quorum de instalação da sessão de julgamento com no mínimo 8 Ministros), poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 dias. 233 231 232 233 Esse entendimento superado da jurisprudência do STF pode ser verificado, por exemplo, no julgamento daAD/1.439-MC, voto do Rei. Min. Celso de Mello,j. 22.05.1996, Plenário, DJ de 30.05.2003. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 230. Dentro de uma idei a de poder geral de cautela, destacamos interessante decisão do Min. Dias Toffoli, concedendo medida cautelar monocraticamente, ad referendum do Plenário, de modo excepcional, diante da relevância da matéria e da gravidade do quadro narrado, bem como da proximidade do recesso da Corte (cf. ADO 24-MC, j. 1.0 .07.2013), fixando prazo de 120 dias para que o Congresso Nacional edite a lei prevista no art. 27 da EC n. 19/98 - lei de defesa do usuário de serviços públicos). Em igual sentido, também concedendo medida cautelar monocraticamente, cf. ADO 23-MC, j. 24.01.2013, Min. Ricardo Lewandowski. I I 6 a Controle de Constitucionalidade ---------- 453 A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionad o, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimen tos administrat ivos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal. O relator, julgando indispensável, ouvirá o Procurador-Geral da República, no prazo de 3 dias. No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela omissão inconstitucional, na forma do previsto no Regimento do Tribunal. Concedida a medida cautelar, o STF fará publicar, em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União, a parte dispositiva da decisão no prazo de 10 dias, devendo solicitar as informações à autoridade ou ao órgão responsável pela omissão inconstitucional, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I do Capítulo 11 da Lei n. 9.868/99. :;;;;, 6.7.4.9. Efeitos da decisão (ADO) Declarada a inconstitucionalidade, indagamos se o STF (Poder Judiciário) poderia elaborar a lei, para suprir a omissão. 0 Em respeito ao princípio da tripartição dos Poderes, insculpido no art. 2. da almenCF/88, não é permitido ao Judiciário legislar (salvo nas hipóteses constitucion te previstas, como a elaboração de seu Regimento Interno). 0 O art. 103, § 2. , estabelece efeitos diversos para o poder competente e para o órgão administra tivo: D poder competente : será dada ciência ao poder competente, não tendo sido fixado qualquer prazo para a adoção das providências necessárias; a órgão administrat ivo: deverá suprir a omissão da medida 0no prazo de 30 dias, sob pena de responsabilidade, ou, na dicção do art. 12-H, § L , da Lei n. 9.868199, em prazo razoável a ser estipulado excepciona lmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstânc ias específicas do caso e o interesse público envolvido. 0 Neste ponto, o art. 103, § 2. , poderia ser interpretado de duas maneiras: a) ou o prazo foi estabelecido apenas para o órgão administrativo, não podendo o STF fixar prazo para o Legislativo ou outro Poder omisso; b) ou o prazo pode ser fixado pelo Judiciário tanto para o órgão administrativo como para o Legislativo ou outro órgão omisso. Porém, se estabelecido para o órgão administrativo, deverá ser dentro de 30 0 dias e, agora, nos termos do art. 12-H, § L , da Lei n. 9.868/99, em prazo razoável a ser estipulado excepciona lmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstânc ias específicas do caso e o interesse público envolvido. Nesse sentido, o Min. Carlos Britto, no julgamento da ADO 3.682, observou, acompanha ndo o voto do Min. relator: "diferentemente da Constituição portuguesa, a nossa não se limitou a cuidar da ADI por omissão de medida legislativa; foi além. Quando a nossa Constituiçã o falou em dar ciência ao poder competente, claro que 454 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza mais de um poder, não só ao Poder Legislativo, apenas a Constituição avançou o comando de que, em se tratando de órgão administrativo, esse prazo seria de trinta dias, mas sem com isso excluir a possibilidade de se fixar um prazo, logicamente, maior para o Poder Legislativo" (grifamos). O tema, nessa linha, foi amplamente revisto pelo STF no precedente citado (e de indispensável leitura para as provas e concursos), no qual se discutiu a inércia do legislador em elaborar a LC federal, prevista nos termos do art. 18, § 4.0 , na redação dada pela EC n. 15/96, fixando o procedimento de criação dos novos Municípios (cf. item 7.6.1). Como se sabe, a EC n. 15/96, alterando a redação do art. 18, § 4. foi publicada em 13.09.1996. Apesar de fazer quase 20 anos, a lei complementar federal ainda não é uma realidade, mostrando-se, portanto, flagrante a omissão. (Lembramos que, apesar de ter o Congresso Nacional aprovado projeto de lei complementar disciplinando a matéria, este foi vetado pela Presidente da República Dilma Rousseff mais de uma vez. O último, nos mesmos termos de veto anterior, de acordo com a mensagem n. 250/2014, teve por fundamento o dito interesse público: ','depreende-se que haverá aumento de despesas com as novas estruturas municipais sem que haja a correspondente geração de novas receitas"). · O Min. Relator, Gilmar Mendes, no julgamento da citada ADO 3.682, à época antes da aprovação dos mencionados projetos de lei (que, aliás, como visto, foram todos vetados), estabeleceu: "... apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4.0 , da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucioJial quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementa r em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestame nte negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A inertia deliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4.0 , da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal". Pelo que se observa do voto do Min. Gilmar Mendes, no direito alemão, com o objetivo de afastar as omissões legislativas, várias técnicas surgiram, como aquela que declara a inconstitucio nalidade sem pronúncia de nulidade (Unvereinbarerlii.rung), ou aquela de apelo ao legislador (Appellentschedung), esta última "... decisão na qual se afirma que a situação jurídica em apreço ainda se afigura constitucional, devendo o legislador empreender as medidas requeridas para evitar a consolidação de um estado de inconstitucionalidade", tudo para se evitar uma inconcebível situação de "autêntico caos jurídico". E conclui: "o princípio do Estado de Direito (art. 1.0), a cláusula que assegura a imediata aplicação dos direitos fundamentais (art. 5.0 , § 1.0) e o disposto no art. 5.0 , LXXI, que, ao conceder o mandado de injunção para garantir os direitos e liberdades 0 , 6 o Controle de Constitucionalidade 455 constitucionais, impõe ao legislador o dever de agir para a concretização desses direitos, exigem ação imediata para eliminar o estado de inconstitucionalidade". Assim, a ação foi julgada "... procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4. da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI n. 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios" (ADO 3.682, Rei. Min. Gilmar Mendes, j. 09.05.2007, DJ de 06.09.2007). Muito embora a ementa acima reproduzida não indique o caráter coercitivo da decisão do STF ("não se trata de impor um jJrazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável"}, a leitura do acórdão234 e suas discussões finais nos dava a ideia de que, em razão do caráter mandamen tal da decisão, o Congresso Nacional teria de legislar dentro de tal período de 18 meses, prazo, inclusive, fixado no dispositivo do acórdão. Em não elaborando a lei, dado o caráter mandamental, consequências processuais poderiam decorrer e, ainda, parece-nos que se poderiam aplicar, por analogia, o art. 64 e seus parágrafos (CF/88), com a ideia de travamento de pauta, ou, quem sabe, diante da evolução da jurisprudência do STF no controle das omissões legislativas (MI 712- cf. item 14.1 1.5.4), o suprimento da omissão pelo próprio STF. Questionando os efeitos práticos da ADO 3.682, em 11.09.2008, o Presidente da Câmara dos Deputados encaminhou o Ofício n. 107312008/SGM/P, de 02.09.2008, ao Presidente do STF, dizendo não ter tomado conhecimento de decisão que "obrigasse" o Parlamento a elaborar a LC, assim como alertando sobre o risco de a decisão do STF violar o princípio da separação de Poderes (art. 2.0 da CF/88), caso fosse realmente impositiva a decisão proferida. Cabe notar, contudo, que, restringindo nossa opinião, o Min. Presidente do STF determinou, em 12.09.2008, por meio do Ofício n. 346/GP, fosse oficiado o Presidente da Câmara dos Deputados, encaminhando o inteiro teor do acórdão de fls. 132-187, e esclareceu: "não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinad o pelo Tribunal nas ADI 0 , 234 O acórdão pode ser encontrado no sile do STF (http:/lwww.stfJus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp), digitando o número 3682; aguardamos as observações e comentários de nossos ilustres leitores para saber qual a melhor interpretação a que chegaram (. br), apesar do esclarecimento, em 12.09.2008, pelo Ministro Gil mar Mendes, por meio de Ofício ao Presidente da CD, no sentido de se tratar de apelo, fixando-se um parâmetrÓ temporal razoável. 456 Direito Constitu cional Esquematizado® Pedro Lenza ns. 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estadua is que criam municíp ios ou alteram seus limites territor iais continu em vigendo , até que a lei comple mentar federal seja promul gada contem plando as realidad es desses municípios". Deixou claro, no entanto, que findo o prazo de 24 meses e não resolvid a a situação dos Municípios criados violando a regra contida no art. 18, § 4.0 , eles desapar eceriam, restabelecendo a situação anterior. Para tentar resolver esse impasse, o CN promulgou a EC n. 57/2008 , que acrescentou o art. 96 ao ADCT: "ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respecti vo Estado à época de sua criação". Percebe-se que referida EC busca convalidar o vício formal de todas as leis estaduais que criaram Municípios sem a observância do art. 18, § 4.0 , "constit ucionalizando", de maneira ilegítim a, leis que nasceram inconstitucionais. Parece-nos bem complicado aceitar que Municípios que foram criados, alguns até, por exemplo, sem o plebiscito adequado, sem um rigoroso estudo de viabilidade, sejam convalidados por emenda constitucional em um "gritante" e imoral mecanismo de constitu cionalid ade superve niente. Em nosso entender, a EC foi contra a decisão do STF que fazia um "apelo" para se elaborar a lei complementar e, uma vez elabor

natureza municipal contrariarem os principias sensiveis previstos na CE, buscar-se-á a soluç3o administrativa c Não sendo o caso, nem o de arquivamento, serão solicitadas informações às autoridades municipais responsáveis e ouvido o PGJ, sendo, •ntão, o pedido relatado e levado a julga11ento [lJulgado p~:edente o pedido (quorum do art. 97, maioria absoluta), o Presidente do TJ imediatamente comunicará a decisão aos órgãos do Poder Público interessados e requisitará a intervenção ao Governador do Estado, que, por se tratar de "requisição", e não mera soli:itação, não poderá descumprir a ordem mandamental, sob pena de cometimento t3nto de crime comum como de responsabilidade, inaugurando-se, assim, a fase 2 do pro:edimento Fase 2 -"Intervenção Branda" C O Presidente da República, nos termos do art. 36, § 3. 0 , por meio de decreto, limi- DECRETO DO EXECUTIVO tar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar para orestabelecimento da normalidade c Nessa fase, está dispensada a apreciação pelo Congresso Nacional (controle politico) c O Governador do Estado, nos termos do art. 36, § 3. 0 , por meio de decreto, limitar-se-á a suspo::nder a execução do ato impugnado, se essa medida bastar para orestabelecímen:o da normalidade c Nessa fase, está dispensada a apreciação pela Assembleia Legislativa (controle político) Fase 3- "Intervenção Efetiva" DECRETO DO EXECUTIVO E CONTROLE POL(TICO lll Caso a medida de mera suspensão não seja suficiente para o restabelecimento da normalidade, ai, sim, o Presidente da República decretará a efetiva intervenção no Estado ou no DF, executando-a com a nomeação de interventor, se for o caso, e afastando as autoridades responsáveis de seus cargos (art. 84, X, da CF/88) c Nesse caso de intervenção efetiva, haverá controle político pelo Congresso Nacional no prazo de 24 horas a contar do decreto interventivo. Se o Congresso Nacional não estiver funcionando, far-se-á convoca- ção extraordinária c Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo impedimento legal 1!1 Caso a medida de mera suspensão não seja suficiente para o restabelecimento da normalidade. ai, sim, o Governador do Estado decretará a efetiva intervenção no Município, executando-a com a nomeação de interventor, se for o caso, e afastando as autoridades responsáveis de seus cargos (art. 84, X, da CF/88) m Nesse caso de intervenção efetiva, haverá controle poli:ico pela Assembleia legislativa no prazo de 24 horas a contar do decreto interventivo. Se a Assembleia legislativa não estiver funcionando, far-se-á convoca- ção extraordinária c Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, ;alvo impedimento legal T 6 " Controle de Constitucionalidade ---------- ---------- ------- • 6.8. 469 CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE NOS ESTADOS-MEMBROS Regras gerais Nos termos do art. 125, § 2.0 , da CF/88, cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão. Nesse sentido, o constituinte consagrou o controle abstrato de constitucionalidade estadual, fixando regras claras: '" 6.8.1. m1 somente leis ou atos normativos estaduais ou municipais poderão ser objeto de controle; Eil apesar de não fixar os legitimados, vedou a atribuição da legitimação para agir a um único órgão; O o órgão competente para o julgamento da ação pela via principal será, exclu" sivamente, o TJ local. 0 Pelo princípio·da simetria, muito embora o art. 125_, § 2. , tenha fixado somente a possibilidade de instituição de representação de inconstitucionalidade (que corresponderia à ADI), parece-nos perfeitamente possível que, desde que respeitadas as regras da CF/88, se implementem os demais meios de controle, 243 especialmente a ADO para combater a inércia do Legislativo estadual. · 6.8.2. Objeto A teor do art. 125, § 2.0 , da CF/88, o controle abstrato estadual terá por objeto exclusivamente leis ou atos normativos estaduais ou municipais. Pode-se afirmar, assim, que o TJ local nunca julgará, em controle concentrado e abstrato, lei federal. Ou, em outras palavras, as leis federais só poderão ser objeto de controle abstrato perante o STF. Ou, ainda, o STF não julgará em ADI lei municipal perante a CF (só por meio de ADPF, como visto, ou, excepcionalmente, nas hipóteses de REde normas de reprodução obrigatória, conforme desenvolvido no item 6.8.6). :;;;; 6.8.3. Competência Somente o TJ local será o órgão competente para, exercendo competência originária, julgar o controle de constitucionalidade abstrato estadual (art. 125, § 2.0). 243 Nesse sentido, cf. Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, Controle de constitucionalidade, 5. ed., p. 157. Manoel Carlos de Almeida Neto, localizando, inclusive, expressa previsão de ADC Municipal positivada, como no art. 101, VII, "f", da Constituição do Paraná e art. 133, 11, "m", da Constituição 0 do Amapá, conclui: "a partir de uma interpretação sistemática do art. 102, I, 'a', c/c o art. 125, § 2. , ambos da Constituição Federal, e tendo em vista o caráter dúplice ou ambivalente da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, concluo ser absolutamente cabível a ADC no âmbito municipal com o objetivo de preservar a presunção de constitucionalidade da lei ou do ato normativo municipal" (0 novo controle de constitucionalidade municipal, p. 157). Pedro Lenza 470 Direito Constitucional Esquematizado® i~ 6.8.4. Legitimados A regra constitucional não especificou os legitimados. Apenas proibiu a atribuição da legitimação para agir a um único órgão. Assim, cabe às Constituições Estaduais a delimitação da regra, e, nesse sentido, como se trata de manifestação do poder constituinte derivado decorrente, deve-se respeitar, pela simetria, o art. 103 da CF/88, consoante o quadro abaixo: c Partido politico com representa· c Partido politico com representa- c ção na Assembleia Legislativa ção no Congresso Nacional c Confederação sindical c Entidade de classe de nacional âmbito c Federação sindical c Entidade de classe Partido politico com representa· ção na Câmara do Município de âmbito estadual A pergunta que surge é se poderia a Constituição Estadual ampliar para Deputados Estaduais, Procurador-Geral do Estado ou do Município, Defensor Público-Geral do Estado, ou ainda por iniciativa popular (ação popular- Popularklage), legitimados que não guardam simetria com o art. 103 (que não fixou legitimação para Deputado Federal ou Senador, ou para o AGU ou Procurador da Fazenda, ou Defensor Público Geral da União etc.). Entendemos que sim, até porque tal previsão prestigiaria a intenção do constituinte de 1988, que foi no sentido de ampliar o rol de legitimados para a propositura deADI. O STF já se manifestou em relação aos Deputados Estaduais: "Legitimação ativa de Deputado Estadual para propor ação direta de inconstitucionalidade de normas 0 locais em face da Constituição do Estado, à vista do art. 125, § 2. , da Constituição Federal. Precedente: ADI 558-9-MC, Pertence, j. 16.08.91, DJ 26.03.93" (RE 261.677, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 06.04.2006, DJ de 15.09.2006). Outrossim, no precedente citado (ADI 558-9-MC), em julgamento de medida cautelar (pendente a apreciação do mérito), o STF entendeu como constitucional o art. 162 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, com o seguinte teor: "Art. 162. A representação de inconstitucionalidade de leis ou de atos normativos estaduais ou municipais, em face desta Constituição, pode ser proposta pelo Governador do Estado, pela Mesa, por Comissão Permanente ou pelos membros da Assembleia Legislativa, pelo Procurador-Geral da Justiça, pelo Procurador-Geral do Estado, 6 c Controle de Constitucion alidade 471 pelo Procurador -Geral da Defensoria Pública, Defensor Público Geral do Estado, por Prefeito Municipal, por Mesa de Câmara de Vereadores, pelo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, por partido político com representação na Assembleia Legislativa ou em Câmara de Vereadores, e por federação sindical ou entidade de classe de âmbito estadual". Assim, amç.Jiar, em âmbito estadual, os parâmetros estabelecidos pelo art. 103, CF/88, parece perfeitamente possível. E restringir, aquém da simetria, caracterizaria afronta à Constituição? Cumprindo a literalidade da regra do art. 125, § 2.0 , deverá ser observada a proibição de se estabelecer a legitimação para agir a um único órgão. Contudo, entendemos conveniente que se faça, ao menos, mas podendo ser ampliada, uma simetria estrita, apesar de o tema ainda não ter sido decidido pelo STF no caso da previsão bastante ampliada prevista no mencionado art. 162 da CE/RJ (ADI 558-9). ·.i> 6.8.5. Parâmetro de controle #' 6.8.5.1. Regras gerais CONTROLE CONCENTRADO POR MEIO DE ADI GENÉRICA STF (ADI) TJ(ADI) objeto: lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital de natureza es:adual objeto: lei ou ato normativo estadual ou municipal e, no âmbito do DF, lei ou ato normativo distrital de natureza estadual ou municipal Regra: o STF não é intérprete originário de lei municipal ou distrital de natureza municipal por meio deADI Regra: o TJ não é intérprete originário de lei federal por meio de ADI estadual ou distrital' parâmetro: CF Lei gânica o DF parâmetro: CEou, perante o DF, Lei Orgânica do DF Regra: a CE ou a Lei Orgânica do DF não podem ser parâmetro de controle para o ajuizamento de ADI originária, já que o STF é o intérprete final da CF X Regra: a CF não pode ser parâmetro de controle para o ajuizamento de ADI originária, já que o TJ é o intérprete final da CE ou, no âmbito distrital, da Lei Orgânica do DF Conforme estudado e sempre tendo em vista a regra fixada no art. 125, § 2.0 , o controle abstrato estadual por meio de ADI só poderá apreciar lei ou ato normativo estadual ou municipal que forem confrontados perante a Constituição Estadual, ou lei ou ato normativo distrital perante a Lei Orgânica do DF. O TJ, assim. só realiza controle abstrato tendo como parâmetro a CE, não podendo ter como parâmetro (controle concentrado e abstrato) a CF e, no caso do DF, tendo por parâmetro a Lei Orgânica do DF. 244 244 "É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, antes e depois de 1988, no sentido de que não cabe a tribunais de justiça estaduais exercer o controle de constitucionalidade de leis e 472 Direito Constitucional Esquemat izado® Pedro Lenz a Por sua vez, o STF só realiza controle concentrado e abstrato, por meio da ADI genérica, tendo como parâmetro a CF, não podendo ter como paradigma de conf ronto a CE ou a Lei Orgânica do DF, já que o STF é o intérprete final da CF. Em relação ao objeto, o TJ só apreciará lei mun icip al ou esta dual (aplicando-se, naturalmente, a regra para o DF, que acumula tanto a competência mun icipal como a estadual), enquanto o STF, apen as lei fede ral cu esta dual (ou distrital de caráter estadual). O TJ, então, não poderá realizar controle concentrado de lei federal, por meio de ADI genérica, seja em face da CE, seja em face da CF. Em igual sentido, o STF não poderá analisar, por meio da ADI genérica, lei municipal em face da CE (ou lei distrital, perante a Lei Orgânica do DF), mas apen as e excepcionalmente a lei municipal (ou distrital de natureza municipal) perante a CF, mas pela ADPF. Vejam que estamos nos referindo ao controle concentrado e em abstrato por meio da ADI genérica. Isso porque, em se tratando de con:role difuso, seria perf eitamente. possível que o TJ (art. 97 - cláu sula de reserva de plenário), pelo Plen o ou Órgão Especial, de ~aneira incidental, apreciasse a constitucionalidade de lei fede ral perante a CF. Mas, percebam, somente no controle difuso. 6.8.5.2. A parametricidade das cláu sulas constitucionais estaduais, de cará ter remissivo, para fins de controle conc entrado, no âmb ito do TJ local Para a definição de competência no julga mento, já vimos, duas questões deverão ser observadas, quais sejam, o objeto da ação e o parâmetro. pauta de refer ência ou paradigma de confronto. iiá Isso quer dizer que uma lei ou ato norm ativo é inconstitucional por violar um parâmetro, que pode ser tanto a CF com o a CE ou a Lei Orgânica do DF. Pois bem, o STF chegou a analisar se o controle em âmbito estadual poderia ter por paradigma de confronto regra cont ida na Constituição de determinado Esta do, que simplesmente remete e reproduz regra idêntica contida na CF. Celso de Mello, com precisão, admite a possibilidade de "... se invocar, com o refe rência ia para digm ático a, para efeit o de controle abstrato de constituciona lidad e de leis ou atos normativos estaduais e/ou municipais, cláu sula de cará ter remi ssivo, que, inscrita na Constituição Estadual , rem ete, diretamente, às regr as norm ativ as cons tant es da próp ria Constituição Fede ral, assim incorporando-as, form alme nte, mediante referida técnica de remissão , ao plano do ordenamento constituciona l do Estado-membro". demais atos normativos municipais em face da Constituição Federal" (ADI 347, Rei. Min. Joaquim Barbosa, j. 20.09.2006, DJ de 20.10 .2006. No mesmo sentido: RE 421.2 56, Rei. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26.09.2006, DJ de 24.11 .2006). 1I 6 c Controle de Constitucionalidade ---------- ---------- ---------- ------- 473 E completa: "com a técnica de remissão normativa, o Estado-membro confere parametricidade às normas, que, embora constantes da Constituição Federal, passam a compor, formalmente, em razão da expressa referência a elas feita, o 'corpus' constitucional dessa unidade política da Federação, o que torna possível erigir-se, como parâmetro de confronto, para os fins a que se refere o art. 125, § 2.0 , da Constituição da República, a própria norma constitucional estadual de conteúdo remissivo" (Rei 10.500, j. 18.10.2010, cf. Inf. 606/STF). 245 '!"· 6.8.5.3. "Simultaneus processus" E as leis estaduais? As leis estaduais, em se tratando de controle concentrado pela via em abstrato, sofrem dupla fiscalização, tanto por meio de ADI no TJ e tendo como parâmetro a CE como perante o STF e tendo como parâmetro a CF. Isso significa que a mesma lei estadual poderá ser objeto de controle concentrado no TJ e no STF. Se isso acontecer, estaremos diante do fenômeno da simultaneidade de ações diretas de inconstitucionalidade, também denominado si'!ultaneus processus. Nessa situação, em sendo o n;~esmo objeto (vale dizer, a mesma lei estadual), assim como o parâmetro estadual de confronto, norma de reprodução obrigatória prevista na Constituição Federal, o controle estadual deverá ficar suspenso (em razão da causa de suspensão prejudicial do referido processo), aguardando o resultado do controle federal, já que o STF é o intérprete máximo da Constituição. Confira: "EMENTA: Ajuizamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade tanto perante o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, 'a') quanto perante Tribunal de Justiça Local (CF, art. 125, § 2. Processos de fiscalização concentrada nos quais se impugna o mesmo diploma normativo emanado de Estado-membro, não obstante contestado, perante o Tribunal de Justiça, em face de princípios, que, inscritos na carta política local, revelam-se impregnados de predominante coeficiente de federalidade (RTJ 147/404RTJ 152/371-373). Ocorrência de 'simultaneus processus'. Hipótese de suspensão prejudicial do processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Tribunal de Justiça local. Necessidade de se aguardar, em tal caso, a conclusão, pelo Supremo Tribunal Federal, do julgamento da Ação Direta. Doutrina. Precedentes (STF)". 0). Nesse sentido, continua o Min. Celso de Mello, "a instauração do processo de fiscalização normativa abstrata, perante o Supremo Tribunal Federal, em que se postule a invalidação de legislação editada por Estado-membro, questionada em face da Constituição da República (CF, art. 102, I, a), qualifica-se como causa de suspensão prejudicial do processo de controle concentrado de constitucionalidade, que, promovido perante o Tribunal de Justiça local (CF, art. 125, § 2.0), tenha, por objeto de impugnação, os mesmos atos normativos emanados do Estado-membro, contestados, porém, em 245 Em sede doutrinária, sustentando a parametricidade das cláusulas constitucionais estaduais de caráter remissivo, cf. Manoel Carlos de Almeida Neto, O novo controle de constitucionalidade municipal, p. 141. 474 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza face da Constituição Estadual (...). Tal entendimento, no entanto, há de ser observado sempre que tal impugnação - deduzida perante a Corte Judiciária local - invocar, como parâmetro de controle, princípios inscritos na Carta Política local impregnados de predominante coeficiente de federalidade, tal como ocorre com os postulados de reprodução necessária constantes da própria Constituição da República (RTJ 147/404- RTJ 152/371-373, v.g.)" (ADI 4.138, j. 11.12.2009, cf. lnf 573/STF). Verificado o fenômeno do simultaneus processus, as seguintes hipóteses poderão surgir a partir da decisão a ser proferida pelo STF: D STF declara inconstitucional a lei estadual perante a CF- a ADI estadual perderá o seu objeto, não mais produzindo a lei efeitos no referido Estado; 246 O STF declara constitucional a lei estadual perante a CF - o TJ poderá prosseguir o julgamento da ADI da lei estadual diante da CE, pois, perante a Constituição Estadual, a referida lei poderá ser incompatível (mas, naturalmente, desde que seja por fundamento diverso). Vamos imaginar agora que a ação seja proposta perante o TJ estadual e que este julgue a ação que transita em julgado. Poderá no futuro a mesma lei ser examinada ein controle abstrato perante o STF e tendo como parâmetro a CF? Duas são as hipóteses: D TJ declara previamente a lei estadual constitucional- naturalmente, para essa hipótese, não se tratará de simultaneidade. Assim, em sendo no futuro ajuizada a ADI perante o STF, tendo por objeto a mesma lei estadual, o STF poderá reconhecê-la como inconstitucional diante da CF. Como o STF é o intérprete máximo da constitucionalidade das leis e o responsável por apontar a força normativa da Constituição, a nova decisão do STF prevalecerá inclusive sobre a coisa julgada estadual; D TJ declara previamente a lei estadual inconstitucional- entendemos que não haveria mais sentido falar em controle perante o STF, já que a lei estadual foi retirada do ordenamento jurídico. 6.8.6. A utilização do recurso extraordinário no controle concentrado e em abstrato estadual De modo geral, da decisão do TJ local em controle abstrato (ADI) de lei estadual ou municipal diante da CE não cabe recurso para o STF, já que o STF é o intérprete máximo de lei (federal, estadual ou distrital de natureza estadual) perante a CF, e não perante a CE. 246 "Coexistência de jurisdições constitucionais estaduais e federal. Propositura simultânea de ADI contra lei estadual perante o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Justiça. Suspensão do processo no âmbito da justiça estadual, até a deliberação definitiva desta Corte. Precedentes. Declaração de inconstitucionalidade, por esta Corte, de artigos da lei estadual. Arguição pertinente à mesma norma requerida perante a Corte estadual. Perda de objeto" (Pet 2.701-AgR, Rei. p/ acórdão Min. Gil mar Mendes, j. 08.10.2003, DJ de 19.03.2004). 6 c Controle de Constitucionalidade 475 Excepcionalmente, contudo, pode surgir situação em que o parâmetro da CE nada mais seja que uma norma de observância obrigatória ou compulsória pelos Estados-Mem bros (norma de reprodução obrigatória). Nesse caso, se a lei estadual, ou mesmo a municipal, viola a CE, no fundo, pode ser que ela esteja, também, violando a CF. Como o TJ não tem essa atribuição de análise, buscando evitar a situação de o TJ usurpar competência do STF (o intérprete máximo da Constituição), abre-se a possibilidade de se interpor recurso extraordinário contra o acórdão do TJ em controle abstrato estadual para que o STF diga, então, qual a interpretação da lei estadual ou municipal perante a CF. Trata-se, pois, de utilização de recurso típico do controle difuso (pela via incidental) no controle concentrado e em abstrato estadual. O recurso extraordinário será um simples mecanismo de se levar ao STF a análise da matéria. Assim, a decisão do STF nesse específico recurso extraordinário produzirá os mesmos efeitos da ADI, ou seja, por regra, erga omnes, ex tunc e vinculante, podendo o STF, naturalmente, nos termos do art. 27 da Lei n. 9.868/99, modular os efeitos da decisão: Portanto, não se aplicará a regra do art. 52, X, não tendo o Senado Federal qualquer participação. Desse modo, e tomem cuidado com essa constatação, surgirá a possibilidade de o STF analisar a constitucionalidade de lei municipal perante a CF e com efeitos erga omnes, se na análise inicial do controle abstrato estadual a lei municipal foi confrontada em relação à norma da CEde reprodução obrigatória e compulsória da CF. Nesse sentido, confiram os julgados abaixo: "Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-membros. Admissão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta" (Rei 383, Rei. Min. Moreira Alves, j. 11.06.1992, DJ de 21.05.1993). " ... o Tribunal, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Min. Moreira Alves, entendeu que a decisão tomada em recurso extraordinário interposto contra acórdão de Tribunal de Justiça em representação de inconstitucionalidade de lei municipal frente à Constituição Estadual (CF, art. 125, § 2.") tem eficácia erga omnes, por se tratar de controle concentrado ainda que a via do recurso extraordinário seja própria do controle difuso, eficácia essa que se estende a todo o território nacional" (RE 187.142RJ, Rei. Min. limar Galvão, j. 13.08.1998, lnf. 118/STF). Dentre outros exemplos, destacamos, ainda, o RE 199.281 e a ADI 1.268. • 6.9. QUADR O COMPARATIVO DO SISTEMA JURISDICIONAL MISTO DE CONTROLE POSTERIOR OU REPRESSIVO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL c Qualquer lei ou ato c Qualquer juízo ou de indiscutfvel caráter Tribunal normativo, contrário à Constituição (via de lJ Qualquer pessoa fí- sica ou jurfdica, no caso concreto c Possível, seguindo-se as regras processuais exceção ou defesa - declaração de inconstitucionali dade inciControle difusoatos normativo s c Juízo monocráti co: o próprio juiz, de modo incidental lJ Juízo colegiado (Tribunal): art. 97 da CF, maioria absoluta (dos membros do Tribunal denter tantum) ou órgão Especial, de acordo com o Regimento Interno) c Para as partes: inter partes e ex tunc, já tendo o STF admitido efeito ex nunc e pro futuro- cf. RE 197.917, Inf. 341/STF c Para terceiros (art. 52, X): suspensão da execução da lei pelo Senado Federal através de resolução: erga omnes e ex nunc c Controle difusoomissõe smandado de injunção individual ou coletivo (virlP capítulo sobre remédios constituci onais) . c Falta de medida regu. lamentado ra de artigo da Constituição de eficácia limitada, prescrevendo direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes . à nacionalidade, à soberania e à cidadania Transcendência: não. Cf. Rei. 4.335/AC e discussão no item 6.6.5 da parte teórica lJ Arts. 102, I, "q", 102, 11, "a", 105,1, "h", 121, § 4.•, V, e 125, § 1.• (qual- quer juiz ou tribunal, observadas as regras de organização judiciaria) c Qualquer pessoa, física ou jurídica, no caso concreto c Impossibilidade. Contudo, tendo em vista as novas tendências, pode-se pensar na mo- dificação desse entendimento c Juízo monocrático o: o próprio juiz, de modo c Erga omnes: até que sobrevenha a me- incidental, podera ve- dida integrativa , na lirificar a inconstitucio- nha do entendime nto nalidade por omissão : fixado pelo STF no Ml lJ Juízo colegiado (Tri- 712, consagran do a bunal): art. 97 da CF, teoria concretista gemaioria absoluta (dos ral (cf. item 14.11.5.4) m~mbros do TribUIIdl c Inter panes: até que ou Órgão Especial, de sobrevenha a medida acordo com o Regimen- · integrativa, na linha do to Interno), modo inci- entendime nto fixado dental, para apreciar a pelo STF em vários Mls, inconstitu cionalidad e por omissão consagrando, nesses casos, a teoria concretista individual (cf. item 14.11.5.4) - - - - - ~· --- ·~~------- 4 ADI genérica (controle concentrado no STF) c lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital (natureza estadual), contestados em face da CF/88 (via de ação, controle abstrato, em tese) c STF- competência originária c Arts. 103 da CF/88 e 2. 0 da Lei n. 9.868/99 c Possível (CF, art. c Cautelar: a) regra ge- c Cautelar: Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) originária 2.0 da Lei n. 9.882/99 (os mesmos da ADI) L-ei n. 9.882/99) 5. 0 da erga om- nes, ex nunc e vinculante (o art. 11, § 1.•, da Lei n. 9.868/99 permite eficácia retroativa, ex tunc) absolu~ c Mérito: erga omnes, ta {6), presentes 8 Ministros; b) art. 27 da Lei n. 9.868/99- possibilidade de modulação dos efeitos da decisão, desde que haja manifestação de 2/3 dos Ministros (8), presentes 8 Ministros ex tunc e vinculante (regra geral). Pode haver modulação dos efeitos da decisão, ou ral- maioria c Evitar ou reparar le- c STF- competência c Arts. 103 da CF/88 e c Possivel (art. são a preceito fundamental, resultante de ato do Poder. Público · e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual, municipal, dis, trital, inclui dos os an, te riores à Constituição ral - maioria absoluta (6); b) no período de recesso - Presidente do Tribunal c Mérito: a) regra ge- 102,1, "p") Cautelar: a) regra geral - maioria absoluta (6); b) no período C seja, efeito ex nunc, para o futuro, ou a par- tir de certo momento (art. 27 da Lei n. 9.868/99) c Cautelar: erga om- nes, ex tunc e vinculante. A liminar poderá de recesso, extrema consistir na determina- urgência, perigo de le- ção de que juízes e tri- são grave- relator bunais suspendam o c Mérito: a) regra geral andamento de promaioria absoluta (6), presentes 8 Ministros; b) art. 11 da Lei n. 9.882/99- possibilidade de modulação dos efeitos da decisão, desde que haja manifestação de 2/3 dos Ministros (8), presentes 8 Ministros cesso ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da ADPF, salvo se decorrentes da coisa julgada c Mérito: erga omnes, ex tunc e vinculante (regra geral). Ao declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato , normativo, pode haver modulação dos efeitos da decisão, ou seja, efeito nunc, para : o futuro, ou a partir de certo momento (art. 11 da Lei n. 9.882/99) c Falta de medida regulamentadora de artigo da Constituição de eficácia limitada C STF- com.petência originária c Arts. 103 da CF/88 e 12-A da Lei n. 9.868/99 c Possível (art. 12-F da Lei n. 9.868/99) c Cautelar: maioria absoluta (6), presentes 8 Ministros c Mérito: maioria ab· soluta (6), presentes 8 Ministros C Cautelar: poderá con- sistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais AOI por omissão (ADO) ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra provid ê ncia a ser fixada pelo Tribunal c Mérito: a) poder competente - será dada ciência para a adoção das providências necessárias, constituindo-o em mora; b) ór- gão administrativo: as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribu- nal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido, sob pena de responsabilidades 11- ·····r··· 1.... ···-·····-···· c Lei ou ato normativo, ato administrati- vo, ato concreto, ou omissões, ~r~;i~~i~ompetê~~i-~ ~~. ~~~~~r~t~~~~~~~ ~fi~::i~i~;ia:6~2~~~;~-/[~~ ~~~;~;;~~:~:~~~ 1 estaduais c Mérito: decisão da ou distritais que vio- maioria absoluta (6), lam princlpios sensiveis da CF/88 c A hipótese de recusa, por parte de Estado-Membro ou do DF, à execução de lei presentes pelo menos 8 Ministros c Cautelar: a liminar poderá consistir na determinação de que se suspenda o anda- mento de processo ou os efeitos de decisões judiciais ou ad- ministrativas ou de qualquer outra medida que apresente re- lação com a matéria federal vai SP.r cstuv objeto da representa- dada no item 7.12.1 cão interventiva c Mérito: decisão da maioria absoluta (6) Representação lnterventiva (ADI lnterventiva) c Julgada a ação, far-se-á a comunicação às autoridades ou aos órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, e, se a decisão final for pela procedência do pedido formulado, o Presidente do STF, publicado o acórdão, levá-lo-á ao conhecimento do Pre- sidente da República para, no prazo impror- rogável de até 15 dias, dar cumprimento aos §§ 1.0 e 3.0 do art. 36 da CF ADC c Lei ou ato normati- c STF- competência c Art. 103 da CF/88 c Possibilidade (juris- [] Cautelar: rega ge- c Cautelar. erga omnes, vo federal originária (modificado pela EC n. 45/2004) prudência do STF ADC4) ral-maioria absoluta e vinculante (suspensão c Mérito: regra geral- dos julgamentos) maioria absoluta (6), c Mérito: erga om- presentes 8 Ministros nes, ex tunc e vinculante 480 Direito Constit ucional Esquematizado® Pedro Lenza • 6.10. QUESTÕES .:, 6.10.1. Conce itos gerais 1. (OAB/113. 0) O Preside nte da República expede Decreto com o fim de regulam entar determ inada lei federal. No entanto , o Decreto acaba por criar determ inada obrigação não prevista na lei regulam entada. Em tal hipótese, o Congresso Nacional: a) poderia revogar todo o Decreto, por meio de Resoluç ão; b) poderia revogar a parte do Decreto que criou a obrigaç ão não prevista na lei, por meio de Resolução; c) poderia sustar a parte do Decreto que criou a obrigaç ão não prevista na lei, por meio de Decreto Legislativo; d} nada poderia fazer em relação ao Decreto, em respeito ao princípio da separação de poderes . 2. (OAB/107.0) Quando da promulgação de uma nova Constitu ição, diz-se que a legislação ordinár ia compatível perde o suporte de validade da Constituição antiga, mas continua válida pela teoria: a} da repristinação; b} da desconstitucionalização; c) da recepção; d} do poder constitu inte subordi nado. 3. (OAB/113.0 } Quando se diz caber a todos os compon entes do Poder Judiciário o exercício do control e da compat ibilidad e vertical das normas da ordenaç ão jurídica de um pais, está se falando em: ' a} control e constitucionai difuso, por via de ação; b} jurisdição constitucional concen trada, por via de exceção ; c} jurisdição constitucional difusa, por via de exceção; d} control e constitucional concen trado, por via de ação. 4. (OAB/109. Parecer normativo da Consultoria-Geral da República, aprovad o pelo Preside nte da República: a} pode ser objeto de impugn ação median te ação direta de inconstitucionalidade; b} não pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, porque tem naturez a administrativa; c} só pode ser objeto de controle de legalidade, não de constitucionalidade; d} só pode ser impugn ado em control e difuso de constitu cionalidade. 5. (OAB/112. 0 } A Ação Declaratória de Constitucionalidade, propost a pela Mesa do Senado e que tenha por objeto Decreto do Preside nte da República regulam entando lei federal, a priori: a} deve ser julgada procede nte, pois não apresen ta nenhum vício de ordem processual; b} deve ser julgada procede nte, pois, mesmo diante de eventua l afronta à Constituição Federal, o julgam ento improc edente implicaria declaração de inconstitucionalidade do ato, o que não é possível nessa espécie de ação que tem por finalidade a declaração da constitu cionalidade da norma; c} não deve ser conhecida, pois o Preside nte do Senado , e não a Mesa, é legitimado para propor a ação; d} não deve ser conhecida, porqua nto se está diante de questão de ilegalidade e não de inconstitu cionalid ade. 0 } 6. (PROC/MP/MG/2007) Considere as seguint es ações: I. Ação de compet ência do Suprem o Tribunal Federal destina da a obter a decreta ção de inconstitu cionalid ade, em tese, de lei federal ou estadua l, sem outro objetivo, senão o de expurgar da ordem jurfdica a incompatibilidade vertical . Visa, exclusivamente, a defesa do principio da supremacia constitucional. 11. Ação, que pode ser federal, por propost a exclusiva do Procurador-Geral da República, e de compet ência do Supremo Tribunal Federal, destina da a promover a interve nção federal em Estado da federaç ão. 111. Ação cujo pressup osto é a controvérsia a respeito da constitucionalidade da lei, tendo como finalidade imediat a a rápida solução dessas pendências, e como objeto a verificação da constitu cionalid ade de um ato normat ivo federal impugn ado em processos concretos. r 6 " Controle de Constitucio nalidade 481 Essas situações dizem respeito, respectivamente, às ações e dia) direta de inconstitucionalidade genérica, direta de inconstitucionalidade interventiva, reta de inconstitucionalidade específica; b) direta de inconstitucionalidade não interventiva, direta de inconstitucionalidade específica, e direta de inconstitucionalidade genérica; c) declaratória de constitucionalidade, direta de inconstitucionalidade interventiva, e direta de inconstitucionalidade genérica; de d) declaratória de constitucionalidade, direta de inconstitucionalidade genérica, e direta inconstitucionalidade não interventiva; e dee) direta de inconstitucionalidade genérica, direta de inconstitucionalidade interventiva, claratória de constitucionalidade. pro7. (CESPE/Un B- STF/Analista Judiciário - Area: Judiciária/2008) O presidente da República mulgou simultanea mente três leis. A lei X, de autoria parlamentar, tinha por objeto a aprovação do plano de cargos e salários dos servidores da justiça federal de primeira e segunda instâncias, ia com vistas a suprir necessidade nos tribunais regionais federais. A lei V, que é a lei orçamentár uma anual, para o exercício de 2008. E e a Lei W, de iniciativa do presidente da República, que cria favorádio pública. Ocorre que a lei W foi aprovada, pela Câmara dos Deputados, com a votação econômivantagens recebido teriam 80 menos, pelo desses, que, sendo deputados, 200 rável de julgue o. cas para votar pela aprovação dessa lei. Com base na situação hipotética apresentada , item a seguir, a respeito do controle de constitucionalidade e do processo legislativo. geraria A lei V possui, de acordo com a doutrina·, o chamado vício de decoro parlamentar, o que a sua inconstitucionalidade. controle 8. (AGU- CESPE/2010) Julgue o item subsequent e, relativo ao poder constituinte e ao ' de constitucionalidade no Brasil. De acordo com entendimen to do STF, o controle jurisdicional prévio ou preventivo de constituciona via nalidade sobre projeto de lei ainda em trâmite somente pode ocorrer de modo incidental, defesa. ou exceção de de di9. (Analista Processual MPU- CESPE/2010) O Estado brasileiro, como estado democrático popureito, apresenta, no seu texto constitucional, os parâmetros para o exercício da soberania e esse lar, a partir de princípios e normas basilares, submetidos a constante controle. Com relação tema, julgue o item a seguir. a lei Verifica-se a inconstitucionalidade formal, também conhecida como nomodinâmica, quando do ou o ato normativo infraconsthucional contém algum vício em sua forma, independen temente conteúdo. a 10. (Delegado de Polícia- ACADEPOL/MG/2011) O "bloco de constitucionalidade" se constitui partir de: a) princípios, normas escritas e não escritas, fundamentos relativos à organização do Estado, indireitos sociais e econômicos, direitos humanos reconhecidos em tratados e convenções ternacionais dos quais o pais seja signatário. b) normas escritas, emendas constitucionais de lastro formal, direitos fundamenta is consagrados pela Constituição, de reconhecimento e aplicação internos. c) princípios não escritos, unidade, solidez, valoração de normas constitucionais que podem ser desmembra das para melhor efetivação dos direitos consagrados. d) conteúdo específico das normas constitucionais e infraconstitucionais, estabilidade, dinamicidade, dirigismo, garantismo, além de todas as normas constitucionais de caráter programático. poderá 11. (Defensor Público/AM -Instituto Cidades/2011) Qual dos instrumentos abaixo jamais ser utilizado em sede de controle concentrado de constitucionalidade, federal ou estadual: a) b) c) d) e) recurso extraordinário; embargos de declaração; ação rescisória; intervenção de amicus curiae; audiência pública. de 12. (Promotor de Justiça/MS - 2011) Havendo evidente controvérsia constitucional acerca r do importante dispositivo de lei estadual anterior à Constituição Federal de 1988, o Governado Estado é legitimado a ingressar no Supremo Tribunal Federal com: 482 a) b) c) d) e) Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza mandado de segurança; ação direta de inconstitucionalidade; ação declaratória de constitucionalidade; mandado de injunção; arguição de descumprimento de preceito fundamental. 13. (25.° Concurso MPF/PGR/2011) Leia os enunciados abaixo. Considerando a jurisprudência atual do STF,

remuneração a servidores públicos estaduais da área da saúde e vem a ser convertido em lei após a sanção do Governador do Estado. A referida lei é: a) compatível com a Constituição da República, desde que a Constituição do Estado-membro não reserve à Chefia do Poder Executivo a iniciativa de leis que disponham sobre aumento de remuneraçãc de servidores públicos estaduais. b) constitucional, em que pese o vício de iniciativa, pois a sanção do Governador do Estado ao projeto de lei teve o condão de sanar o defeito de iniciativa. c) inconstitucional, uma vez que os projetos de lei de iniciativa dos Deputados Estaduais não se submetem à san;ão do Governador do Estado, sob pena de ofensa à separação de poderes. d) inconstitucional. uma vez que são de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que disponham sobre aumento de remuneração de servidores públicos da administração direta e autárquica estadual. 21. (Delegado de Polícia Civil/ES- CESPE/UnB/2011) Com relação ao processo legislativo e ao controle de constitudJnalidade, julgue o item seguinte. Considere que o TJ do Estado tenha julgado procedente ADI que teve por objeto lei municipal, sob o fundamento de afronta a dispositivo inserto na Constituição Estadual, o qual se limitou a reproduzir preceito da CF d: observância obrigatória pelos Estados. Nessa hipótese, segundo entendimento do STF, não é viável a utilização de qualquer espécie recursal contra a referida decisão para fins de submissão do tema à jurisdição da Corte Suprema, por tratar-se de decisão proferida no âmbito do controle ab:strato de normas e por ter tido como objeto lei munic::ipal. 492 Direito Consti tuciona l Esquem atizado ® PedroL enza 22. (Audit or Fiscal da Receita Estad ual- SEFAZ -RJ- FGV/2011) Suponh a que o STF, em ação direta de incons titucio nalidad e (A DI), tenha julgado a lei X inconst itucion al. Nesse caso, seria correto afirma r que a lei X: a) é federal e deverá ser encam inhada ao Senado para que seja suspen sa. b) pode ser federal ou estadu al e deverá ser encam inhada ao Senado para que seja suspen sa. c) pode ser federal , estadu al ou municipal e deverá ser encam inhada ao Senado para que seja suspen sa. d) pode ser federal , estadu al ou municipal e não precisa ser encam inhada ao Senado para ser suspen sa. e) pode ser federal ou estadu al e não precisa ser encam inhada ao Senado para ser suspen sa. 23. (Juiz do Traba lho- TRT/2 3- MT/2011) Assina le certo ou errado (questã o adapta da pelo autor, já que a versão origina l é de múltipl a escolha , com 5 alterna tivas]: Normas constit uciona is interpo stas seriam aquela s disposições nornat ivas às quais as normas constit uciona is fazem express a referên cia, vincula ndo atos e proced imento s legislativos, apresen tando uma força normat iva diferen ciada por derivar diretam ente da referên cia constitu cional. 24. (Analis ta Minis terial- MP/P I- Área Proce ssual- CESPE/UnB/2012) Acerca do control e de constit uciona lidade no ordena mento jurídico naciona l, julgue o item subsec utivo: · No âmbito do denom inado control e difuso concre to, a decisão que reconh ece a inconstitucionalidade pode excepc ionalm ente não ter efeitos retroati vos, assim como ocorre na ação direta de incons titucio nalidad e, no âmbito da qual se admjte , inclusive, a oposiçã o de embarg os de declaração para fins de m~dulação de efeitos da decisão . : 25. (TRT1 -Anal ista Judiciário - FCC/2013) Na hipótes e de uma Turma do Tribunal Regional do Trabalh o depara r-se com questã o ainda não examin ada pelo Suprem o Tribunal Federal. atinent e à constit uciona lidade de lei, prejudi cial à decisão de um caso concre to subme tido a seu julgam ento, o órgão julgado r, em virtude do quanto dispõe a Constit uição da República: a) estará impedi do de pronun ciar-se , até que sobrev enha decisão sobre a constit uciona lidade da lei proferi da pelo Suprem o Tribunal Federal, ao qual compe te a guarda da Constituição. b) estará impedi do de pronun ciar-se , até que sobrev enha decisão sobre a constit uciona lidade da lei proferi da pelo Tribunal Superi or do Trabalh o, instânc ia jurisdicional final em matéria trabalh ista. c) poderá afastar a incidência da lei, desde logo, mas não declara r sua inconst itucion alidade expres sament e, sem que haja decisão anterio r proferi da a esse respeit o pela maioria absoluta dos membr os do Tribunal Region al do Trabalh o ou de seu Órgão Especial. d) não poderá declara r a incons titucio nalidad e da lei, tampou co ;;fastar sua incidência, sem que haja decisão anterio r proferi da a esse respeit o pela maioria absolu ta dos membr os do Tribunal Region al do Trabalh o ou de seu Órgão Especial. e) poderá declara r a incons titucio nalidad e da lei, bem como afastar sua incidência, indepe ndentem ente da existên cia de decisão anterio r proferi da a esse respeit o por outras instâncias da Justiça do Trabalh o ou pelo Suprem o Tribuna l Federal, por se tratar de decisão a ser tomada em sede de control e difuso de constit uciona lidade. 26. (Juiz-A uditor da Justiça Militar da União/STM - CESPE/UnB/2013) Assina le a opção correta acerca do control e de constit uciona lidade, de acordo com a CF e a jurispr udênci a do STF: a) A inconst itucion alidade reflexa consist e em técnica de decisão juc"icial que visa à declara ção de que a perman ência de determ inadas circunstâncias fáticas e (ou) jurídicas implica considerar determ inada lei ainda constit ucional , até que ocorra mudan ça no contex to fático-jurídico. b) A declara ção de incons titucio nalidad e de lei ou ato normat ivo pelo STF vincula, inclusive, o próprio STF. c) Verifica-se incons titucio nalidad e por arrasta mento vertica l quando há relação hierárq uica entre as normas depend entes, de forma que o advent o da declara ção de inconst itucion alidade da norma hierarq uicame nte superio r implica perda de validad e da norma inferio r por incons titucio nalidad e conseq uencial . d) É vedada ao tribuna l de contas a aprecia ção, no uso de suas atribuições, da constit ucional idade das leis e dos atos do poder público . e) Caracte riza-se a incons titucio nalidad e progres siva quando o vicio irrogad o a um ato normativo é o desresp eito à CF por violaçã o a norma infraco nstituc ional interpo sta. 493 6 " Controle de Constitucionalidade 27. (Defensor Público/RR- CESPE/UnB/2013) No que concerne às ações por meio das quais o STF realiza o controle concentrado de constitucionalidade, assinale a opção correta. a) No exercício do juízo de admissibilidade, o ministro relator poderá indeferir de plano a ação declaratória de constitucionalidade, em decisão da qual não caberá recurso. b) Não é cabível a concessão de medida liminar na ADI por omissão. c) Na arguição de descumprimento de preceito fundamental, é vedada a concessão de medida liminar inaudita altera partes. d) O STF admite o ingresso de amicus curiae na ADI, reconhecendo-lhe o direito de aditar o pedido formulado pelo autor da referida ação. e) A produção de efeitos da decisão de mérito proferida pelo STF na ADI não se condiciona ao trânsito em julgado. 28. (Magistratura/MA- CESPE/UnB/2013) À luz da jurisprudência do STF, assinale a opção correta em relação ao exercício do controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade. a) Não é admitida a participação do amicus curiae na ADI por omissão. b) Écabível a intervenção de terceiros na arguição de descumprimento de preceito fundamental. c) De acordo com o STF, não é admissível o ajuizamento de ADI contra ato estatal de conteúdo derrogatório, ou seja, contra resolução administrativa normativa que incida sobre atos nor· mativos. d) Para ajuizar ação declaratória de constitucionalidade, 'O partido polftico com representação no Congresso Nacional deve estar representado por advogado. GABARITO • 6.10.1. Conceitos gerais 1. "c". Trata-se de controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Legislativo (CN), exceção à regra geral do controle de constitucionalidade jurisdicional misto (difuso e concentrado), pelo qual o controle é exercido por órgão do Poder Judiciário. --·--· 2. "c". Em igual sentido, cf. exame 119.0 da OAB. ·----·--- 3. "c". ' 4. "a". A ementa esclarece o assunto: "Como o parecer da Consultoria-Geral da República (SR n. 70, de 6.10.88, DO de 7.10.88), aprovado pelo Presidente da República, assumiu caráter normativo, por força dos arts. 22, § 2.0 , e 23 do Decreto n. 92.889, de 7.7.86, e, ademais, foi seguido de circular do 0 Banco Central, para o cumprimento da legislação anterior à Constituição de 1988 (e não do§ 3. do art. 192 desta última), pode ele (o parecer normativo) sofrer impugnação, mediante ação direta de inconstitucionalidade, por se tratar de ato normativo federal (art. 102, I, a, da CF)" (ADI 4/DF, Rei. Min. Sydney Sanches, DJ de 25.06.1993, p. 12637, Ement. v. 01709-01, p. 00001; Julgamento: 07.03.1991, Tribunal Pleno). Apesar de ser outro assunto discutido nessa questão, como a ementa fala no art. 192, § 3.0 , convém lembrar o candidato estudioso que referido parágrafo foi expressamente revogado pela EC n. 40/2003! 5. "d". Em regra, todo decreto presidencial, como visto na parte teórica, por regulamentar lei, sofre controle de legalidade e não de constitucionalidade, salvo se, em situações excepcionais, estivermos diante de decreto autônomo. Trata-se daquilo que o STF chamou de crise de legalidade, caracterizada pela inobservância do dever jurídico de subordinação normativa à lei, escapando das balizas previstas na Constituição Federal. 6. "e". 7. "certo". Sinceramente, ficamos muito honrados com esta questão, na medida em que demonstra que a importante instituição do CESPE/UnB adotou a nossa classificação de vício de decoro parlamentar (cf. item 6.3.4). Referido item, ao final, foi anulado em decorrência do uso equivocado da letra "Y" no lugar da letra "W", o que prejudicou o julgamento objetivo da assertiva. De qualquer maneira, de fato, diante da nossa proposta, não há dúvida de que a Lei "W" padece do vicio de decoro parlamentar. ---·----- 494 Direito Constit ucional Esquematizado® Pedro Lenza 8. "certo" . 9. "certo" . 10. "a". 11. "c". O art. 26 da Lei n. 9.868/99 estabelece: "a decisão que declara a constitucionalidade ou a inconst itucion alidade da lei ou do ato normativo em ação irrecorrível, ressalvada a interpo sição de embargos declarat direta ou em ação declaratória é órios, não podend o, igualmente, ser objeto de ação rescisória". 12. "e". 13. "a". 14. "errado ". Cf., além das matéria s discutidas neste capítulo , o item 19.2.4. l'lli 6.10.2. Legitim idade 1. "d". Quem é legitim ada é a entidad e de classe de âmbito nacional, cf. art. 103, IX. 2. "c". Antes da EC n. 45/2004, os legitimados para a proposi tura da referida ação eram apenas quatro, de acordo com o art. 103, § 4. 0 , da CF/88, quais-se jam: a) preside nte da República; b) Mesa do Senado Federal; c) Mesa da Câmara dos Deputad os; d) Procurador-Geral da República. Com a revogaç ão do§ 4. 0 e a nova redação do caput do art. 103, pela aludida emenda, os legitima dos para a proposi tura da ADC passaram a ser os mesmos da ADI genérica (vide item 6.7.1.14). 3. "d". Art. 36, 111, c/c o art. 34, VIl, "b", da CF/88 (ADI interventiva federal). Lembramos que a decreta ção e execuçã o da interve nção federal é ato de competência privativa do Presidente da República (art. 84, X), caso a decreta ção da suspensão da execução do ato do Governador de Estado (també m por decreto presidencial) não seja suficien te para o restabe lecimen to da normalidade (art. 36, § 3. 0). 4. "certo". Como sempre afirmam os, a prova do CESPE/U nB exige conhec imento da jurisprudência do STF! 5. "certo", nos termos do art. 12-A da Lei n. 9.868/99 c/c art. 103 da CF/88. 6. "e". Conforme visto, o art. 125, § 2. 0 , autoriza a leitura simétric a do art. 103 (cf. item 6.8.4). 7. "certo" . Confor me jurispru dência do STF exposta na parte teórica. 8. "d". [i3 6.10.3. Proced imento 1. "d". De acordo com o art. 52, X, da CF/88. 2. "c". De acordo com o art. 14, I a 111, e parágra fo único, da Lei n. 9.868, de 10.11.1999, bem como jurisprudência do STF. 3. "Anulada". De fato, as alterna tivas "a", "b" e "c" estão todas previstas e admitidas no art. 9. , § 1.0 , da Lei n. 9.868/99, que disciplinou o process o e julgamento da ADI. As alternativas "d" e "e", 0 ambas apresen tam equívoco, já que no procedi mento da ADI são vedada s tanto a interve nção de terceiro s (art. 169, § 2. 0 , do RISTF, ele o art. 7. 0 da Lei n. 9.868/99, destaca ndo, contudo , o seu § 2. 0 , que faculta ao relator, considerando a relevânc ia da dos postula ntes, por despac ho irrecorrível, admitir a manifes matéria e a represe ntativid ade tação de outros órgãos ou entidades) como a desistê ncia da ação (art. 5.0 , caput, da Lei). Como correta s neste teste, ele teve de, correta mente, ser anulado não se admitem duas alternativas . Lembramos ao candida to atento outras características do proced imento da ADI, vistas na parte teórica: a) inexistência de prazo prescricional ou decadencial; b) irrecorribilidade da decisão, salvo a interposição de embarg os declaratórios; c) não rescindibilidade da decisão proferid a, tudo em razão da naturez a objetiva do processo de ADI. 6 c Controle de Constituc ionalidad e 495 4. "b". Cf. arts. 5. 0 , VI, e 19, I. No mais, de modo correto, a impugnação deve-se dar não por ADI, mas por arguição, já que, nos termos do art. 102, I, "a", lei municipal não pode ser objeto de ADI. Como ainda não há julgament o pelo STF em relação à constitucionalidade da arguição por equiparaç ão, conforme advertido, nos testes, adotar a regra da Lei n. 9.882/99, que prevê, dentre os objetos da arguição, a lei municipal. 5. Cf. parte teórica, item 6.7.1.16. 6. "e". 7. "c". Confira parte teórica e RE 453.744-AgR. 8. "errado". 9. "c". Nos termos do art. 125, § 2. 0 , e jurisprudência apontada na parte teórica. A letra "a" está errada por violar o art. 103, ele o art. 125, § 2. 0 (vide parte teórica). A letra "b" deve ter gerado muita dúvida. De fato, a regra do art. 26 da Lei n. 9.868/99, que só admite os embargos, deve ser ampliada no caso do controle estadual, pois, excepcionalmente, quando se tratar de norma de reproduçã o obrigatóri a, caberá a interposição de RE ao STF (cf. item 6.8.6). Essa questão confirma a tendência de extrema dificuldade no Exame de Ordem. A letra "d" está errada, pois, em muitos temas, essa reproduçã o vai acontecer. 10. "c". De acordo com a novidade prevista nos arts. 12-F e 12-G da Lei n. 9.868/99, introduzidos pela Lei n. 12.063/2009. Em relação à alternativa "d", de fato, a lei fala em agravo para o Pleno em razão de indeferim ento da petição inicial pelo Relator e correta ·essa frase quando da realização da prova. Contudo, devemos lembrar que, de acordo com o CPC/2015, com vacatio legis de um ano a contar da data de sua publicação oficial (art. 1.045), previsto nos arts. 994,111, e 1.021, contra a decisão monocrática do Relator caberá o recurso de agravo interno para o Pleno do STF. A novidade é que, por força da regra explícita do art. 1.070 e da previsão geral fixada no art. 1.003, § 5. 0 , o prazo para a interposição desse recurso, bem como para responder -lhe (art. 1.021, § 2. 0), passa a ser de 15 dias (e não mais de 5), devendo a contagem, pela regra geral do art. 219 do Novo CPC/2015, dar-se em dias úteis. 11. "certo". lllti 6.10.4. Efeitos da decisão 1. "d". Lembramos que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (art. 5. 0 , § 3. 0 , da CF/88, introduzid o pela EC n. 4512004). Mesmo nessa hipótese, entendem os que a resposta continuaria sendo a mesma! 2. "a". Como regra geral, conforme vimos na parte teórica, a declaração de inconstitucionalidade no controle concentra do, em abstrato, em tese, marcado pela generalida de, impessoalidade e abstração, faz instaurar um processo objetivo, sem partes, no qual inexiste litígio referente a situações concretas ou individuais (RTJ 147/31, Rei. Min. Celso de Mello), tornando os atos inconstitucionais nulos e, por consequência, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, com alcance, de modo vinculado e para todos, sobre os atos pretéritos, fazendo com que, dentre tantos efeitos, a declaração de inconstitucionalidade do referido ato normativo que tenha "revogado " outro ato normativo (nossa análise neste ponto refere-se à ADI perante o STF, de lei ou ato normativo federal ou estadual, ou distrital desde que no exercfcio da competência estadual) provoque o restabelec imento do ato normativo anterior. Para recordar, os efeitos gerais da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, por meio de ADI, são: erga omnes, ex tunc e vinculante, podendo ser dado efeito ex nunc, ou a partir de outro momento que venha a ser fixado (exceção à regra geral do princípio da nulidade), desde que a votação tenha sido por 2/3 dos Ministros, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. CUIDADO: o STF vem utilizando a terminologia "efeito repristinat ório" (cf. ADI 2.215-PE, medida cautelar, Rei. Min. Celso de Mello,lnf. 224/STF). 496 Direito Constit ucional Esquem atizado ® ---·--·----- Pedro Lenza - ----------3. "e". Nos termos do art. 5.0 , § 3. 0 , da Lei n. 9.882/99, "a liminar poderá consistir na determi nação de que juízes e tribuna is suspend am o andame nto de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualque r outra medida que apresen te relação com a matéria objeto da arguição de descumprim ento de preceito fundam ental, salvo se decorre ntes da coisa julgada". Assim, de maneira correta o constitu inte determi nou o respeito à coisa julgada . Em relação à alternat iva "d", de fato, a lei fala em agravo para o Pleno em razão de indefer imento da petição inicial pelo Relator e correta essa frase quando da realiza ção da prova. Contud o, devemo s lembrar que, de acordo com o CPC/2015, com vacatio legis de um ano a contar da data de sua publicação oficial (art. 1.045), previsto nos arts. 994, 111, e 1.021, contra a decisão monocrática do Relator caberá orecurso de agravo interno para o Pleno do STF. A novidad e é que, por força da regra explícita do art. 1.070 e da previsão geral fixada no art. 1.003, § 5. 0 , o prazo para a interpos ição desse recurso, bem como para respond er-lhe (art. 1.021, § 2.0), passa a ser de 15 dias (e não mais de 5), devendo a contage m, pela regra geral do art. 219 do Novo CPC/2015, dar-se em dias úteis. 4. "c". 5. "errado ". Cf. parte teórica item 6.7.1.17.4. 6. "d". 7. "certo". Isso demons tra que o CESPE, na medida em que o STF ainda não julgou a Rd 4:335/ AC, parece não estar adotan do a teoria da abstraç ão (cf. item 6.6.5). 8. "c". De !cardo com o art. 12 da Lei n. 9.868/99. A letra "a" está errada porque a oitiva do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da Repúbli ca, no prazo de três dias, só caberá se o Relator julgar indispensável. A letra "b" está errada, na medida em que o efeito vinculante se verificará apenas em caso de concessão da cautela r. A letra "d" está errada, pois é perfeita mente possível a análise de cautelar durante o recesso, aliás, por ser cautelar, deve haver um mecanismo para tanto. A diferenç a é que, durante o recesso, a aprecia ção se dará pelo Min. Presidente do STF e, fora do recesso, pela maioria absolut a dos Ministros (cf. art. 10, caput, da Lei n. 9.868/99). 9. "e". Nos termos do art. 11, § 2. 0 , da Lei n. 9.868/99, a concessão da medida cautela r torna aplicável a legislação anterio r acaso existente, salvo express a manifestação em sentido contrário. 10. "d". De fato, ao editar medida provisória, o Chefe do Poder Executivo está exercen do função atípica normati va. Nesse caso, muito embora a SV vincule a Administração, bem como o seu Chefe, natural mente, entend e o STF que o efeito vincula nte não atinge a função legislativa, sob pena de fossilização (cf. item 6.7.1.8). • 6.10.5. Outras questõ es 1. Sim, ninguém pode alegar a referida inconstitucionalidade para justificar uma eventual recusa em cumpri-la. Apesar disso, através do control e difuso, o particular pode questio nar a sua inconstitucionalidade e, então, após decisão judicial, deixar de cumpri-la. Por outro lado, complementando essa resposta, entende mos que os chefes do Executiv o e do Legislativo poderia m, em casos excepcionais, desde que entende ssem uma lei flagran temente inconstitucional, determi nar o seu não cumprim ento adminis trativam ente, na medida em que devem respeitar sempre a estrita legalidad e de normas constitucionais. É claro que tal atitude poderá ser questio nada perante o Judiciário. Esta é a posição do STF, publicada na RTJ 151/331, e pedimos vênia para transcrever um trecho da ementa: "em nosso sistema jurídico, não se admite declara ção de inconstitucionalidade de lei ou de ato normat ivo com força de lei por lei ou por ato normati vo com força de lei posteriores. O controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos é da compet ência exclusiva do Poder Judiciário. Os Poderes Executivo e Legislat ivo, por sua Chefia - e isso mesmo tem sido questio nado com o alargam ento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade-, podem tão só determi nar aos seus órgãos subordi nados que deixem de aplicar adminis trativamen te as leis ou atos com força de lei que conside rem inconstitucionais ..." (ADI 221-MC/DF, Rei. Min. Moreira Alves, DJ de 22.10.1993, p. 22251, Ement. v. 01722-01, p. 28- grifamos). 2. "certo". r~- 6 c Controle de Constitucionalidade 497 3. O item 1 é errado. Isso porque generaliza em relação "aos órgãos do Poder Judiciário". Esse é o erro, já que a vinculação se dá em relação "aos demais órgãos do Poder Judiciário", não se podendo falar em vinculação do próprio STF. Outrossim, como inclusive reconhecido pelo CESPE, não há referência expressa na assertiva de que se tratava das hipóteses de controle concentrado perante o STF. O item 2 está errado também, já que o efeito vinculante das decisões se restringe aos demais órgãos do Poder Judiciário e em relação à Administração Pública, não produzindo efeitos sobre o legislador, no exercício de sua função típica de legislar, sob pena de fossilização. Por fim, o item 3 está certo. 4. O item 1 está certo. O leading case foi o julgamento do RE 197.917, pelo qual o STF reduziu o número de vereadores do Município de Mira Estrela de 11 para 9 e determinou que a aludida decisão só atingisse a próxima legislatura (cf. íntegra do voto em lnf. 341/STF, Rei. Min. Maurício Corrêa). O item 2 está errado. Muito embora a primeira parte do enunciado traga assertiva correta, como o próprio CESPE reconheceu, "o item não fez menção à hipótese excepcional em que a Constituição Federal pode servir de referência para efeito de controle concentrado de lei local, que é aquela em que se tem uma norma de reprodução da Constituição Federal na Constituição do Estado-membro" e se admite a propositura de recurso extraordinário para o STF. O item 3 está errado, já que a regra de competência do TJ local, tendo a CE como paradigma para o confronto. e controle da lei local, continua mesmo na hipótese de dispositivos de observância obrigatória. O que aconteceria, neste caso, seria, como visto na parte teórica, a simultaneidade de ações e a suspensão do julgamento da ação estadu.al. 5. "c". 6. "d". ' 7. "c". 8. "b". 9. "b". Muito interessante a questão, consagrando a ideia de que, de fato, é a ADPF um instrumento para o controle em abstrato de recepção. 10. "certo". Cf. item 6.11.16.9 da parte teórica e ADI 3.615-ED, Rei. Min. Cármen Lúcia, j. 17.03.2008, DJE de 25.04.2008- no mesmo sentido, cf. ADI 2.591-ED. O tema está sendo revisto no julgamento da ADI3.396 (matéria pendente). 11. "certo". 12. "a". Vide parte teórica. 13. "errado". Cf. Lei n. 12.063/2009, que acrescentou dispositivos à Lei n. 9.868/99. Querido leitor, veja como é a "vida" dos concursos ... À época, mal saiu a lei e já caiu na prova! Então, mantenham-se atentos e não desistam. 14. "c". Item I correto nos termos da literalidade do art. 103-A, caput, da CF/88. O item 11 está errado porque o partido político, para ajuizar referidas ações, deve possuir representação no Congresso Nacional (art. 103, VIII). Mais uma vez, repete-se a necessidade de conhecimento do art. 103 (portanto, decorem!). O item 111 está errado, já que o controle concentrado não é novidade do texto de 1988. Desde a Constituição de 1934 já se falava em ADI lnterventiva, assim como a EC n. 16/65 introduziu a representação de inconstitucionalidade no STF, tendo como legitimado exclusivo o PGR. O item IV está correto, nos termos do art. 103, § 2.•. Finalmente, o item V está correto conforme apontado na parte teórica, qual seja, a peculiar utilização do REno controle concentrado estadual e, apenas, no caso de normas de repetição obrigatória ou compulsória. 15. "a". Questão básica. o erro no item 111 está no fato de o Presidente do SF não ser legitimado, já que não está elencado no art. 103 da CF/88. 16. "b". Nesse sentido, o art. 5.•, caput, da Lei n. 9.868/99 estabelece, textualmente, que, proposta a ação direta, não se admitirá desistência. 498 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza 17. "e", correta, na medida em que as súmulas vinculantes possuem procedimento próprio de revisão ou cancelamento. A letra "a" está errada porque a lei municipal poderá ser objeto de controle concentrado por meio da ADPF. Veja, a questão não diz por meio de ADI. Lembramos, ainda, que cabe, eventualmente, julgamento de recurso extraordinário contra acórdão do TJ que apreciou, originariamente , eventual ADI de lei municipal em face da CE, quando se tratar de norma de repetição obrigatória (cf. item 6.8.6). A letra "b" está errada conforme entendimento do STF firmado na S. 360 que não admite prazo decadencial ou prescricional, uma vez que atos inconstitucionai s jamais se convalidam pelo mero decurso de tempo. A letra "c" está errada, na medida em que a jurisprudência do STF entende que a decisão passa a valer a partir da publicação da ata de julgamento no Diário Oficial, sendo desnecessário aguardar o trânsito em julgado, "exceto nos casos excepcionais a serem examinados pelo Presidente do Tribunal, de maneira a garantir a eficácia da decisão" (cf. ADI 711-QO). A letra "d" está errada porque, se a deliberação administrativa for marcada pela generalidade, impessoalidade e abstração, como as normas regimentais, terão caráter normativo e, então, caberá controle. 18. "b". Nesse sentido, cf. art. 12-E, § 1. 0 , da Lei n. 9.868/99, incluído pela Lei n. 12.063/2009. 19. "c". 20. "d". Nos termos do art. 61, § 1.0 , 11, "a", de reprodução obrigatória no âmbito estadual. 21. "errado". Na medida em que, conforme estudamos na parte hipótese citada, recurso extraordinário. ------ ~eórica (item ' 22. "e". -- 23. "certo". 24. "certo". Cf. RE 197.917- o caso estudado na parte teórica de Mira Estrela. 25. "d". Art. 97 da CF/88 e SV 10/STF (cláusula de reserva de plenário). 26. "c". 27. "e". 28. "d". ----- 6.8.6), cabe, na • ;{;•}!.f.~:,., I DIVISÃO ESPACIAL DO PODER ORGANIZAÇÃO DO ESTADO • 7.1. NOÇÕES PRELIMINARES 1:·. 7.1.1. Elementos integrantes (componentes ou constitutivos) do Estado A Constituição deve trazer em si os elementos integrantes (componentes ou constitutivos) do Estado, quais sejam: [f] soberania; liiJ finalidade; l!ll povo; Fiil território. Nesses termos, Dalmo de Abreu Dallari define Estado como "a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território. Nesse conceito se acham presentes todos os elementos que compõem o Estado, e só esses elementos. A noção de poder está implícita na de soberania, que, no entanto, é referida como característica da própria ordem jurídica. A politicidade do Estado é afirmada na referência expressa ao bem comum, com a vinculação deste a um certo povo e, finalmente, a territorialidade, limitadora da ação jurídica e política do Estado, está presente na menção a determinado território". 1 ~ 7.1.2. Forma de governo, sistema de governo e forma de Estado A organização e a estrutura do Estado podem ser analisadas sob três aspectos: forma de governo, sistema de governo e forma de Estado. lã:! forma de governo: República ou Monarquia; rn sistema de governo: presidencialismo ou parlamentarismo; 0.1 forma de Estado: Estado unitário ou Federação. 1 Elementos de teoria geral do Estado, 23. ed., p. 118. 500 Direito Constitucion al Esquematizad o® Pedro Lenza O Brasil adotou a forma republican a de governo, o sistema presidencia lista de governo2 e a forma federativa de Estado. 3 Surge, então, o tema que passaremos a abordar, qual seja, a forma federativa de Estado. No entanto, primeiro e complementando essa fase introdutória, teceremos alguns comentários sobre a outra forma de Estado, não adotada pelo Brasil, mas pela maioria dos Estados da atualidade - o Estado unitário. 4 • 7.2. ESTADO UNITÁRIO Doutrinariamente, costuma-se classificar o gênero Estado unitário em três espécies distintas: O Estado unitário puro; O Estado unitário descentrali zado administra tivamente; D Estado unitário descentrali zado administra tiva e politicamente. 7.2.1. Estado unitário puro Para apontar as c'aracterísticas, singelas, sobre o Estado unitário puro, valemo-nos das palavras de Leda Pereira Mota e Celso Spitzcovsky: "esta forma, que se caracteriza por uma absoluta centralização do exercício do Poder, tendo em conta o território do Estado, não encontra exemplo histórico, evidentemente, por não ter condições de garantir que o Poder seja exercido de maneira eficiente". 5 Estado unitário descentrali zado administra tivamente O Estado unitário descentralizado administrativamente, apesar de ainda concentrar a tomada de decisões políticas nas mãos do Governo Nacional, avança descentralizando a execução das decisões políticas já tomadas. Criam-se pessoas para, em nome do Governo Nacional, como se fossem uma extensão deste (longa manus), executar, administrar, as decisões políticas tomadas. 7.2.2. Estado unitário descentrali zado administra tiva e politicamente No Estado unitário descentralizado administrativa e politicamente, diga-se de passagem, a forma de Estado mais comum hoje em dia, sobretudo nos países europeus, ocorre não só a descentralização administrativa mas também a política, pois, 7.2.3. 2 3 4 5 Características essas mantidas pelo povo através do plebiscito convocado conforme o art. 2.0 do ADCT: "No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentar ismo ou presidencialis mo) que devem vigorar no País". A EC n. 2/92 estabeleceu novas diretrizes para o aludido artigo do ADCT. O art. 1.0, caput, fala em "República Federativa do Brasil", sendo repetida tal expressão no art. 18. caput. Como observam Luiz A. D. Araujo e Vida! S. Nunes Jr., "as formas de Estado referem-se à projeção do poder dentro da esfera territorial, tomando como critério a existência, a intensidade e o conteúdo de descentralização político-administrativa de cada um" (Curso de direito constitucional, p. 170). Curso de direito constitucional, p. 72. 7 D Divisão Espacial do Poder- Organização do Estado 501 no momento da execução de decisões já tomadas pelo Governo Central, as "pessoas" passam a ter, também, certa autonomia política para decidir no caso concreto o melhor procedimento a ser empregado na execução daquele comando central. • 7.3. 7.3.1. FEDERAÇÃO Histórico A forma federativa de Estado tem sua origem nos EUA, e data de 1787. Anteriormente, em 1776, tivemos a proclamação da independência das 13 colônias britânicas da América, passando cada qual a se intitular um novo Estado, soberano, com plena liberdade e independência. Os Estados resolveram formar, através de um tratado internacional, intitulado Artigos de Confederação, a Confederação dos Estados Americanos, um pacto de colaboração a fim de se protegerem das constantes ameaças da antiga metrópole inglesa. No aludido pacto confederativo, permitia-se a denúncia do tratado a qualquer tempo, consagrando-se, assim, o direito de retirada, de separação, de secessão do pacto. A permissão do direito de secessão aumentava o problema das constantes ameaças e a fragilidade perante os iminentes ataqties britâniCos. Nesse sentido, buscando uma solução para aquela situação em que se encontravam, os Estados Confederados (ainda era uma Confederação de Estados soberanos) resolveram reunir-se na cidade da Filadélfia (todos, ausentando-se apenas o Estado de Rhode Island), 6 onde, então, estruturaram as bases para a Federação norte-americana. Nessa nova forma de Estado proposta não se permitiria mais o direito de secessão. Cada Estado cedia parcela de sua soberania para um órgão central, responsável pela centralização e unificação, formando os Estados Unidos da América, passando, nesse momento, a ser autônomos entre ,si, dentro do pacto federativo. Daí dizerem os autores que a formação da Federação dos EUA decorreu de um movimento centrípeto, de fora para dentro, ou seja, Estados soberanos cedendo parcela de sua soberania, em verdadeiro movimento de aglutinação. Veremos que no Brasil a formação, por outro lado, resultou de um movimento centrífugo, de dentro para fora, ou seja, um Estado unitário centralizado descentralizando-se. Em decorrência dessa razão histórica, conseguimos entender por que os Estados norte-americanos têm autonomia muito maior que os Estados-Membros brasileiros. Apenas alertamos que no modelo de repartição de competência (item 7.9), bem como na tipologia do federalismo (item 7.3.2), a doutrina vislumbra tanto um federalismo centrípeto como um federalismo centrífugo ou por segregação, em sentido diverso do acima apresentado. Nessa outra concepção (que não busca analisar o movimento de formação da Federação, mas, acima de tudo, a amplitude da concentração de atribuições, a caracterizar o "tipo" de organização federal), quando se observar uma maior concentração de competências no ente central, estaremos diante do modelo centrípeto (ou centralizador); 6 Sobre o assunto, consultar o clássico O federalista, de Alexandre Hamilton, John Jay e Iames Madison, coletânea de artigos refletindo, densamente, as ideologias que inspiraram a Constituição norte-americana. 502 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza por outro lado, quando se observar uma maior distribuição de atribuições para os Estados-Membros, teremos um modelo centrífugo (ou descentralizador). Nas palavras de Raul Machado Horta, "se a concepção do constituinte inclinar-se pelo fortalecimento do poder federal, teremos o federalismo centrípeto, que Georges Scelle chamou de federalismo por agregação ou associação; se, ao contrário, a concepção fixar-se na preservação do poder estadual emergirá o federalismo centrífugo ou por segregação, consoante a terminologia do internacionalista francês. Pode ainda o constituinte federal modelar sua concepção federal pelo equilíbrio entre as forças contraditórias da unidade e da diversidade, do localismo e do centralismo, concebendo o federalismo de cooperação, o federalismo de equilíbrio entre a União soberana e os Estados-membros autônomos"? Feita esta advertência, propomos a esquematização das tipologias do federalismo. 'f' 7.3.2. L; 7.3.2.1. Tipologias do Federalismo Federalismo por agregação ou por desagregação (segregação) Essa classificação leva em conta a formação histórica, a origem do federalismo em determinado Estado, podendo ser por agregação ou por desagregação. No federalismo por agregação, os Estados independentes ou soberanos resolvem abrir mão de parcela de sua soberania para agregar-se entre si e formar um novo Estado, agora, Federativo, passando a ser, entre si, autônomos. O modelo busca uma maior solidez, tendo em vista a indissolubilidade do vínculo federativo. Como exemplo, podemos citar a formação dos Estados Unidos, da Alemanha e da Suíça. Por sua vez, no federalismo por desagregação (segregação), a Federação surge a partir de determinado Estado unitário que resolve descentralizar-se, "em obediência a imperativos políticos (salvaguarda das liberdades) e de eficiência". 8 O Brasil é exemplo de federalismo por desagregação, que surgiu a partir da proclamação da República, materializando-se, o novo modelo, na Constituição de 1891. '\' 7.3.2.2. Federalismo dual ou cooperativo Ao analisar o modo de separação de atribuições (competências) entre os entes federativos, a doutrina identificou tanto o federalismo dual como o federalismo cooperativo. No federalismo dual, a separação de atribuições entre os entes federativos é extremamente rígida, não se falando em cooperação ou interpenetração entre eles. O exemplo seriam os Estados Unidos em sua origem. Flexibilizando a rigidez do modelo dual (clássico), sobrevém o modelo cooperativo, especialmente durante o século XX, com o surgimento do Estado do Bem-Estar Social, ou Estado-providência. 7 8 Raul Machado Horta, Direito constitucional, 4. ed., p. 306-307. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Curso de direito constitucional, 34. ed., p. 56. 7 o Divisão Espacial do Poder- Organização do Estado 503 Nesse modelo, as atribuições serão exercidas de modo comum ou concorrente, estabelecendo-se uma verdadeira aproximação entre os entes federativos, que deverão atuar em conjunto. Assim, modernamente, percebe-se, cada vez mais, uma gradativa substituição do federalismo dual pelo cooperativo. A doutrina aC.Verte o risco de, a pretexto do modelo cooperativo, instituir-se um federalismo de "faóada", com fortalecimento do órgão central em detrimento dos demais entes federativos e, assim, havendo sobreposição da União, a caracterização de um federalismo de subordinação. Zimmermanrc, contudo, salienta que, se por um lado existe esse risco de negação do próprio federalismo, não se pode deixar de admitir o federalismo cooperativo verdadeiramente

expressa previsão (e aí surgem as funções atípicas) e, diretamente, quando houver delegação por parte do poder constituinte originário, como ocorre, por exemplo, com as leis delegadas do art. 68, cuja atribuição é delegada pelo Legislativo ao Executivo. Pelo que se observa no quadro abaixo, as Constituições de 1891, 1934, 1946, 1967 e a EC n. 1/69 não só foram explícitas ao proclamar a cláusula da indelegabilidade, como tamb~m deixaram clara a possibilidade de interpenetraç ão entre os poderes a ser materializada naquilo que se denominou freios e contrapesos. Vejamos: CONSTITUIÇÕES 1824 • PA~T~ÇÃO DE FUNÇOE_S . . (quadnpart1çao e a regra da tnpart1çao) , INDEPEND~NCIA ORGÂNICA ll Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos ll Não há ressalva expllcita. pela Constituição do Império do Brasil são quatro: .:o Poder Legislativo, o Poder Moderador. o Poder Executivo e o Poder Judicial. D Art. 9.' A divisão e harmonia dos Poderes Polltico‌s é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias, que a Constituição oéer~ce. c Art. 1~- São órgãos da soberania nacional 1891 IJ Art. 79. O cidadão investido em funções o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciá- de qualquer dos três Poderes federais não rio, harmônicos e independentes entre si. poderá exercer as de outro. a Art. 3.•, caput- São órgãos da soberania 1934 l D Art. 3.•, § 1.•- É vedado aos Poderes nacional. dentro dos limites constitucionais, constitucionais delegar suas atribuições. os Poderes legislativo, Executivo e Judiciá- lll Art. 3.•, § 2.• - O cidadão investido na rio, inde:Jendentes e coordenados entre si. função de um deles não poderá exercer a de outro. 592 Direito Constituc ional Esquemat izado® c Não existe um dispositivo explicito, 1937 Pedro Lenza ·····-· ..... muito em- IJ Não há ressalva exp/lcita. bora o texto tenha criado capltulos próprios para o Legislativo e o Judiciário. c Art. 36. São Poderes da União o Legislati- c Art. 36, § 1. 0 - O cidadão investido na vo, o Executivo e o Judiciário, independen - função de um deles não poderá exercer a de tes e harmônicos entre si. outro, salvo as exceções previstas nesta 1946 Constituição. IJ Art. 36, § 2.0 - É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições. --------c Art. 6. 0 , caput-São Poderes da União, in- c Art. 6. parágrafo único- Salvo as excedependent es e harmônicos, o Legislativo, o ções previstas nesta Constituição, é vedado 1967 Executivo e o Judiciário. a qualquer dos Poderes delegar atribuições; o cidadão ir.vestido na função de um deles não poderá exercer a de outro. IJ Art. 6. 0 , caput- São Poderes da União, in- IJ Art. 6.0 , parágrafo únicoSalvo as excedependent es e harmônicos, o Legislativo, o ções previstas nesta Constituição, é vedado 1967 Executivo e o Judiciário. a qualquer c os Poderes delegar atribuições; quem for in•estido na função de um deles 0 . não poderá -exercer a de outro. f-IJ 1988 Art. 2. 0 São Poderes da União, indepen- dentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Exec~tivo IJ !vão há ressalva explícita. e o Judiciário. Embora a regra da indelega bilidade e a enunciação da existência de ressalvas não estejam individual e expressamente estabelecidas na redação da Constituição de 1988 (em um artigo específico, como se observou nos ráeridos textos anteriore s), não há dúvida de que devam ser reconhecidas no ordenamento atual, seja por se tratar da essência da separação de poderes adotada nos Estad;:,s modernos (do contrário , a separação de poderes perderia a sua utilidade), seja porque essas exceções (interferências ou controles recíproc os, em verdadeira interpen etração de poderes, materializando os freios e contrape sos) podem ser expressamente identificadas, o que se viu acima, ao longo da Constitu ição. Por fim, lembre-se de que a CF/88 erigiu à categoria de cláusula pétrea a separação de Poderes (art. 60, § 4.0 , 111). • 8.5. QUESTÕES 1. (Magistratura/SP/170. 0) Como decorrênc ia do principio da independê ncia e harmonia dos Poderes: I) o Poder Executivo não participa do processo legislativo; 11) ao Poder Judiciário prática de atos administrativos; 111) cada um dos Poderes pode organizar livremente é vedada a seus serviços, observand o apenas os preceitos constituci onais e legais. Pode-se c'izer que: a) apenas a afirmativa I é correta; b) apenas a afirmativa 11 é correta; c) apenas a afirmativa 111 é correta; d) há mais de uma afirmativa correta. 2. (OAB/SP/101.0) A divisão dos Poderes, bem como sua independê ncia, não é absoluta. Há interferências que visam ao estabeleci mento de um sistema de freios e contrapeso s à busca do equilibrio necessário . Só não é exemplo de freios e contrapes os: a) o Executivo tem participação important e no Legislativo que· pela iniciativa das leis, quer pela sanção e pelo veto; b) o Congresso, pelo voto da maioria absoluta de seus membr:>s, poderá rejeitar o veto do Executivo; r I I l I l 8 c Separação de "Poderes"- Teoria Geral 593 c) os Tribunais, embora não interfiram no Legislativo, estão autorizados a declarar a inconstitucionalidade das leis; d) o Poder Legislativo se organiza em duas Casas, Câmara e Senado, sistema denominado bicameralismo. 3. (TJ/PI- CESPE/UnB) Quanto às teorias das formas de governo e da soberania, assinale a opção correta: a) Para Maquiavel, as formas de governo são os principados, as repúblicas e as democracias. b) Jean Bodin passou para a história do pensamento político como o teórico da soberania. Como para ele soberania significa poder supremo, o soberano não estaria submetido a qualquer regra, salvo as leis naturais, as divinas e o direito privado. c) Para Hobbes, o poder soberano deve ser dividido, pois a melhor forma de governo seria a do governo misto. d) Para Montesquieu, três são as formas de governo: monarquia, aristocracia e política ou timocracia, que se degeneram por meio da tirania, da oligarquia e da democracia, respectivamente. e) Para Aristóteles, os governos são republicano- no qual todo o povo, ou pelo menos uma parte dele, detém o poder supremo-; monárquico- em que uma só pessoa governa-; e despótico- em que um só arrasta tudo e todos com sua vontade e seus caprichos, sem leis ou freios. 4. (DP/SP/2006- FCC) Sobre o princípio da separação de poderes·, ao prescrever a independência e harmonia entre as diversas funções do Estado (legislativa, executiva e judiciária), bem como um sistema de controles recíprocos, é possível afirmar que: I. A teoria dos checks and balances prevê que a cada função foi dado o poder para exercer um grau de controle direto sobre as Ôutras, mediante a autorização para o exercício de uma parte, embora limitada, das outras funções. 11. Entre 1989 e 1998, 14% das leis aprovadas foram de autoria de deputados e senadores ou de comissões parlamentares, o que demonstra a preponderância do poder executivo na função legislativa no Brasil. 111. A cláusula da separação de poderes prevista no inciso 111 do parágrafo 4.0 do artigo 60 torna inconstitucional emendas que modifiquem o arranjo de separação de poderes existente no texto constitucional. Está correto o que se afirma em a) 11, apenas. b) 111, apenas. c) I e 11, apenas. d) I e 111, apenas. e) I, 11 e 111. 5. (Agente Técnico legislativo de SP- Direito- FCC/2010) No Brasil, as funções atípicas, relacionadas à teoria da separação de poderes: a) são consideradas inconstitucionais, pois ferem a harmonia e a independência dos Poderes. b) só poderão ser realizadas mediante expressa previsão legal. c) possibilitam ao Senado Federal julgar o Presidente da República por crime de responsabilidade. d) permitem aos Tribunais Superiores aprovar súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário. e) garantem ao Poder Executivo prerrogativa para apurar fato determinado e por prazo certo com poderes de investigação próprios das autoridades judiciais. 6. (Procurador de Estado- PGE-AL/CESPE/UnB/2009) Tendo como referência inicial o texto, assinale a opção correta: Quando, na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistrados, o Poder legislativo se junta ao Executivo, desaparece a liberdade; pode-se temer que o monarca ou o senado promulguem leis tirânicas, para aplicá-las tiranicamente. Não há liberdade se o Poder Judiciário não está separado do Legislativo e do Executivo. Se houvesse tal união com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, já que o juiz seria ao mesmo tempo legislador. Se o Judiciário se unisse com o Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. E tudo estaria perdido se a mesma pessoa, ou o mesmo corpo de nobres, de notáveis, ou de populares, exercesse os três 594 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza Poderes: o de fazer as leis, o de ordenar a execução das resoluções públicas e o de julgar os crimes e conflitos dos cidadãos. Montesquieu. In: Norberto Bobbio. A teoria das formas de governo. 10. ed. Brasília: EDUnB, p. 137 (com adaptações). a) Para a moderna doutrina constitucional, cada um dos poderes constituídos exerce uma função típica e exclusiva, afastando o exercício por um poder de função típica de outro. b) A CF, atenta às discussões doutrinárias contemporâneas, não consigna que a divisão de atribuições estatais se faz em três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. c) O poder soberano é uno e indivisível e emana do povo. A separação dos poderes determina apenas a divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos autônomos. Essa divisão, contudo, não é estanque, pois há órgãos de determinado poder que executam atividades típicas de outro. Um exemplo disso, na CF, é a possibilidade de as comissões parlamentares de inquérito obterem acesso a decisão judicial protegida sob o manto do segredo de justiça. d) A edição de súmula vinculante vedando a nomeação de parentes da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança em qualquer dos poderes da União, dos estados, do DF e dos municípios viola o princípio da separação dos poderes. e) A cada um dos poderes foi conferida uma parcela da autoridade soberana do Estado. Para a convivência harmônica entre esses poderes existe o mecanismo de controles recíprocos (checks and balances). Esse mecanismo, contudo, não chega a'o ponto de autorizar a instauração de processo administrativo disciplinar por órgão representante de um poder para apurar a responsabilidade de ato pratica~o por agente público de outro poder. 7. (Analista Judiciário- TRT/17- Área Administrativa- CESPE/UnB/2009) A séparação dos Poderes no Brasil adota o sistema norte-americano checks and balances, segundo o qual a separação das funções estatais é rígida, não se admitindo interferências ou controles recíprocos. 8. (TJ-RR- Administrador- CESPE/UnB/2012) Acerca dos elementos do Estado e da abrangência de seus Poderes, julgue o item a seguir. O sistema checks and balances, criado por ingleses e norte-americanos, consiste no método de freios e contrapesos adotado no Brasil. Nesse sistema, todos os póderes do Estado desempenham funções e praticam atos que, a rigor, seriam de outro poder, de modo que um poder limita o outro. 9. (Técnico Judiciário- Área Administrativa- TRT/3.• Região- FCC/2009) Na hipótese de o TRT da 3.• Região elaborar ou alterar o respectivo Regimento Interno, estará desempenhando uma função: a) atípica administrativa. b) típica jurisdicional. c) atípica legislativa. d) típica judicialiforme. e) atípica autoexecutiva. 10. (STF- Analista Judiciário- Contabilidade- CESPE/2008) A respeito do direito constitucional, julgue o item que se segue: Um tribunal, ao elaborar seu regimento interno, exerce uma função atípica legislativa. 11. (Procurador- TCE-SP- FCC/2011) Considera-se função atípica do Poder Executivo, sob a ótica do princípio da separação de poderes, a previsão constitucional segundo a qual compete ao Presidente da República a) vetar e sancionar projetos de lei. b) suspender a eficácia de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. c) editar decretos e regulamentos para a execução de leis. d) nomear Ministros do Supremo Tribunal Federal, após arguição pelo Congresso Nacional. e) editar leis delegadas e medidas provisórias. 12. (Perito Criminal- Específicos- CESPE/UnB/2011) Acerca dos princípios constitucionais, julgue o item seguinte: Não viola o princípio constitucional da separação dos poderes a apreciação, pelo Poder Judiciário, do ato administrativo discricionário tido por ilegal e abusivo. 8 11 Separação de "Federes" -Teoria Geral 595 13. (Técnico Judiciário - Segurança - TRT6 - FCC/2012) No que concerne à organização dos Poderes da União, é correto afirmar, com base na Constituição Federal, que: a) o Judiciário é hiErarquicamente superior ao Executivo e ao Legislativo, na medida em que àquele incumbe decisão final sobre a constitucionalidade das normas vigentes. b) são independentes e harmônicos entre si, impondo-se influências e limitações recíprocas que se prestam à limitação do poder estatal. c) o Executivo é hierarquicamente superior ao Legislativo, na medida em que lhe é autorizado legislar por meio de medidas provisórias. d) o legislativo é hi~rarquicamente superior ao Executivo, na medida em que pode derrubar o veto do Chefe de Executivo a determinada lei, tornando-a vigente. e) são independentes e harmônicos, não se relacionando entre si, devendo eventual conflito ser dirimido por organismo supranacional. 14. (Analista MPU - CESPE/UnB/2013) No que se refere à CF, às emendas constitucionais e aos princípios fundamentais, julgue o item a seguir: A CF instituiu mecanisnos de freios e contrapesos, de modo a concretizar-se a harmonia entre os Poderes Legislativo, E»ecutivo e Judiciário, como, por exemplo, a possibilidade de que o Poder Judiciário declare a inconstitucionalidade das leis. 15. (Analista legislativ::~/CD- Consultor legislativo- Área 111, CESPE/UnB/2014) A luz dos princípios fundamentais de direito constitucional positivo brasileiro, julgue o item a seguir: Se, em certa ação judicial, o juízo competente impuser ao Poder Executivo determinada obrigação, sob pena de multa diária pelo seu descumprimento, tal imposição não ofenderá o princípio da separaÇão dos poderes. 16. (Administrador- CONSULPLAN/MAPA/2014) Conforme disposto na Constituição Federal de 1988, não existe supremacia entre os Poderes legislativo, Executivo e Judiciário, sendo cada um dotado de uma função típica, sem excluir, contudo, em certas ocasiões, o exercício, por cada um deles, de atribuições próprias dos outros. Com relação aos poderes do Estado e suas funções, é INCORRETO afirmar que o Poder a) Judiciário tem c001o função típica a jurisdicional, que consiste no provimento de decisões, com base na lei. b) Executivo tem como funções precípuas a de fiscalizar e controlar a legalidade· dos atos emanados pelo Poder legislativo. c) legislativo possui a atribuição de funções administrativas, como, por exemplo, quando dispõe sobre sua organização interna. d) Legislativo, de forma típica, tem a função de legislar e fiscalizar, exercendo também os controles político-acknministrativo e financeiro-orçamentário. ri\l GABARITO ~.'!1 1. "c". A "I" é errada, pois, como veremos ao tratar do processo legislativo, o Chefe do Executivo participa por meio de sanção ou veto. A "11" é errada, porque, como vimos, o Judiciário exerce função atípica de natl.l"eza administrativa, por exemplo, ao conceder férias aos seus funcionários. 2. "d". 3. "b". 4. "c". 5. "c". A letra "a" está errada, na medida em que as funções atípicas são introduzidas pelo poder constituinte originário e, assim, perfeitamente possível a instituição de exceções à regra geral. Portanto, a letra "b" também se mostra incorreta, já que a exceção deverá estar prevista na Constituição, e não em lei. A letra "d", por sua vez, está errada, porque a Reforma do Judiciário (EC n. 45/2004) estabeleceu que apenas o STF poderá editar súmula vinculante. Finalmente, a letra "e" está errada, na medida em que a previsão indicada foi constitucionalmente assegurada para a CPI (legislativo!, e não para o Executivo (art. 58, § 3. 0). 596 Direito Constitucional Esquematizado® ---~---~--- ·····-·····-~~ Pedro Lenza ----------· ----------~------ -~ 6. "e''. 1-----~-~---------- 7. "errado". ----~---~~--------- 1----------~----- 8. "certo". ----------~----- 9. "c". 10. "certo". ~----------~~----------·-- 11. "e". 12. "certo". ------- ------- ------- ------- ------- ---13. "b". r----- ------ ------ ------ ------ --14. "certo". 15. "certo". 16. "b". 9 PODER LEGISLATIVO • 9.1. ESTRUTURA DO PODER LEGISLATIVO :L 9.1.1. Estrutura do Poder Legislativo federal A análise do Poder Legislativo (ou, de modo mais técnico, órgão legislatiyo) deve ser empreendida levando em conta a forma de Estado introduzida no Brasil, verificando-se de que modo ocorre a sua manifestação em âmbito federal, estadual, distrital e municipal. Assim, diz-se que no Brasil vigora o bicameralismo,.federativo, no âmbito federal. Ou seja, o Poder Legislativo no Brasil, em âmbito federal, é bicameral, isto é, composto por duas Casas: a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, a primeira constituída por representantes do povo e a segunda, por representantes dos Estados-Membros e do Distrito Federal, adjetivando, assim, o nosso bicameralismo, que é do tipo federativo, como visto. Pelo exposto, outra não poderia ser a redação do art. 44 da CF/88, que diz: "O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal". As regras fundamentais sobre o legislativo federal serão estudadas individualmente, destacando-se a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as reuniões dos parlamentares, as comissões e demais regras atinentes aos Deputados e Senadores, como imunidades, incompatibilidades e impedimentos, perda do mandato etc. Neste momento, teceremos alguns comentários a respeito do legislativo estadual, municipal, distrital e dos Territórios Federais, para, em um segundo momento, voltarmos ao legislativo federal. '"" 9.1.2. Estrutura do Poder Legislativo estadual, municipal, distrital e dos Territórios Federais O Poder Legislativo em âmbito estadual, municipal, distrital e dos Territórios Federais (estes últimos, quando criados), ao contrário da estrutura do legislativo federal, é do tipo unicameral, pois composto por uma única Casa, conforme se observa pela leitura dos arts. 27, 29, 32 e 33, § r, última parte, todos da CF/88. •c;~ 9.1.2.1. Estrutura do Poder Legislativo estadual 0 unicameralismo: o legislativo estadual é exercido pela Assembleia Legislativa, composta pelos Deputados Estaduais, também representantes do povo do Estado; 598 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza El número de deputados estaduais: "o número de Deputados à Assembleia Legislativa corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados Federais acima de doze" (art. 27, caput). Portanto, até o número de 12 Deputados Federais, o número de Deputados Estaduais será obtido pela multiplicação por 3 (o triplo). Acima de 12, segue a seguinte fórmula: y = (x- 12) + 36 -7 em que y corresponde ao número de Deputados Estaduais e x, ao número de Deputados Federais. A fórmula, para facilitar, pode ser assim resumida: y =x + 24, em que y corresponde ao número de Deputados Estaduais e x, ao número de Deputados Federais (quando forem acima de 12). Veja a tabela abaixo e "viva a matemática"!: NÚMERO DE DEPUTADOS FEDERAIS (x) I NÚMERO DE DEPUTADOS ESTADUAIS (y) FÓRMULA 8 24 1 9 27 o triplo 10 30 ·. otriplo 11 33 o triplo 12 36 o triplo 13 37 y = (X- 12) + 36 OU y = X + 24 14 38 y = (x- 12) + 36 ou y = x + 24 o triplo (...) -- I ----- 68' 92 69 93 70 94' -----· --- - y = (x- 12) + 36 ou y = x + 24 y = (x- 12) + 36 ou y = x + 24 y = (x-12) + 36 ouy= x + 24 III mandato: o mandato dos Deputados Estaduais será de 4 anos; 0 outras regras: as regras da CF sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas serão aplicadas aos parlamentares estaduais ' 2 3 O número mínimo de Deputados Estaduais será 24, já que o número mínimo de Deputados Federais é 8, nos termos do art. 45, § 1.0 , da CF/88. Essa pergunta, por incrível que pareça, caiu no X Concurso de Juiz do Trabalho da 14. • RegiãoRondônia e Acre. No mesmo sentido, podemos destacar questão exigindo esse conhecimento na prova de Agente Administrativo- PRF- CESPE/UnB/2012- (vide questões ao final deste capítulo, item 9.16). Então, amigos concurseiros, vejam que, muitas vezes, um pequeno detalhe faz a diferença ..., apesar de, em nosso entender, esse tipo de questão não medir o verdadeiro conhecimento. A fórmula para o sucesso? Muito estudo! Mas estudo estratégico! Isso significa que fazer questões de provas do concurso almejado e de outros pode orientar e encurtar a caminhada! Muito sucesso e contem comigo! O número máximo de Deputados Estaduais será de 94, já que o número máximo de Deputados Federais é de 70, nos termos do art. 45, § 1.0 , da CF/88. 9 c Poder Legislativo 599 (art. 27, § 1.0). Desta feita, o regime reservado aos parlamentares federais será o mesmo a ser observado pelos estaduais; 111 remuner ação: determina o § 2.0 do art. 27 que o subsídio dos Deputados Estaduais será fixado por lei de iniciativa da Assembleia Legislativa, não podendo ser superior a 75% daquele estabelecido, em espécie, para os Deputados Federais, observado o que dispõem os arts. 39, § 4.0 , 57, § 7.0 , 150, li, 153, III, e 153, § 2.0 , I. Trata-se de subteto do funcionalismo a ser respeitado no âmbito do Poder Legislativo Estadual, segundo a regra trazida pela Reforma da Previdên cia (art. 37, XI- EC n. 41/2003). Entendemos que o subteto do funcionalismo a ser observado no âmbito do Poder Legislativo Estadual continua sendo o subsídio do Deputado Estadual, apesar da novidade trazida no art. 37, § 12, pela EC n. 47/2005. Isso porque a parte final é bem clara ao dizer que a flexibilização da "PEC Paralela" não se aplica ao subsídio do Deputado Estadual, que continua sendo o parâmetro e limite, nos termos do art. 37, XI, que não foi modificado. 1,; 9.1.2.2. Estrutur a do Poder Legislati vo municipa l (}] unicame ralismo: o legislativo municipal é exercido pela Câmara Municip al (Câmara dos' Vereadores), composta pelos Vereadores, representantes do povo do Município; !TI número de Vereado res: o número de Vereadores será proporcional à população do Município, até os limites estabelecidos no art. 29, IV, nos termos da redação conferida pela EC n. 58/2009. 4 Cabe lembrar que, antes da EC n. 58/2009, a Resolução n. 21.702/2004/TSE, partindo do julgamento do RE 197.917, que definiu a proporcionalidade em relação ao Município de Mira Estrela, produziu efeitos para todo o País. O mandato : o mandato dos Vereadores será de 4 anos; O inviolabilidade ou imunida de material : os Vereadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município (art. 29, VIII, estudado mais adiante); 4 Contra referida EC n. 58/2009, em 29.09.2009, foi proposta a ADI 4.307 pelo Procurador-Geral da República e, em 02.10.2009, a Ministra Cármen Lúcia deferiu liminar suspendend o a eficácia do 0 art. 3. , I, da EC n. 58/2009, evitando, desse modo, o preenchimento imediato de quase 7 mil vagas então criadas pela denominada "PEC dos Vereadores". Referida liminar foi referendad a pelo Plenário do STF em 11.11.2009, tendo sido concedida liminar também na ADI 4.310 ajuizada pelo Conselho Federal da OAB. Em 11.04.2013, o Plenário do STF julgou procedente o pedido formulado na referida ADI para declarar a inconstitu cionalidad e do inciso I do art. 3." da EC 58/2009. Vejamos: "EC 58/2009. Alteração na composição dos limites máximos das câmaras municipais. Inciso IV do art. 29 da CR. (...) Posse de novos vereadores: impossibilidade. Alteração do resultado de processo eleitoral encerrado : inconstitucionalidade. Contrariedade ao art. 16 da CR. (...) Norma que determina a retroação dos efeitos de regras constitucionais de composiçã o das câmaras municipais em pleito ocorrido e encerrado : afronta à garantia do exercício da cidadania popular (arts. 1.0 , parágrafo único, e 14 da Constituição) e a segurança jurídica ..." (ADI 4.307, Rei. Min. 0 Cármen Lúcia,j. 11.04.2013, Plenário, DJE de 1. .10.2013). 600 Direito Constitucion al Esquematiza do® Pedro Lenza D remuneraç ão: as regras sobre a remuneração dos Vereadores, inicialmente, foram fixadas no art. 29, V, da CF/88, cuja redação foi alterada pela EC n. 19/98. A EC n. l/92 acrescentou o inciso VI ao referido art. 29, que, por sua vez, também foi alterado pela reforma administra tiva (EC n. 19/98). Tanto na primeira reforma como na segunda, fixou-se que o valor da remuneraç ão dos Vereadores corresponderia a, no máximo, 75% do subsídio, em espécie, dos Deputados Estaduais, sendo fixado por lei de iniciativa da Câmara dos Vereadores . Felizmente, de maneira mais transparente, outra reforma sofreu o texto constitucional, por meio da EC n. 25, de 14.02.2000, que alterou o inciso VI do art. 29 e acrescentou o art. 29-A à Constituição Federal, estipulando critérios mais claros e objetivos para o controle dos gastos públicos, no caso em análise, do Poder Legislativo Municipal. Agora, com as novas regras, a fixação dos percentuais não ficará mais ao puro arbítrio dos Vereadores, através de lei de iniciativa da Câmara dos Vereadores, na medida em que· os percentuais máximos já foram estabelecidos pelo próprio poder constituinte derivado reformador, na EC n. 25/2000. De acordo com as novas regras (art. 29, VI, da CF/88), o limite máximo dos subsídios dos Ver!!adores continua a ser 75% do subsídio dos Deputados Estaduais, 5 porém variável de. acordo com o número de habitantes de cada Município, segundo a tabela abaixo, não podendo o total da despesa com a remuneraç ão dos Vereadores ultrapassar o montante de 5% da receita do Município (art. 29, VII): TAMANHO DO MUNICfPIO- NÚMERO DE HABITANTES (y) r-------- ---- y $. 10.000 10.001 I SUBSIDIO MÁXIMO DO VEREADOR(x)% DO SUBSIDIO DOS DEPUTADOS ESTADUAIS 20% 50.000 30% 50.001 :S y :S 100.000 40% $. y $. 100.001 $. y :S 300.000 50% 300.001 $. y :S 500.000 60% 500.001 :S y 75% Dessa forma, de acordo com as novas regras, o subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais , em cada legislatura para a subsequente, ou seja, fica vedada tal prática na legislatura vigente. Na verdade, a fixação dos subsídios continuará a ocorrer na legislatura (período de 4 anos = ao mandato) imediatamente anterior à subsequente, porém até os limites máximos já previamente determinados pela EC n. 25/2000, de acordo com o número de habitantes do Município. Isso porque, conforme já decidiu o STF, a fixação de subsídios na mesma legislatura caracteriza "ato lesivo não só ao patrimônio material do Poder Público, como 5 Assim, por curiosidade, fazendo uma conta rápida, se o subsídio máximo dos Deputados Estaduais corresponde a 75% do subsídio em espécie dos Deputados Federais, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a 56,25% do subsídio em espécie fixado para os Deputados Federais. 9 c Poder Legislativo 601 à moralidade administrativa, patrimônio moral da sociedade" (STF, RE 172.212-6/ SP, Rei. Min. Maurício Corrêa, 2." Turma, DJ 1, de 27.03.1998, p. 19). Ressalte-se que na fixação dos subsídios deverão ser observadas as regras da CF/88, da CE, bem como os critérios estabelecidos na respectiva lei orgânica. Cabe lembrar, ainda, o subteto determinado pela Reforma da Previdência (art. 37, XI, da EC n. 41/2003), qual seja, no Município, nenhum subsídio poderá ser superior àquele do Prefeito. Pois bem, além das regras já mencionadas, a EC n. 25/2000 trouxe outros limites, estes, todavia, com caráter genérico e que foram reescalonados pela EC n. 58/2009. De acordo com o art. 29-A, o total da despesa do Poder Legislativo Municipal, incluídos os subsídios dos Vereadores e excluídos os gastos com inativos, não poderá ultrapassar os percentuais indicados na tabela a seguir, relativos ao somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 5.0 do art. 153 e nos arts. 158 e 159, efetivamente realizado no exercício anterior: Além desses limites, o § 1.0 do art. 29-A, também acrescentado, estatui que a Câmara Municipal não gastará mais de 70% de sua receita com a folha de pagamentos, incluído o gasto com o subsídio de seus Vereadores, ou seja, a remuneração de todo o pessoal da Câmara dos Vereadores. O desrespeito a essa regra constitui crime de responsabilidade do Presidente da Câmara Municipal. Convém lembrar que, dentro dessa filosofia e política de contenção de gastos do Poder Legislativo Municipal, o art. 29, VII, acrescentado pela EC n. 1192, já estabelecia que o total da despesa com a remuneração dos Vereadores (parte da folha de pagamentos) não poderia ultrapassar o montante de 5% da receita do Município. Já o Prefeito Municipal, de acordo com as novas regras, além do crime de responsabilidade previsto no Decreto-lei n. 201167, que será estudado em momento oportuno, praticará crime de responsabilidade caso deixe de efetuar o repasse dos valores para o Poder Legislativo, de acordo com as regras do art. 29-A, § 2.0 , I, Il e III, ou seja: a) efetuar repasse que supere os limites definidos no art. 29-A em análise; b) não enviar o referido repasse até o dia 20 de cada mês; c) enviar o repasse a menor em relação à proporção fixada na lei orçamentária. 602 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza Por fim, devemos destacar a vacatio legis prevista no art. r da EC n. 2512000, que, embora tenha sido publicada no DOU eletrônico de 15.02.2000, só entrou em vigor em 1.0 de janeiro de 2001, abarcando, portanto, essa nova legislatura que se iniciou na mesma data. 9.1.2.3. I I Estrutura do Poder Legislativo distrital O unicameralismo: o legislativo distrital é exercido pela Câmara Legislativa (art. 32, caput), composta pelos Deputados Distritais, que representam o povo do Distrito Federal; rn aplicação das características dos Estados: como determina o art. 32, § 3.0 , aos Deputados Distritais e à Câmara Legislativa aplica-se o disposto no art. 27, ou seja, todas as regras estabelecidas para os Estados valem para o Distrito Federal. :;; 9.1.2.4. Estrutura do Poder Legislativo dos Territórios Federais D regra geral: o art. 33, § 3. última parte, determina que a lei disporá sobre as eleições para a Câmara Territorial e sua competência deliberativ~. Como não existem Territórios Federais (apesar de poderem vir a ser criados), ainda não foi regulamentado esse dispositivo constitucional. Cabe observar que, quando criados, de acordo com o art. 45, § 2.0 , cada Território elegerá o número fixo de 4 Deputados Federais, para compor a Câmara dos Deputados do Congresso Nacional. 0 , • 9.2. ATRIBUIÇÕES DO CONGRESSO NACIONAL De acordo com o art. 48 da CF/88, cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: IJ sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas; O plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado; O fixação e modificação do efetivo das Forças Armadas; ETI planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento; mlimites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União; El incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Territórios ou Estados, ouvidas as respectivas Assembleias Legislativas; Bl transferência temporária da sede do Governo Federal; Gl concessão de anistia; 1]1 organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios, e organização judiciária e do Ministério Público do Distrito Federal (EC n. 69/2012); 9 c Poder Legislativo 603 Cl criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, "b", já que, quando vagos os cargos ou funções públicas, caberá ao Presidente, mediante decreto, dispor sobre a extinção; O criação e extinção de Ministérios e órgãos da Administração Pública (confira, também, o art. 88 da CF/88, alterado pela EC n. 32/2001); D telecomunicações e radiodifusão; O matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações; D moeda, seus limites de emissão e montante da dívida mobiliária federal; D fixação do subsídio dos Ministros do STF, observado o que dispõem os arts. 39, § 4.0 ; 150, II; 153, III; e 153, § 2.0 , I. Alertamos que, de acordo com o art. 84, VI, "a", na nova redação dada pela EC n. 32/2001, compete privativamente ao Presidente da República (cf. parágrafo único do art. 84) dispor, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar o aumento de despesa nem a criação ou extinção de órgãos públicos. Agora cuidado. O art. 49 trata das matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional, sendo dispensada .a manifestação do Presidente da República, através de sanção ou veto (iirt. 48, caput). Como veremos ao comentar as espécies normativas, as atribuições referidas no art. 49 são materializadas por decreto legislativo.6 Para os concursos públicos, entendemos indispensável o conhecimento das referidas matérias, fazendo-se um contraponto em relação àquelas do art. 48. Dessa forma, é da competência exclusiva do Congresso Nacional (art. 49): D resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; D autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar (cf. LC n. 90/97, com as alterações introduzidas pela LC n. 149/2015); O autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias; D aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas; O sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; D mudar temporariamente sua sede; O fixar idêntico subsídio para os Deputados Federais e os Senadores, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4.0 , 150, li, 153, III, e 153, § 2.0 , I; O fixar os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4.0 , 150, II, 153, III, e 153, § 2.0 , I; 6 Para as provas, recomendamos a leitura atenta dos arts. 48 e 49. 604 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza O julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo; O fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta: O zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes; O apreciar os atos de concessão e renovação de concessã:> de emissoras de rádio e televisão; O escolher dois terços dos membros do Tribunal de Comas da União; O aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atívida des nucleares; O autorizar referendo e convocar plebiscito; O autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aprove itamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais; Q aprovar, previamente, a alienação ou conces são de te::ras públicas com área superior a dois md e quinhentos hectares. • 9.~. CÂMA RA DOS DEPUTADOS 9.3.1. Aspectos funda menta is O compo sição: a Câmar a dos Deputados é composta J:Or repres entant es do povo,7 ou seja, por Deputados Federais eleitos que manif: !stam a vontade popular. Lembramos que todo o poder emana do povo, que o exerce, ou de forma direta (ex.: plebiscito, referendo e iniciativa popular soberania popular, art. 14, 1-III), ou por meio de seus representantes, que em âmJito federal são os Deputados Federais (cabe repetir que, nas outras esferas, o Poder Legislativo é unicam eral, sendo eleitos, também, pelo povo, para represe ntá-los, os Deputados Estaduais, Deputados Distritais e Vereadores, respec tivamente para o legislativo estadual, do Distrito Federal e municipal). Por fim. destacamos que cada Território Federal, quando criado, elegerá o número fixo de 4 Deputados Federais, independentemente da população, não havendo represe ntação no Senado Federal, já que não terão autonomia federativa, sendo simple s descentralização da União - autarquia federal; Cl eleição: os Deputados Federais são eleitos pelo povo segundo o princí pio propo rciona l. Ou seja, "o número total de Deputados, bem como a representação por Estados e pelo Distrito Federal, será estabelecido em lei complementar, proporcionalmente à popula ção, 8 procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidad es da Federação tenha menos de oito ou mais de setent a Deputados" (art. 45, § 0 1.); 7 8 Entendam-se por povo os brasileiros natos e naturalizados descritos no art. 12 da CF/88. Confira a importante novidade traz

Supremo que havia renunciado ao mandato de deputad o" (Notícias do STF de 27.03.2014). Nesse caso concreto, o STF entendeu não ter havido fraude processu al e abuso de direito e, assim, determinou, depois de mais de 9 anos de tramitaç ão do feito, a sua remessa para o juízo de primeir o grau. Diferentemente do entendimento firmado na AP 396, houve o afastam ento do risco de prescrição da pena em abstrato e não se reconheceu, como dissemos, a caracterização de abuso de direito. Propôs, então, o Min. Roberto Barroso, Relator, a definição de um critério geral mais objetivo para o reconhecimento da fraude em casos futuros. Infelizm ente, no referido julgado , não houve maioria absolut a para a definiçã o do marco temporal, deixand o a Corte essa fixação para um outro momen to. 45 Notfcias STF, 28.10.20 10- publicado o acórdão (AP 396, Rei. Min. Cármen Lúcia, j. 28.10.2010, Plenário, DJE de 28.04.2011), houve a interposição de embargos de declaraçã o, rejeitados por unanimidade em 13.12.2012, DJE de 08.02.2013. Interpostos segundos embc.rgos , também não foram conhecidos e, em 26.06.2013, certificou-se o trânsito em julgado, expedindo -se o competente mandado de prisão (AP 396-ED-E D, Rei. Min. Cármen Lúcia,j. 26.6.2013, Plenário, DJE de 30.09.2013). 9 a Poder Legislativo 653 Diante da importância do tema, gostaríamos de esquematizar, para reflexão, as propostas lançadas pelos Ministros para o reconhecimento da manutenção da competência do Tribunal, mesmo no caso de renúncia parlamentar. Vejamos as sugestões de marcos temporais a manter a competência do STF, definição essa, aliás, que entendemos fundamental para que não se tenha incerteza de como deve ser a regra processual, especialmente em matéria penal. Assim, se a renúncia se der em momento posterior aos indicados abaixo, o STF continuaria competente para julgar a ex-autoridade: B Ministro Roberto Barroso: recebimento da denúncia, aplicando-se, analogicamente, o art. 55, § 4.0 , CF/88; m Ministro Teori Zavascki: endossou a proposta de Barroso; D Ministro Luiz Fux: endossou a proposta de Barroso; lEI Ministro Joaquim Barbosa: endossou a proposta de Barroso; 8 Ministra Rosa Weber: encerramento da instrução processual (art. 11 da Lei n. 8.038/90); D Ministro Dias Toffoli: lançamento, p"elo relator da ação penal, do visto com a liberação do processo ao revisor; 121 Ministro Celso de Mello: não entendeu conveniente a definição de marco temporal, devendo a análise se dar caso a caso; O Ministro Gilmar Mendes: não entendeu conveniente a definição de marco temporal, devendo a análise se dar caso a caso; Q Ministro Marco Aurélio: não entendeu conveniente a definição de marco temporal, devendo ~ análise se dar caso a caso; O Ministro Ricardo Lewandowski: ausente justificadamente; Q Ministra Cármen Lúcia: ausente justificadamente. ~~ 9.9.2.4. Foro por prerrogativa de função e jurisdições de categorias diversas -a discussão sobre o desmembramento As prerrogativas de foro são definidas pela Constituição em relação às autoridades no exercício efetivo da função. Assim, de acordo com o entendimento fixado pela Corte, por exemplo e conforme visto, um ex-parlamentar não teria mais a referida prerrogativa com o término do seu mandato ou nas citadas hipóteses de fraude. Contudo, em razão de circunstâncias especiais a serem apreciadas, demonstradas e justificadas em cada caso concreto, lembrando que, nos termos do art. 78, III, do CPP, no concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação, poder-se-á deliberar no sentido do julgamento conjunto de todos os corréus (cf. lnf. 673/STF). Esse entendimento, negando o desmembramento, foi o que se verificou no julgamento do "mensalão" (lnq. 2.245 e correspondente AP 470), no qual, dos 38 réus, 654 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza apenas 3 eram parlamentares, e, diante dessa circunstância, decidiu a Corte, em razão da prerrogativa, no sentido da competência do STF para o julgamento de todos 46 os réus. Vejamos: "Questão de ordem. Inquérito. Desmembramento. Art. 80 do CPP. Critério subjetivo afastado. Critério objetivo. Inadequação ao caso concreto. Manutenção integral do inquérito sob julgamento da Corte. Rejeitada a proposta de adoção do critério subjetivo para o desmembramento do inquérito, nos termos do art. 80 do CPP, resta o critério objetivo, que, por sua vez, é desprovido de utilidade no caso concreto, em face da complexidade do feito. Inquérito não desmembrado. Questão de ordem resolvida no sentido da permanência, sob a jurisdição do STF, de todas as pessoas denunciadas" (lnq 2.245-QO-QO, Rei. Min. Joaquim Barbosa, j. 06.12.2006, Plenário, DJ de 09.11.2007, e entendimento mantido na solução de questão de ordem que se colocou na correspondente AP 470, em 02.08.2012 -cf. outros detalhes do tema no item 10.4.15.4). I I I I Devemos deixar claro, contudo, que o desmembramento é a regra. Somente em situações excepcionalíssimas é que deve haver o julgamento conjunto no Tribunal com jurisdição de maior graduação. (Remetemos o nosso ilustre leitor para o item 10.4.15.4, no_qual desenvolvemos a matéria e trazemos importante tentativa de roteirização proposta pelo Min. Roberto Barroso no julgamento do lnq 3.515 AgR/SP, Rei. Min. Marco Aurélio, j. 13.02.2014, Plenário, DJE de 25.02.2014.) .. 9.9.2.5. I Outras garantias O sigilo de fonte: de acordo com o art. 53; § 6. e conforme já estabelecido antes do advento da EC n. 35/2001, "os Deputados e Senadores não serão obri0 , I gados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações"; 121 incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores: "a incorporação às Forças Armadas de Deputados c Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva" (art. 53, § 7.0 , mantida a referida garantia na EC n. 35/2001); o imunidades durante a vigência de estado de sítio e de defesa: como regra geral, durante a vigência desses estados de anormalidade, os parlamentares não perdem as imunidades. Apenas durante o estado de sítio as imunidades poderão ser suspensas, mediante o voto de 2/3 dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso, que sejam incompatíveis com a execução da medida (art. 53, § 8.0 , regra essa mantida pela EC n. 35/2001). 46 Interessante anotar que o STF, em 15.08.2012, acolheu preliminar de cerceamento de defesa suscitada pelo Defensoria Pública Federal pela falta de intimação de advogado constituído, anulando o processo a partir da defesa prévia e determinando o desmembramento do feito, com a remessa dos autos para a justiça de primeira instância, para dar andamento à persecução penal (lnf 675/STF). l 9 c Poder Legislativo 655 · 9.9.2.6. As imunidades parlamentares podem ser renunciadas? Imaginem vocês, candidatos que se preparam para concursos públicos, que, em determin ado momento, o examinad or formule as seguintes questões: D José da Silva, deputado federal, no exercício do mandato, portanto, após a diplomação, comete um crime. Recebida a denúncia no STF, após ser dada ciência ao Parlamento há sustação do andamen to da ação. O deputado, inconformado com a acusação, faz questão de ser processado, para provar a sua inocência. Que deverá fazer? Como as imunidades parlamentares dizem respeito ao cargo que ocupa e não à pessoa, a única maneira que o parlamentar encontra rá para provar a sua inocência será esperar o término do mandato, ou renuncia r de imediato, para que perca, então, a imunidade; O José da Silva, deputado federal, na tribuna, em empolgante discurso, declara que o governo federal desviou verba do erário público, de forma irregular. Em meio à empolgação, diz ter dados seguros e, inclusive, diz renunciar às suas imunidades para provar que fala a verdad~. Isso é possível? Não, na· medida em que as imunidades são irrenunciáveis. Caso fale isso, podemos encarar como mera demagog ia política! Portanto, devemos observar, mais uma vez, que as imunidades parlamentares são irrenunciáveis por decorrerem da função exercida, e não da figura do parlamen tar. Assinalou Celso de Mello que "o instituto da imunidade parlamen tar atua, no contexto normativo delineado por nossa Constituição, como condição e garantia de independência do Poder Legislativo, seu real destinatário, em face dos outros poderes do Estado. Estende-se ao congressista, embora não constitua uma prerrogat iva de ordem subjetiva deste. Trata-se de prerroga tiva de caráter institucio nal, inerente ao Poder Legislativo, que só é conferida ao parlamen tar 'ratione muneris' , em função do cargo e do mandato que exerce. É por essa razão que não se reconhec e ao congress ista, em tema de imunidade parlamentar, a faculdad e de a ela renuncia r. Trata-se de garantia institucional deferida ao Congress o Nacional. O congress ista, isoladam ente consider ado, não tem, sobre ela, qualque r poder de disposiç ão" (Inq. 510/DF, Rei. Min. Celso de Mello, j. 1. .02.1991, Plenário, RTJ 1351509). 0 fti 9.9.2.7. As imunidades parlamentares estendem -se aos suplentes? As imunidades parlamentares são prerrogativas que decorrem do efetivo exercício da função parlamentar. Não são garantias da pessoa, mas prerrogativas do cargo. Assim, as imunidad es, inclusive o foro privilegiado, não se estendem aos suplentes , a não ser que assumam o cargo ou estejam em seu efetivo exercício: "Suplente de Senador. Interinidade. Competência do STF para o julgamento de ações penais. lnaplicabilidade dos arts. 53, § !.",e 102, I, 'b', da Constituição Federal. Retorno do titular ao exercício do cargo. Baixa dos autos. Possibilidade. (...) Os membros do Congresso Nacional, pela condição peculiar de representantes do povo ou dos Estados que ostentam, atraem a competência jurisdicional do STF. O foro especial possui natureza intuitufuncionae, ligando-se ao cargo de Senador ou Deputado e não à pessoa do parlamentar. Não se cuida de prerrogativa intuitu personae, vinculando-se ao cargo, 656 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza ainda que ocupado interinamente, razão pela qual se admite a sua perda ante o retorno do titular ao exercício daquele. A diplomação do suplente não lhe estende automaticamente o regime político-jurídico dos congressistas, por constituir mera formalidade anterior e essencial a possibilitar a posse interina ou definitiva no cargo na hipótese de licença do titular ou vacância permanente" (Inq. 2.453-AgR, Rei. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17.05.2007, DJ de 29.06.2007). Nesse sentido, cf., ainda, Inq. 2.421-AgR, Rei. Min. Menezes Direito, j. 14.02.2008, DJE de 04.04.2008. No mesmo sentido: Inq. 2.800, Rei. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 23.06.2010, DJE de 19.08.2010 (lnf 595/STF- transcrição). ~ 9.9.3. Parlamentares estaduais Aos Deputados Estaduais (cf. art. 27, § 1.0) serão aplicadas as mesmas regras previstas na Constituiçã o Federal sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimen tos e incorporaçã o às Forças Armadas. Quando dizemos "mesmas regras", observar a correspondência, ou seja, ao falar em prisão, somente no caso de flagrante delito de crime inafiançável, devendo os autos ser remetidos à Assembleia Legislativa dentro de 24 horas para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. Ao falar em competência por prerrogativa de função, de acordo com a Constituição do Estado de São Paulo, por exemplo, entenda-se a do Tribunal de Justiça. Ao falar em prática de crime comum após a diplomação, o TJ poderá instaurar o processo sem a prévia licença da Assembleia Legislativa, mas deverá a ela dar ciência, sendo que, pelo voto da maioria de seus membros, o Poder Legislativo Estadual poderá sustar o andamento da ação. Por fim, entenda-se plenamente assegurada a imunidade material dos Deputados Estaduais, que são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. Da mesma forma como ocorre com os parlamentares federais, não há mais (após a EC n. 35/2001) imunidade formal para crimes praticados antes da diplomação . ioi1 9.9.4. Parlamenta res municipais De acordo com o art. 29, VIII, como já visto, os Municípios reger-se-ão por lei orgânica, que deverá obedecer, dentre outras regras, à da inviolabilid ade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município. Ou seja, o Vereador Municipal somente terá imunidade material (excluindo-se a responsabilidade penal e a civil), desde que o ato tenha sido praticado in officio ou propter officium e na circunscriç ão municipal, não lhe tendo sido atribuída a imunidade formal ou processual. Nesse sentido, precisas são as palavras do Min. Celso de Mello: l "EMENTA: 1. A garantia constitucional da imunidade parlamenta r em sentido material (CF, art. 29, VIII, c/c o art. 53, caput) exclui a responsabilidade penal (e também civil) do membro do Poder Legislativo (Vereadores, Deputados e Senadores), por manifestações, orais ou escritas, desde que motivadas pelo desempenho do mandato ll 657 9 c Poder Legislativo (prática in officio) ou externada s em razão deste (prática propter officium). Tratando-se de Vereador, a inviolabilidade constitucional que o ampara no exercício da atividade legislativa estende-se às opiniões, palavras e votos por ele proferidos, mesmo fora do recinto da própria Câmara Municipal , desde que nos estritos limites territoriais do Município a que se acha funcionalm ente vinculado . Precedentes. AI 631.276/SP, Rei. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). 3. Essa prerrogativa político-j urídica- que protege o parlamentar (como os Vereadores, p. ex.) em tema de responsabilidade penal incide, de maneira ampla, nos casos em que as declarações contumeliosas tenham sido proferidas no recinto da Casa legislativa, notadamente da tribuna parlamentar, hipótese em que será absoluta a inviolabilidade constitucional. Doutrina. 0 Precedentes" (AI 818.693, Rei. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 1. .08.2011, DJE de 03.08.2011. No mesmo sentido, cf. HC 74.201, j. 12.11.1996). Além disso, nos termos do art. 29, IX, a lei orgânica também deverá observar as proibições e incompatibilidades, no exercício da vereança, similares, no que couber, ao disposto na CF para os membros do Congresso Nacional e na Constituição do respectivo Estado, para os membros da Assembleia Legislativa. • 9.10. INCOMPATIBILIDADES E IMPEDIMENTOS DOS PARLAMENTARES FEDERAIS Em decorrência da sua nobre função, aos parlamentares é vedado o exercício de algumas atividades, bem como determinados comportamentos, desde a expedição do diploma e, posteriormente, após tomarem posse. Os Deputados e Senadores não poderão, enuncia o art. 54, I e 11, da CF/88: firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes; c aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que se· jam demisslveis ad nutum, nas entidades constantes da alínea anterior. c 1- DESDE A EXPEDIÇÃO DO DIPLOMA ser proprietários , controladore s ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurldica de direito público, ou nela exercer função remunerada; c ocupar cargo ou função de que sejam demisslveis ad nutum, nas entidades re· c 11 - DESDE A POSSE feridas no inciso I, "a"; []patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que serefere o inciso I, "a"; ll ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo. PERDA DO MANDAT O DO DEPUTADO OU SENADOR ~:; 9.11.1. Hipóteses de perda do mandato e suas peculiarid ades • 9.11. O art. 55 da CF/88 estabelece que perderá o mandato o parlamentar federal: I PECULIARIDADES HIPÓTESES DE PERDA DO MANDATO (ART. 55) será decidida pela Câmara l-quando o parlamentar infringir qualquer das proi- § 2.• a perda do mandato dos Deputados ou pelo Senado Federal. por maioria bições estabelecidas no art. 54 (quadro anterior); absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido polltico representado no Congresso Na- ____ ·~i_()r1~1,_~~·~~j:11J!.a_~~·~rn.P.!cutar a voz das ruas", o Parlamento passou a analisar duas propostas de emenda: a) "PEC do voto aberto" (pois, naquele momento, a votação ainda era secreta); b) PE2 que estabelece a perda imediata do mandato de parlamen tar condenado por crimes contra a Administração Pública. A primeira foi aprovada e promulgada como EC n. 76/2013. A segunda, até o fechamento desta edição, ainda estava sendo discutida no Parlamento (matéria pendente). Em 12.02.2014, em nova votação e à luz da regra introduzida pela EC n. 76/2013, a Câmara dos Deputados cassou, por 467 votos favoráveis e 1 abstenção, o mandato do Deputado Federal N. D., assumindo, assim, de modo definitivo o seu suplente. A sociedade presenciou a histórica primeira votação aberta na Câmara dos Deputados, "corrigindo" o dito "erro político" cometido na primeira votação (pelo voto fechado) que o manteve no cargo (Agência Câmara Notícias). " Registraram-se 233 votos pela cassação, 131 pela manutenção e 41 abstenções , tàltanJo, assim, 24 votos para a perda do mandato. Curiosamente, apesar de registrada a presença de quase 460 deputados, apenas 405 votaram, muitos se retirando do plenário de votação! Conforme decidiu o Presidente da Câmara dos Depmados, Henrique Alves, "tendo em vista a rejeição do parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, que opinava pela procedência da Representação, esta Presidência dará consequência à decisão do Plenário. Todavia, uma vez que, em razão do cumprimento da pena em regime fechado, o Deputado Natan Donadon encontra-s e impossibilitado de desempenh ar suas funções, considero-o afastado do exercício do mandato e determino a convocação do suplente imediato, em caráter de substituição, pelo tempo que durar o impedimento do titular. Acrescente-se que a representação da Câmara dos Deputado não pode permanece r desfalcada indefinidamente, assim como a sociedade e o Estado de Rondônia não podem ficar privados de um de seus representantes" (, acesso em 02.02.2014). 664 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza Esse novo julgamento teve por objeto a Rep. 22/2013, apresentada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) e que apontou dois motivos para a quebra do decoro (art. 55, I I - portanto, outro fundamento): a) ter o deputado votado no processo de perda do seu próprio mandato, violando o regimento interno (an. 180, § 6.0); b) ter saído, nas dependências externas da Câmara, "algemado e tramportado de camburão do serviço penitenciário para o Presídio da Papuda, em Brasília", o que afetaria a imagem da Casa. ··i 9.11.5. É possível a renúncia do cargo por parlamentar submetido a processo que vise ou possa levá-lo à perda do mandato? Sim, é possível a renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levá-lo à perda do mandato. Todavia, nessa hipótese, a EC de Revisão n. 6/94, constitucionalizando o previsto no art. l.o e seu parágrafo único do Decreto Legislativo n. 16, de 24.03.1994 (art. 55, § 4.0 , da CF/88), veio disciplinar que a aludida renúncia terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais descritas nos §§ 2:0 e 3.0 do art. 55. Assim, nos termos do decreto, a renúncia "... fica sujeita à condição suspensiva, só produzindo efeitos se a decisão final não concluir pela perda do mandato". No caso de ter sido a decisão final pela perda do mandato, o parágrafo único do aludido decreto legislativo dispõe que a declaração de renúncia será arquivada, não produzindo efeitos no sentido de que já terá sido declarada a perda do mandato. • 9.12. HIPÓTESES EM QUE NÃO HAVERÁ A PERDA DO MANDATO DO DEPUTADO OU SENADOR E OUTRAS REGRAS O art. 56 da CF/88 enumera as hipóteses em que o Deputado ou Senador não perderá o mandato, quais sejam: Cl quando investido nos cargos de: Ministro de Estad:>, Governador de Território, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de Capital ou chefe de missão diplomática temporária (art. 56, I); O quando licenciado pela respectiva Casa por: motivo de doença (art. 56, 11, 1.• parte); D quando licenciado pela respectiva Casa para: tratar, sem remuneração, de interesse particular, desde que, neste caso, o afastamento não ultrapasse 120 dias por sessão legislativa (art. 56, 11, 2.• parte). Algumas outras regras também foram estabelecidas, concernentes a temas correlatos às regras acima expostas. Vejamo-las: El nos casos de vaga, investidura em funções previstas no art. 56, I, ou licença superior a 120 dias: haverá convocação do suplente para assumir o mandato (art. 56, § 1.0) ; I I I 9 o Poder Legislativo 665 15 meses para O ocorre ndo vaga, não havend o suplen te e faltand o mais de a vaga (art. 56, her o término do mandato: será feita nova eleição para preenc § 2.0); , Govern aO nas hipóteses de investi dura nos cargos de Minist ro de Estado Territó rio, de l, dor de Territó rio, Secret ário de Estado , do Distrit o Federa rária (art. tempo de Prefeit ura de Capita l ou chefe de missão diplom ática o; mandat do ração 56, 1): o Deputado ou Senador poderá optar pela remune investi dura nos O haverá perda das imunid ades parlam entare s no caso de I, o parlamentar cargos acima aponta dos? Sabemos que, por força do art. 56, , ficarão susfederal não perderá o mandato. No entanto, perder á (ou melhor o art. 102, § com e, pensas) as imunid ades parlam entares , de acordo, inclusiv apesar Assim, io. contrár 0 1. , do RISTF, que cancel ou a Súmula 4, a qual dizia o sas; 55 suspen ficarão s entare de não perder o manda to, as imunid ades parlam o parlam entar O e a prerro gativa de foro em matéri a penal subsist e se caso de estar estiver afastad o nas hipótes es do art. 56, por exemp lo, no parlam entaos visto, . investi do no cargo de Minist ro de Estado ? Confor me suspenades fmqnid as com . res não perdem o mandato (art. 56. I), mas ficam o STF r, cautela de sede em sas. Contudo, em situação particular, ao menos em foro de ativa prerrog da ucional entendeu estar preserv ada a garantia constit matéria penal. cautelar no MS Essa questão foi analisada pela Corte no julgamento da medida nção da prermanute a ou confirm 56 o, precisã com a, Barbos 25.579, e o Min. Joaquim rogativa de foro. ção e processaTratava-se de manda9o de segurança buscando trancar a tramita do Federal liDeputa de entar parlam decoro de quebra mento de representação por cenciado e investido no cargo de Ministro de Estado. pedido de limiDe acordo com o voto divergente e vencedor (no julgam ento do se caracterinão , Estado de o Ministr de o condiçã na nar), embora tenha praticado atos m o Cóviolava que as condut sim, mas, va, executi função à zavam como inerentes foro no de ativa digo de Ética parlam entar, preservando-se, portanto, a prerrog tocante à matéria penal. 55 56 Executivo não tem imunidade "O deputado afastado de suas funções para exercer cargo no Poder em que se pretendia o trancorpus habeas indeferiu parlamentar. Com esse entendimento, a Thrma época dos fatos narrados na deà que, estadual deputado contra a instaurad penal ação da camento Precedente citado: Inquérito 104núncia, encontrava-se investido no cargo de secretário de Estado. 11.12.98" (lnf 135/STF). RS (RTJ 99/477). HC 78.093-AM, Rei. Min. Octavio Gallotti, 05, Plenário, DJ de 24.08.2007. Em MS 25.579-MC, Rei. p/ o ac. Min. Joaquim Barbosa,j. 19.10.20 mérito, em razão da perda supervedo resolução sem extinto, julgado foi MS referido 10, 18.02.20 exercício do cargo de Ministro da niente de objeto, já que o então parlamentar, licenciado para o seu mandato cassado, pelo plenário o teve a, indeferid fora liminar a que em medida na Civil, Casa dos Deputados, o mandato foi, da Câmara. Além disso, com o fim da 52. • Legislatura da Câmara também, definitivamente extinto. 666 Direito Constitucional Esquematizado® • 9.13. Pedro Lenza PROCESSO LEGISLATIVO 9.13.1. Considerações introdutórias O processo legislativo consiste nas regras procedimentais, constitucionalmente previstas, para a elaboração das espécies normativas, regras estas a serem criteriosamente observadas pelos "atores" envolvidos no processoY Nesse sentido é que o art. 59 da CF/88 estabelece que o processo legislativo envolverá a elaboração das seguintes espécies normativas: UJ B emendas à Constituição; (J) leis complementares; El leis ordinárias; m leis delegadas; B medidas provisórias; mdecretos legislativos; O resoluções. Regulamentando o parágrafo único do art. 59 da CF/88, a LC n. 95/98, alterad.a pela LC n. 107/2001, dispôs sobre as técnicas de elaboração, redação, alteração das leis, bem como sua consolidação, e de outros atos normativos. A importância fundamental de estudarmos o processo legislativo de formação das espécies normativas é sabermos o correto trâmite a ser observado, sob pena de ser inconstitucional a futura espécie normativa. Quando estudamos as regras sobre controle de constitucionalid ade, apontamos que uma espécie normativa poderia apresentar um vício formal (subjetivo ou objetivo) ou um vício material; vícios esses caracterizadores da inconstitucionalidade. O vício formal, como apontado, diz respeito ao processo de formação da lei (processo legislativo), cuja mácula pode estar tanto na fase de iniciativa (vício formal subjetivo) como nas demais fases do processo de formação da lei (vício formal objetivo, por exemplo, desrespeito ao quorum de votação). Já o vício material refere-se ao conteúdo da espécie normativa, à matéria por ela tratada. Em decorrência de todos esses detalhes é que se estabelece um controle prévio ou preventivo, realizado não só pelo Legislativo (Comissões de Constituição e Justiça) como, também, pelo Executivo (por meio do veto), sem falar, é claro, do controle repressivo, ou posterior, cujo objeto é a lei ou ato normativo Uá constituídos), sendo realizado pelo sistema difuso ou concentrado (lembrar que o controle de constitucionalidade no Brasil é jurisdicional misto). Para descrever o processo legislativo e suas diversas etapas, didaticamente, começaremos pelo processo de elaboração das leis ordinárias, por ser o mais com57 José Afonso da Silva define o processo legislativo como "um conjunto de atos preordenados visando à criação de normas de direito. Esses atos são: a) iniciativa legislativa; b) emendas; c) votação; d) sanção e veto; e) promulgação e publicação" (Curso de direito constitucional positivo, p. 458). 9 11 Poder Legislativo 667 plexo de todos, juntamente com o processo de elaboração das leis complementa res, cujas diferenças, como veremos, são poucas. Posteriormente, quando estivermos tratando das demais espécies normativas, apontaremos as peculiaridades que as individualizam . . 9.13.2. Esquema do processo legislativo das leis ordinárias e complementares 9.13.3. Fase de iniciativa A primeira fase do processo legislativo é a fase de iniciativa, deflagradora, iniciadora, instauradora de um procedimento que deverá culminar, desde que preenchidos todos os requisitos e seguidos todos os trâmites, com a formação da espécie normativa. Buscando critérios classificatórios, dividimos as hipóteses de iniciativa em: geral, concorrente, privativa, popular, conjunta, do art. 67 e a parlamentar ou extraparlamentar. ·,; 9.13.3.1. Regra geral para a iniciativa De maneira ampla, a CF atribui competência às seguintes pessoas e aos órgãos, conforme prevê o art. 61, caput (iniciativa geral): 668 Direito Constit ucional Esquematizado® Pedro Lenza r \ i 111 qualquer Deputado Federal ou Senador da República; Q Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional; O Presidente da República; O Supremo Tribunal Federal; El Tribunais Superiores; D Procurador-Geral da República; D cidadãos. F! 9.13.3.2. Iniciat iva conco rrente A iniciativa conco rrente refere-se à competência atribuída pela Constituição a mais de uma pessoa ou órgão para deflagrar o processo legislativo. Como exemplo podemos lembrar a iniciativa para elaborar leis complementar es e ordinárias, concedida a qualquer memb ro ou Comissão da Câma ra, Senad o ou Congr esso, ao President e da Repúb lica e aos cidadã os . . Outro exemplo de iniciativa concorrente a ser lembrado, e que será estudado oportunamente, diz respeito à alteração da Constituição por meio de emendas constitucionais (cf. art. 60, I, II e III). r; 9.13.3.3. Iniciat iva "priva tiva" (reservada ou exclusiva) Algumas leis são de iniciativa privativa de determinadas pessoas ou órgãos, só podendo o processo legislativo ser deflagrado por eles, sob pena de se configurar vício formal de iniciativa, caracterizador da inconstitucionalidade do referido ato normativo. Muito embora a Constituição fale em competência privativa, melhor seria dizer, em muitas das hipóteses, compe tência exclusiva (ou reserv ada), em razão da marca de sua indelegabilidade, como se percebe a seguir. ro·o, 9.13.3.3.1. Iniciat iva reservada ao Presidente da República Como exemplo, temos o art. 61, § 1.0 , que estabelece como leis de iniciat iva privat iva do Presid ente da Repúb lica as que: Q fixem ou modif iquem : os efetivos das Forças Armadas; 58 lill dispon ham sobre: a) criação de cargos, funções ou empreg os públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remun eração; b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçam entária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; c) servido res públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos , estabilidade e aposentadoria; 59 d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública " Como exemplo, destacamos a Lei n. 12.918/2013, de iniciativ a da Preside nte Dilma Rousse ff, que modificou os efetivos do Exército (art. 142), em tempo de paz. 59 Alínea "c" com redação determinada pela EC n. 18/98. 9 c Poder Legislativo ---------- ------- 669 da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; 60 e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da Administração Pública, observado o disposto no art. 84, VI (nova redação determinada pela EC n. 32, de 11.09.2001); f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva. 61 9.13.3.3.2. Iniciativa reservada aos Governadores dos Estados e do DF e aos Prefeitos -simetria com o modelo federal As hipóteses previstas na Constituição Federal de iniciativa reservada do Presidente da República, pelos princípios da simetria e da separação de Poderes, devem ser observadas em âmbito estadual, distrital e municipal, ou seja, referidas matérias terão de ser iniciadas pelos Chefes do Executivo (Governadores dos Estados e do DF e Prefeitos), sob pe':la de se configurar inconstitucionalidade formal subjetiva. Nesse sentido: l l "Processo legislativo dos Estados-Membros: absorção compulsória das linhas básicas do modelo constitucional federal, entre elas, as decorrentes das normas de reserva de iniciativa das leis, dada a implicação' com o princípio fundamental da separação e independência dos Poderes: jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal" (ADI 637, Rei. Min. Sepúlveda Pertence, j. 25.08.2004, DJ de 1.0 .10.2004). 60 Apesar de essa matéria (art. 61, § r.•, li, "d") ter sido definida como hipótese de competência privativa do Presidente da República, o constituinte originário de 1988 estabeleceu exceção a essa regra, no art. 128, § s.•, em que atribuiu competência concorrente também ao Procurador-Geral da República para dispor sobre a organização do Ministério Público da União, como apontaremos adiante no item 9.13.3.7.1. Alínea "f' acrescentada pela EC n. 18/98. "À luz do princípio da simetria, é (sic) de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo estadual as leis que disciplinem o regime jurídico dos militares (art. 61, § t.•, li, 'f', da CF/1988). Matéria restrita à iniciativa do Poder Executivo não pode ser regulada por emenda constitucional de origem parlamentar" (ADI 2.966, Rei. Min. Joaquim Barbosa, j. 06.04.2005, Dl'de 06.05.2005). Assim, está errado dizer que o Presidente da República terá iniciativa privativa (mais tecnicamente reservada) para dispor sobre a criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou no aumento de sua remuneração, em todas as unidades da Federação. A sua atribuição, conforme visto, restringe-se ao âmbito federal (art. 61, § 1.0 , li, "a") sendo, em cada unidade federativa, a iniciativa do respectivo Chefe do Poder Executivo. Essa dúvida deixa de existir em relação às outras hipóteses do art. 61, § 1.0 , li, na medida em que nas alíneas "b" e "c" já há indicação expressa da União e dos Territórios (que, aliás, são uma extensão da União, não podendo ser definidos como unidade federativa). 61 1 Ii 670 Direito Constitucional Esquematizado® · 9.13.3.3.3. Pedro Lenza Iniciativa reservada do Judiciário A CF/88, no art. 96, 11, dispõe serem de iniciativa privativa (reservada ou exclusiva) do STF, Tribunais Superiores e Tribunais de Justiça as matérias de seu interesse exclusivo. Além disso, há previsão no art. 93 para a elaboração de lei complementar, de iniciativa do STF, que disporá sobre o Estatuto da Magistratura. Em relação ao tema, destacamos a EC n. 73/2013, que criou os Tribunais Regionais Federais das 6.a, 7.", 8." e 9." Regiões, introduzindo o § li ao art. 27 do ADCT. A necessidade de se aumentar por emenda decorre da regra contida no art. 27, § 6.0 , do ADCT, que criou, em 1988, os atuais 5 TRFs. Contra referida emenda, foi qjuizada a ADI 5.017 pela Associação Nacional dos Procuradores Federais (ANPAF) e, em 18.07.2013, o Min. Joaquim Barbosa concedeu liminar, suspendendo os seus efeitos (pendente de apreciação pelo Pleno). Dentre os argumentos expostos, está o suposto vício formal por violação ao art. 96, 11, "c" e "d", !·econhecido em sede de liminar e com fundamento em alguns . precedentes, como ADI 3.930, ADI 2.966 etc. (esses preceqentes tratam de matérias de iniciativa de lei reservada ao Governador do Estado e que fori}m objeto de PEC estadual). Contudo, com o máximo respeito, não nos parece haver relação entre a jurisprudência pacífica do STF em aplicar a simetria aos projetos de lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo (art. 61, §§ 1.0 e 2.0), com o tema objeto da ADI 5.017, qual seja, a alteração da Constituição por emenda para criação de tribunais inferiores. Nesse sentido, destacamos a EC 45/2004, que criou o CNJ (apesar de não ser tribunal inferior é órgão do Poder Judiciário- art. 92, 1-A), bem como extinguiu os tribunais de alçada. Ainda, a EC 24/99 pôs fim aos juízes classistas. Todas, nesses pontos, foram declaradas constitucionais pelo STF. O constituinte originário fixou os legitimados para reforma da Constituição, indicados no art. 60, I, 11 e III, e os limites materiais nas cláusulas pétreas, não se podendo criar mais um limite a partir do art. 96, 11. Resta aguardar a decisão da Corte, lembrando a importância da criação desses novos TRFs para eficiência da Justiça Federal no Brasil. 9.13.3.3.4. Iniciativa reservada aos Tribunais de Contas O art. 73 da CF/88 estabelece que o TCU exerce, no que couber, as atribuições previstas no art. 96. Nos termos do art. 96, portanto, compete ao TCU propor ao Poder Legislativo (iniciativa reservada) projetos de lei referentes às matérias ali indicadas, por exemplo, a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares, bem como a fixação do subsídio de seus membros. Esse entendimento deve ser estendido, também, às demais Cortes de Contas, e, nesse caso, o projeto de lei tem de ser encaminhado pelo respectivo Tribunal, sob pena de vício formal (art. 75, caput, da CF/88). 9 c Poder Legislativo 671 "EMENTA: Inconstitucionalidade formal da lei estadual, de origem parlamentar, que altera e revoga diversos dispositivos da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. A Lei estadual 2.35112010 dispôs sobre forma de atuação, competências, garantias, deveres e organização do Tribunal de Contas estadual. Conforme reconhecido pela Constituição de 1988 e por esta Suprema Corte, gozam as Cortes de Contas do país das prerrogativas da autonomia e do autogoverno, o que inclui, essencialmente, a iniciativa reservada para instaurar processo legislativo que pretenda alterar sua organização e seu funcionamento, como resulta da interpretação sistemática dos arts. 73, 75 e 96, 11, 'd', da CF. .." (ADI 4.418-MC, Rei. Min. Dias Toffoli, j. 06.10.2010, Plenário, DJE de 22.02.2011 e, no mesmo sentido ADI 1.994, j. 24.05.2006) . • 9.13.3.3.5. deral Assuntos exclusivos da Câmara dos Deputados e do Senado Fe- O art. 51, IV, estatui ser competência privativa (exclusiva) da Câmara dos Deputados dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serViços, e a iniciativa de lei para a fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros previstos na lei de diretrizes orçamentárias. Idêntica é a previsão constante do art. 52, XIII, em relação ao Senado Federal. , 9.13.3.3.6. Podemos falar em iniciativa reservada de matéria tributária? Não. O art. 61, § 1.0 , II, "b", da CF/88 determina serem de iniciativa reservada do Presidente da República as leis que disponham sobre "organização administrativa e judiciária, matéria tributária e or

Tribun al de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribun al Federal.41 A competência, como já decidido, para o mand ado de segura nça (e, insisto, segund o o STF, apenas para o MS, já que a regra do HC é outra, no caso, o TJ) será da própri a Thrm a Recursal. Confira: "EMENTA: COM PETÊ NCIA - MANDADO DE SEGU RANÇ A- ATO DE TURMA RECURSAL. O julgamento do manda do de segura nça contra ato de Turma-Rec cursai cabe à própria Thrma , não haven do campo pará atuaçã o quer de Tribu nal de Justiç a, quer do Super ior Tribun al de Justiça . Preced ente: Questão de Ordem no Mandado de Segurança n. 24.691/MG, Plenário, 4 de dezembro de 2003, redato r do acórdão Ministro Sepúlveda Pertence..." (AI 666.52 3 AgR/BA, Rei. Min. Lewan dowski, Rei. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, j. 26.10.2010. 1." Turma, Dle de 02.12.2010). E pacífica é a jurisprudência do STJ, materializada na S. 376, editada pela Corte Especial, em 18.03.2009, e que tem o seguinte teor: "compete a Thrm a Recu rsal processar e julgar o mand ado de segur ança contra ato de juizad o especial", e, analisando os precedentes, mesmo se o ato coator tiver sido praticado por Juiz da Turma Recursal (cf., no STJ, CC n. 38.020 ou CC n. 39.950). Prevalece, dessa forma, a regra fixada no art. 21, VI, da LOMAN, conforme indicado acima. O STJ firmou entendimento flexibilizando a regra contida na citada S. 376, na hipótese de discussão não sobre o mérito da decisão proferida pela Turma Recur sal, mas sobre a comp etênci a dos Juizados, quando, então, o conflito seria resolvido pelo TJ (ct: CC 39.950/BA, Corte Especial, Rei. Min. Castro Filho, Rei. p/ acórd ão Min. Luiz Fux, Dle de 06.03.2008 e, seguindo essa mesm a linha, por exemplo, o RMS 30.170/SC, 3." Thrm a,j. 05.10.2010, Rei. Min. Nancy Andrighi). CUID ADO: esse entendimento foi expressamente afasta do pela 1.• Turm a do STF no julgamento do AI 666.523 AgR/BA, em 26.10. 2010, quando, então, de acordo com a ementa citada acima, pacificou-se no STF que a competência será sempre da própria Thrma Recursal para julgar mandado de segurança. Contudo, com o máximo respeito, avançando a regra fixada no MS 24.691 e agora à luz da tese adotada no HC 86.834, não temos por coerente o julgam ento de "' Cf. MS 25.982, Rei. Min. Eros Grau (DJ de 31.05.2006) e 24.205, Rei. Min. Ellen Gracie (DJ de 07.06.2002). 11 c Poder Judiciário 861 mandado de segurança contra ato de Turma Recursal pela própria Turma Recursal, pelo menos, ao que parece, seguindo o mesmo entendimento do HC 86.834. Não é pelo fato de ser MS que o entendimento deva ser diferente do HC, com base, simplesmente, no art. 21, VI, da LOMAN. Ambas são ações constitucionais e buscam o seu fundamento diretamente na Constituição, no caso, para nós, no art. 96, III, e na inexistência de previsão específica para outro Tribunal. A nosso ver a melhor interpretação é aquela que entende ser competente para o julgamento de mandado de segurança contra ato de juiz de direito do Juizado a Turma do Colégio Recursal. Todavia, contra atos ou decisões das Turmas dos Colégios Recursais dos Juizados Especiais, a competência para o julgamento do MS (e não se está falando em recurso contra o julgamento da Thrma Recursal), assim como para o julgamento do HC e desde que originária, seria do TJ local.42 CUIDADO: essa nossa proposta, em relação ao mandado de segurança, não foi acolhida nem pelo STF nem pelo STJ. Portanto, para as provas de concursos, adotar o entendimento de que a competência para o julgamento do MS é da própria Turma Recursal. Apenas na hipótese de HC é que a competência para o julgamento de ato de Turma Recursal seria do TJ. Proposta de esquematização da matéria em relação aos Juizados: O S. 203/STJ -"não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos juizados especiais". Trata-se, no caso, de decisões das Turmas de Colégio Recursal, que, por não serem Tribunais, não encontram guarida na regra contida no art. 105, III, da CF/88. Cabe, no entanto, até que seja aprovado o PL 1612007CD, conforme definiu o STF (RE 571.572), reclamação, com fundamento no art. 105, I, "f", para o STJ, quando a decisão de Thrma Recursal de Juizados Estaduais violar a interpretação da legislação infraconstitucional federal dada pela jurisprudência do STJ; O de decisão de Thr~a de Colégio Recursal pode caber tanto o HC para o TJ local como, na mesma linha e como interpretamos (vide ressalva abaixo), MS a ser julgado pelo TJ local (competência originária). Trata-se de interpretação ampla da regra geral de que o TJ local julga ato de juízes de direito e com fundamento no art. 96, III, da CF/88. Nesse sentido, na medida em que a Thrma Recursal é composta por juízes de direito, constituindo-se, assim, Órgão Colegiado, justificada está a competência (originária) para o TJ local. CUIDADO: esse entendimento em relação ao mandado de segurança contraria a S. 376/STJ, bem como o posicionamento do STF, que indicam, como órgão competente, a própria Turma Recursal para o julgamento do mandado de segurança. Assim, em relação ao habeas corpus, segundo o STF, a competência para julgar ato da Turma Recursal seria do TJ (cf. HC 86.834). Contudo, em se tratando de mandado de segurança, a competência é da própria Thrma Recursal (cf. MS-QO 24.691/MG -sendo esse o entendimento a ser adotado nas provas de concursos); IJI de acórdão do TJ local, se adotarmos o posicionamento fixado no referido HC, na hipótese de habeas corpus decidido em única instância (competência origi- 42 Nesse sentido já se manifestou, em voto isolado, o Ministro Marco Aurélio no MS-QO 24.674, j. 04.12.2003, DI de 26.03.2004, e no MS-QO 24.691, j. 04.12.2003, DI de 24.06.2005. 862 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza nária, já que o ato atacado é de Turma Recursal, e não em grau de recurso), nos termos do art. 105, II, "a", da CF/88, caberá ROC- Recurso Ordinário Constitucional para o STJ, quando denegatória a decisão; O de acórdão do TJ local, na hipótese de mandado de segurança decidido em única instância (competência originária), e aceita a nossa interpretação no sentido da competência do TJ local - lembrando que não é essa a adotada pelo STF, nos termos do art. 105, II, "b", da CF/88 -, caberá ROC- Recurso Ordinário Constitucional para o STJ, quando denegatória a decisão; O na medida em que a orientação adotada pelo STF na hipótese de mandado de segurança é a competência da própria Thrma Recursal, caberá, no máximo, recurso extraordinário para o STF ou, enquanto não aprovado o PL n. 16/2007-CD, citado acima, eventualmente, reclamação para o STJ; D S. 640: "é cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal". Assim, não confundir RE com as ações constitucionais de MS e HC tratadas nos itens anteriores (ver perspectiva restritivá de cabimento indicada no item 11.6.4.2 para ·o conhecimento de recursos extraordinários contra decisões de juizados especiais cíveis estaduais); O contra ato dos Juízes de Direito dos Juizados Especiais (juízos de primeira instância), caberá HC ou MS para a Turma Recursal. Nesse sentido, destacamos o Enunciado n. 62 do XV Encontro Nacional de Coordenadores de Juizados Especiais do Brasil (26 a 28.05.2004, Florianópolis - SC): "Cabe exclusivamente às Thrmas Recursais conhecer e julgar o mandado de segurança e o habeas corpus impetrados em face de atos judiciais oriundos dos Juizados Especiais", assim como a citada S. 376/STJ; O a mesma interpretação deve ser feita para o julgamento de MS e HC em relação aos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal (Lei n. 10.259/2001), destacando que o julgamento de atos das Turmas Recursais, no caso o habeas corpus, será realizado não pelo TJ local, mas pelo TRF competente. No caso de mandado de segurança, conforme vimos e com as discussões que propusemos, o entendimento é o de que seria competente a própria Turma Recursal. Finalmente, em igual sentido, contra ato do Juiz do Juizado Especial Federal poderá caber MS ou HC para a Turma Recursal Federal; D UM ALERTA: de acordo com a jurisprudência do STF (e contra o nosso entendimento), não cabe mandado de segurança das decisões interlocutórias exaradas em processos submetidos ao rito da Lei n. 9.099/95. Isso porque, justificou-se, "a Lei 9.099/95 está voltada à promoção de celeridade no processamento e julgamento de causas cíveis de complexidade menor. Daí ter consagrado a regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, inarredável. Não cabe, nos casos por ela abrangidos, aplicação subsidiária do CPC (a decisão foi proferida à luz do CPC/73), sob a forma do agravo de instrumento, ou o uso do instituto do mandado de segurança. Não há afronta ao princípio constitucional da ampla defesa (art. 5. LV, da 0 , 11 c Poder Judiciário 863 CB), uma vez que decisões interlocutórias podem ser impugnadas quando da interposição de recurso inominado". 43 11.6.4.4. Ação de indenização em razão do fumo: incompetência dos Juizados - complexidade da causa O STF analisou pedido de indenização formulado por ex-fumante que alegava ter fumado cigarros por aproximadamente 44 anos, tornando-se dependente do produto, criticando, inclusive, a propaganda, que seria enganosa. O Plenário do STF, por votação unânime, entendeu que os juizados especiais não seriam competentes para a análise da demanda, tendo em vista a complexidade da causa, embora o valor formulado não ultrapassasse o "teto" dos juizados. Como se sabe, o art. 98, I, CF/88, estabelece que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução, além das. infrações penais de menor potencial ofensivo, das causas cíveis de menor complexidade. Nesse sentido: "A excludente da competência dos juizados especiais - complexidade da controvérsia (art. 98 da CF) -Ilá de ser sopesada em face das causas de pedir constantes da inicial, observando-se, em passo seguinte, a defesa apresentada pela parte acionada. Competência. Ação indenizatória. Fumo. Dependência. Tratamento. Ante as balizas objetivas do conflito de interesses, a direcionarem a indagação técnico-pericial, surge complexidade a afastar a competência dos juizados especiais" (RE 537.427, Rei. Min. Marco Aurélio, j. 14.04.2011, Plenário, DJE de 17.08.2011). 11.6.4.5. Juizados e a Lei Maria da Penha De modo específico, a Lei n.11.340/2006 (Lei Maria da Penha), além de outras providências, criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8. o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, dispondo sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, bem como alterando o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal. O STF, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, em 09.02.2012, julgou procedente a ADC 19 para declarar, dentre outros, a constitucionalidade do art. 41 da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), tendo por fundamento o princípio da igualdade e da proporcionalidade, bem como o combate ao desprezo às famílias, sendo considerada a mulher a sua célula básica. 43 RE 576.847, Rei. Min. Eros Grau,j. 20.05.2009, Plenário, DJE de 07.08.2009, com repercussão geral. No mesmo sentido: AI 794.005-AgR, Rei. Min. Ricardo Lewandowski, j. 19.10.2010, 1." T., DJE de 12.11.2010 e RE 650.293-AgR, Rei. Min. Dias Toffo1i, j. 17.04.2012, 1." T., DJE de 22.05.2012. 864 Direito Constitucional Esquematiza do'" Pedro Lenza Assim, aos crim es praticados com violência domé stica e fami liar contr a a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplic a a Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais). Assim, conforme anotou o Min. Fux em seu voto, "ao suposto ofensor, não serão conferidos os instit utos da suspensão condicional do processo, da transação penal e da composição civil dos danos" (cf. item 19.9.5). 11.6.5. Orga nogr ama do Pode r Judic iário 44 Territó rios • 11.7. Juizes de Direito (da Justiça Militar Estadual) e Conselhos de Justiça (Auditorias Militares Estaduais, do DF e Territórios) Consel hos de Justiça (Audito rias Militare s da União) A REGRA DO "QUINTO CONSTITUCION AL" O art. 94 da CF/88 estabelece que 1/5 (20%) dos lugares dos TRFs , dos Tribu nais dos Estad os e do Distr ito Fede ral e Terri tório s será composto de membros do Mini stério Público, com mais de 10 anos de carreira, e de advogados de notór io saber jurídico e de reput ação ilibada, com mais de 10 anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtu pla pelos órgãos de repre sentação das respectivas classes.45 44 45 Muito embora o art. 92, I-A, da CF estabeleça ser o CNJ - Conselho Nacional de Justiça órgão do Poder Judiciário, na medida em que não é dotad o de qualq uer compe tência jurisd iciona l, não foi considerado para a elaboração do Organogram a, devendo ser entendido, então, como órgão judicia rio mas não jurisdicional, ou, ainda, como órgão admin istrati vo, competindo ao Conselho o contro le da atuação admin istrati va e financ eira do Poder Judiciário e do cumprimento dos devere s funcio nais dos juízes , cabendo-lhe, além de outras atribui ções que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, aquelas disciplinadas no art. 103-B, § 0 4. , I-VII, e que serão desenvolvidas no item 11.13.4 . Impor tante lembr ar que a Constituição garant e pelo menos 1/5 dos lugares dos Tribunais Regio nais Federais, dos Estados, Distrito Federal e Territó rios. Assim, se o núr.:Jero total dos lugares não for múltiplo de 5, o STF posicionou-se no sentido de arredo ndar para cima, a fim de ter, de fato, e ao menos, 115 dos lugares para os juízes não oriund os da carrei ra. 11 c Poder Judiciário 865 Apesar de o art. 94 só se referir explicitamente aos tribunais acima mencionados, a "regra do quinto" está prevista, também, para os tribunais do trabalho46 (arts. 111A, I; 115, I) e o seu procedimento orienta a composição do STJ (art. 104, parágrafo único, lembrando a particularidade de que, nesse caso, os advogados e membros do Ministério Público representam 1/3, e não 1/5, do Tribunal. Explicitando, a indicação é que se dá na forma da "regra do quinto", e não a quantidade de Ministros provenientes da advocacia e do Ministério Público que, no caso, implementa-se, se é que assim podemos denominar, de acordo com uma particular regra do "terço"- cf. item 11.8.2). Está errado, portanto, dizer que todos os tribunais brasileiros devam observar a regra do "quinto" (seja o seu procedimento ou mesmo a quantidade de 20% dos integrantes provenientes da advocacia e do MP), pois, como será estudado no item 11.8, os outros tribunais não listados acima têm um procedimento próprio de composição. l!ll procedimento: os órgãos de representação das classes dos advogados 47 e Ministério Público 48 elaboram lista sêxtupla, ou seja, indicam 6 nomes que preenchem os requisitos acima citados. Recebidas as indicações, o tribunal para o qual foram indicados forma lista tríplice (escolhe 3 dos 6). Nos 20 dias subsequentes, o Chefe do Executivo (em se tratando de Tribunal Estadual, o Governador de Estado; na hipótese do TJ do DF e Territórios, o Presidente da República, e para indicação ao TRF, também o Presidente da República) escolherá I dos 3 para nomeação. Não nos parece possam as Constituições estaduais estabelecer outras formalidades além das já expressamente previstas no art. 94 da CF, por exemplo, a necessidade de aprovação do escolhido pelo Chefe do Executivo pela "maioria absoluta da Assembleia Legislativa do Estado", conforme estabeleceu o parágrafo único do art. 63 da CE/SP, na redação determinada pela EC n. 25/2008. O procedimento é bem simples e está regulamentado de modo exaustivo pelo art. 94, CF/88: a escolha pelo órgão de classe de 6 nomes que preencham os requisi- 46 47 48 "Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, deu-se a extensão, aos tribunais do trabalho, da regra do 'quinto' constante do artigo 94 da Carta Federal" (ADI 3.490, Rei. Min. Marco Aurélio, j. 19.12.2005, DJ de 07.04.2006). Nos termos do art. 1.0 do Provimento n. 10212004 do Conselho Federal da OAB, a indicação de advogados para a lista sêxtupla a ser encaminhada aos Tribunais Judiciários (Constituição Federal, arts. 94; 104, parágrafo único, li; 107, I; 111-A, I; 115, I) é de competência do Conselho Federal e dos Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil (cf. art. 51 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB; arts. 54, XIII, e 58, XIV, da Lei n. 8.906/94). Em relação ao MP Estadual, a lista sêxtupla· (para o TJ do Estado) é elaborada pelo Conselho Superior do MP (art. 15, I, da Lei n. 8.625/93), órgão formado, nos termos do art. 14, I e li, pelo Procurador-Geral de Justiça e pelo Corregedor-Geral do Ministério Público (como membros natos) e pelos Procuradores de Justiça (último grau da carreira - membros elegíveis) que não estejam afastados. Por outro lado, em relação ao MP da União (MPF, MP do Trabalho e MP do DF e Territórios - excluindo-se o MP Militar, já que a escolha para o STM se dá pelo Presidente da República- art. 123 da CF/88), a lista sêxtupla será formada pelo Colégio de Procuradores (arts. 53, li; 94, III; e 162, III, da LC n. 75/93), que reúne todos os membros das respectivas carreiras do MPU em atividade, tornando, assim, muito mais democrático o processo de escolha. Por esse motivo, em 03.09.2008, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) ajuizou a ADI 4.134, buscando declarar inconstitucional o procedimento de formação da lista sêxtupla no âmbito estadual, já que, com muito menor legitimidade do que o processo de escolha no âmbito do MP da União. Parece ter razão a Conamp (matéria pendente de julgamento pelo STF). 866 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza tos constitucionais (lista sêxtupla); formação de lista tríplice pelo tribunal (Judiciário) e, dentre os 3, escolha de 1 pelo Executivo para nomeação, sem que o nome escolhido (pelo Executivo) tenha de passar por qualquer outro procedimento, como a eventual sabatina do Legislativo (que não participa do processo de escolha), não se 49 aplicando, assim, o art. 52, III, da CF à regra do "quinto", nem mesmo por analogia. Duas importantes questões já foram decididas pelo STF: D na hipótese de não existirem membros do MP que preencham os requisitos constitucionais, como compor a lista sêxtupla? "Seria possível compor ou complementar a lista sêxtupla com membros do Ministério Público que ainda não tenham completado 10 anos na carreira?" O STF entendeu que SIM, no julgamento da ADI 1.289-EI, declarando a constitucionalidade do item IV da Decisão Normativa do CSMPT, tomada na 4. a Reunião Ordinária, em 23.10.1993, que autoriza a complementação das listas de candidatos ao preenchimento dos cargos de juiz dos TRTs (veja composição do TRT no item 11.8.4.2 seguinte) com os candidatos que tenham tempo inferior a dez anos na hipótese de inexistência de pelo menos seis candidatos com esse requisito temporal. 5° D e se a lista sêxtupla apresentada contiver nomes que não preenchem os requisitos constitucionais? O texto de 1988, em relação aos anteriores, inova ao transferir a escolha originária dos nomes, que era dos tribunais, para os órgãos de classe. Como visto, o Tribunallimita-se a reduzir a lista de 6 nomes para 3 e, assim, reduzido ao universo já trazido pelo órgão de classe, encaminhar para o Executivo, que reduzirá de 3 para I. Diferentemente da situação particular descrita no julgamento da ADI 1.289-EI, que analisou a inexistência, em dado momento, de integrantes do MP com mais de 10 anos de carreira, indagamos: e se o Tribunal entender que um ou mais nomes da lista sêxtupla encaminhada pelo órgão de classe não preenchem os requisitos constitucionais, como o notório saber jurídico e a reputação ilibada? 49 50 Nesse particular, o STF acolheu, por unanimidade, ratificando o entendimento firmado no julgamento da medida cautelar (08.10.2008), o pedido formulado na ADI 4.150, ajuizada pelo Governador do Estado de São Paulo, para declarar a inconstitucionalidade da expressão "depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta da Assembleia Legislativa", incluída no parágrafo único do art. 63 da CE/SP pela EC n. 25/2008 U· 25.02.2015, DJE de 19.03.2015). (Cf. o precedente firmado na ADI 202,j. 05.09.1996.) Gil mar Mendes, relator, fundamentado, dentre outros argumentos, no "pensamento jurídico do possível", pondera:"... cumpre observar que, ao consagrar o critério da lista sêxtupla composta por procuradores que ainda não preenchiam o requisito temporal, no caso de falta de membros habilitados, a resolução referida atendeu a um outro valor, igualmente importante para o texto constitucional: o respeito à liberdade de escolha por parte do Tribunal e do próprio Poder Executivo. Do contrário, restaria prejudicado o equilíbrio que o texto constitucional pretendeu formular para o sistema de escolha: participação da classe na formação da lista sêxtupla; participação do Tribunal na escolha da lista tríplice e participação do Executivo na escolha de um dos nomes. A formação incompleta da lista sêxtupla ou até mesmo o envio de um ou dois nomes que preenchessem todos os requisitos constitucionais acabaria por afetar o modelo original concebido pelo constituinte, reduzindo ou eliminando a participação do Tribunal e do Executivo no processo de escolha" (bif. 304 e transcrição no lnf. 306/STF. Para aprofundamento da temática da lacuna constitucional e do "pensamemo jurídico do possível" na jurisprudência do STF, cf. item 3.7.3). 11 c Poder Judiciário 867 Entregar lista com nome de pessoa que não preenche os requisitos do art. 94 é 0 mesmo que entregar lista incompleta , com menos de 6 nomes. Nesses termos, o STF entendeu que o Tribunal pode recusar a lista sêxtupla "... desde que fundada a recusa em razões objetivas, declinadas na motivação da deliberação do órgão competente do colegiado judiciário. Nessa hipótese ao Tribunal envolvido jamais se há de reconhecer o poder de substituir a lista sêxtupla encaminhada pela respectiva entidade de classe por outra lista sêxtupla que o próprio órgão judicial componha, ainda que constituída por advogados componentes de sextetos eleitos pela Ordem para vagas diferentes. A solução harmônica à Constituição é a devolução motivada da lista sêxtupla à corporação da qual emanada, para que a refaça, total ou parcialmente, conforme o número de candidatos desqualificados: dissentindo a entidade de classe, a ela restará questionar em juízo, na via processual adequada, a rejeição parcial ou total do tribunal competente às suas indicações" (MS 25.624, Rei. Min. Sepúlveda Pertence, j. 06.09.2006, DJ de 19.12.2006).5' Nessa linha, a Corte entendeu como justificada a recusa, pelo TJ/SP, de lista sêxtupla encaminhad a pela OAB/SP em relação a 2 advogados: a) um respondia a processo criminal; b) o outro não teria notável saber jurídico, já que havia sido reprovado em 10 concursos para a Magistratura (Rei 5.413, Rei. Min. Menezes Direito, j. 10.04.2008, DJE de 23.05.2008). . • 11.8. CARACTERÍSTICAS GERAIS DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO ..·~ 11.8.1. Supremo Tribunal Federal (STF) ' 11.8.1.1. STF- aspectos históricos NOMENCLATURA I MOMENTO HISTÓRICO PREPONDERANTE i PERIODO DE ATIVIDADES I I c Casa da Suplicação do Brasil c Fase colonial c 10.05.1808 até 08.01.1829 c Supremo Tribunal de Justiça c Império c 09.01.1829 até 27.02.1891 c Supremo Tribunal Federal c República c 28.02.1891 até os dias atuais DISPOSITIVO ALVARÁ RÉGIO DE 1808 13 art. IV cart.163 I NOME.NCLATURA I c Casa da Supli· cação do Brasil D Supremo Tribu- nal de Justiça CONSTITUIÇÃO DE 1824 51 52 INTEGRANTES c 23 52 I REQUISITOS D não há previsão explfcita na Constituição de requisitos para investidura D não houve previsão na Constituição Lei de 18.09.1828 fixou em 17 Juizes Letrados ca o "Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguida- des; e serão condecorados com o Título do Conselho." Não havia previsão de prévia aprova· ção pelo Senado Nesse sentido, cf., ainda, Rcl5.413, Rei. Min. Menezes Direito, j. 10.04.2008, DJE de 23.05.2008. De acordo com o item IV do Alvará Régio de 1808, "a Casa da suplicação do Brasil se comporá além do Regedor que eu houver por bem nomear, do Chanceler da Casa, de 8 Desembargadores dos Agravos, de 1 Corregedor de Crime da Corte e Casa, de I Juiz dos Feitos da Coroa e Fazenda, de 1 Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda, de I Corregedor do Civil da Corte, de 1 Juiz da Chancellaria, de 1 Ouvidor do Crime, de 1 Promotor da Justiça e de mais 6 Extravagantes". 868 Direito Constitucion al Esquematizado® c art. 56 c Supremo Tribu- Pedro Lenza c 15 Juízes o Decreto n. 19.6S6/31 reduziu para 11 o número de integrantes c cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado, devendo haver aprovação CONSTITUIÇÃO por este órgão. Durante o GoDE 1891 verno Provisório de Getúlio Vargas (03.11.1930 a 20.07.1934), os Ministros foram nomeados sem a prévia aprovação do Senado ---------- -- -------- +------ 1--------- ------+-'---'------' -------1 c art. 73 c Corte Suprema c 11 Ministros, poden- c brasileiros natos de notável do esse número ser saber jurídico e reputação ilielevado por lei até 16 bada alistados eleitores, não CONSTITUIÇÃO devendo ter, salvo os magistraDE 1934 dos, menos de 35, nem mais de 65 anos de idade, com aprovação do Senado Federal c na I Federal c art. 97 c Supremo Tribu- nal Federal c 11 Ministros, podendo esse número ser elevado por lei até 16 CONSTITUIÇÃO DE 1937 c brasileiros natos de notável saber jurldico e reputação ilibada, não devendo ter menos de 35, nem mais de 58 anos de idade, com aprovação do Conselho Federal. Não havia previsão de aprovação pelo Senado. Assim, vários Ministros foram no- meados sem esse importante controle polftico ~----------~------~-------+---~-----c art. 98 c Supremo Tribu- c 11 Ministros, poden- c brasileiros (art. 129, ns. I e ~ 11 nal Federal do esse número ser -natos, acrescente-se), maioCONSTITUIÇÃO elevado por lei res de 35 anos, de notável saDE 1946 c AI n. 2/65 elevou para ber jurídico e reputação ilibada, devendo haver aprovação 16 pelo Senado Federal ---------- --- a CONSTITUIÇÃO DE 1967 -----+-------+--------+'---------- art. 113 c Supremo Tribuna l Federal c a 16 Ministros c brasileiros natos, maiores esse número foi redu- de 35 anos, de notável saber zido para 11 Ministros, jurídico e reputação ilibada, de acordo com o AJ n. devendo haver aprovação pelo Senado Federal 6/69 1---------- ------ - - - - - - + - - - - - - - t - - - - - - - 1 - - ------c art. 118 C Supremo Tribu- c 11 Ministros c maiores de 35 anos, de notána I Federal vel saber jurídico EC N. 1/69 e reputação ilibada, devendo haver apro1 - - - - - - - - ----------+----- ----1---------+ -va_ç: ã_o_c p_e_lo_se_n _a_d_o_F_e _d_e_ra_l_J c art. 101, El Supremo Tribu- IJ 11 Ministros a cidadãos com mais de 35 e caput nal Federal menos de 65 anos de idade, CONSTITUIÇÃO de notável saber jurídico e reDE 1988 putação ilibada, devendo haver aprovação pela maioria L_ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _L_ _ _ _ _j_ _ _ _ _ _ _ _ _ absoluta do Senado _ _: _:_ _ _Federal _ _:_ _ _J l ~ Antes da vinda da família real para o Brasil, esclarece o Conselheiro Ribas, "competia à Casa de Suplicação (de Lisboa, acrescente-se) interpretar as ordenações, e leis por meio de assentos com força obrigatória. Estes assentos eram tomados na mesa grande por ocasião de dúvida proposta por alguns dos desembargadores, juízes da causa, ou por glosa do chanceler, por entender que a sentença infringia expressamente as ordenações ou o direito". 53 53 A. 1. Ribas, Curso de direito civil brasileiro, p. 121-122, apud Manoel Justino Bezerra Filho, Súmulas do STF comentadas, p. 34. r II I [~ ' 11 o Poder Judiciário 869 Passando D. João a residir no Brasil (tendo em vista a transferência da família real em razão da invasão das terras portuguesas por tropas napoleônicas) e, na medida em que, diante dessa situação, encontrava-se interrompida a comunicação com Portugal, o Príncipe Regente, mediante Alvará Régio de 10.05.1808, institui a "Casa da Suplicação do Brasil", que se caracterizou como o primeiro órgão de cúpula da Justiça no Brasil, marca da fase colonial. 54 Durante o regime monárquico, a Lei de 18.09.1828 criou o Supremo Tribunal de Justiça (09.01.1829-27.02.1891), cumprindo a previsão contida no art. 163 da Constituição de 1824, que sucedeu à Casa da Suplicação do Brasil. Em seguida, editado pelo Governo Provisório da República, o Decreto n. 848, de 11.10.1890, organizou o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Judiciário, nos termos dos arts. 55 e 56 da Constituição Republicana de 1891, efetivamente instalado em 28.02.1891. A Constituição de 1934, por sua vez, alterou a denominação para Corte Suprema. A Carta de 1937 retomou a designação Supremo Tribunal Federal (STF), mantida em todas as Constituições que seguiram, inclusive na de 1988. Finalmente, nessa escalada evolutiva, a Constituição da República de 1988 instituiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ), instalado em 07.04.1989 (Lei n. 7.746/89), reservando ao STF a pesição de órgão de cúpula de todo o Judiciário e, especialmente, de guarda e defesa da Constituição. 55 :i~ 11.8.1.2. STF- regras gerais O composição: 11 Ministros; O investidura: o Presidente da República escolhe e indica o nome para compor o STF, devendo ser aprovado pelo Senado Federal, pela maioria absoluta (sabatina no Senado Federal). 56 Aprovado, passa-se à nomeação, momento em que o Ministro é vitaliciado; 54 55 56 De acordo com o item I do referido Alvará, a Casa da Suplicação do Brasil foi "considerada como Superior Tribunal de Justiça, para se findarem ali todos os pleitos em última instância, por maior que seja o seu valor, sem que das últimas sentenças proferidas em qualquer das Mesas da sobredita Casa se possa interpor outro recurso que não seja o das revistas nos termos restritos do que se acha disposto nas minhas Ordenações, Leis e mais disposições. E terão os Ministros a mesma alçada que têm os da Casa da Suplicação de Lisboa" (BRASIL. Leis etc. Coleção das Leis do Brasil de 1808. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891, p. 23-26). José Afonso da Silva, já em 1963, propunha a criação de um "Tribunal Superior de Justiça", correspondente ao TSE e TST, atribuindo-lhe parcela da competência que era fixada para o STF (cf. Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro, p. 455-456). Em 1965, o tema foi discutido na FGV por diversos juristas, tendo sido a ideia adotada na Comissão Afonso Arinos por influência do Professor Miguel Reale. A Constituição, acolhendo a proposta, preferiu batizar o novo tribunal de "Superior Tribunal de Justiça", e não "Tribunal Superior de Justiça", coerentemente, já que, conforme dissemos, o STJ não pertence a qualquer Justiça, sendo, ao lado do STF, órgão de superposição. A título de curiosidade, meu amigo e atento leitor, e isso pode impressionar no exame oral (força e continue estudando!!!), o número de rejeições de nomes ao STF pelo Senado é muito pequeno. Conforme relata Celso de Mello, em interessante e curioso texto, "na história republicana brasileira, 870 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza mrequisitos para ocupar o cargo de Ministro do STF: a) ser brasileiro nato (art. 12, § r, IV); b) ter mais de 35 e menos de 65 anos de idade (art. 101); c) ser cidadão (art. 101, estando no pleno gozo dos direitos políticos); d) ter notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101); El tem de ser jurista o Ministro do STF?: o art. 56 da Constituição de 1891 falava somente em notável saber, sem qualificá-lo. A Constituição de 1934 (art. 74) passou a qualificar o notável saber de jurídico. Diante da permissão da Constituição de 1891, o STF já chegou a ter Ministro que não era jurista, vale lembrar o médico Candido Barata Ribeiro, nomeado pelo Presidente Floriano Peixoto, por decreto de 23.10.1893, em razão da vaga ocorrida com o falecimento do Barão de Sobral, tomando posse em 25.11.1893. O Senado da República, contudo, em sessão secreta de 24.09.1894, negou a aprovação do nome de Barata Ribeiro, nos termos do Parecer da Comissão de Justiça e Legislação, que considerou desatendido o requisito de "notável saber jurídico" (DCN de 27.09.1894, p. 1136). Assim, Barata Ribeiro deixa o cargo de Ministro do STF em 29.09.1894, tendo ficado por pouco mais de 10 meses (o Ministro que por menos tempo permaneceu no STF [República], só "perdendo" para o Ministro Herculano de Freitas, que permaneceu por 3 meses e 16 dias). Portanto, atualmente e desde o parecer de João Barbalho, de 1894, passou-se a entender que todo Ministro do STF terá de ser, necessariamente, jurista, tendo cursado a faculdade de direito. 57 O competências do STF: a) originária (art. 102, I, "a" a "r"); 58 b) recursal ordinária (art. 102, li); e c) recursal extraordinária (art. 102, III). 57 58 ao longo de 125 anos (1889 a 2014), o Senado Federal, durante o governo Floriano Peixoto (1891 a 1894), rejeitou cinco (5) indicações presidenciais, negando aprovação a atos de nomeação, para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, das seguintes pessoas: (l) Barata Ribeiro, (2) Innocêncio Galvão de Queiroz, (3) Ewerton Quadros, (4) Antônio Sêve Navarro e (5) Demosthenes da Silveira Lobo". Para se ter um comparativo, continua o ilustre Ministro, "... nos Estados Unidos da América, no período compreendido entre 1789 e 2014 (225 anos), o Senado norte-americano rejeitou 12 (doze) indicações presidenciais para a Suprema Corte americana" (cf. outras curiosidades in Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República), disponível em:). Cf. Uadi Lammêgo Bulos, Constituição Federal anotada, p. 868. Apenas alertamos que a alínea "a" do inciso I do art. 102 foi alterada pela EC n. 3/93. A alínea "c" do inciso I do art. 102 foi alterada pela EC n. 23/99, nos seguintes termos: "nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente". A alínea "i" foi alterada pela EC n. 22/99: "o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância". 11 c Poder Judiciário 871 O STF reconheceu o princípio da reserva constitucional de competência originária e, assim, toda a atribuição do STF está explicitada, taxativamente, no art. 102, I, da CF/88. 59 Ainda, na hipótese de o STF não conhecer a sua competência originária, deverá, nos termos do art. 113, § 2. do CPC/73 (com correspondência no art. 64, § 3_0, CPC/2015), e do art. 21, § 1.0 , do R/STF, na redação dada pela Emenda Regimental n. 21/2007, indicar o órgão que repute competente para o julgamento do feito ajuizado originariamente, atribuição essa autorizada, inclusive, ao Relator monocraticamente (cf. Pet. 3.986-AgR/TO, Rei. Min. Ricardo Lewandowski, 25.06.2008, /nf. 5/2/STF). 0 , 11.8.1.3. STF- destaques às novidades trazidas pela EC n. 4512004 ("Reforma do Judiciário") O homologação de sentenças estrangeiras e concessão de exequatur às cartas rogatóri.as: transferência de competência do STF para o STJ no tocante à homologação de sentenças estrangeiras e à concessão de exequatur às cartas rogatórias (art. 102, I, "h", revogada; art. 105, I, "i", e ar~. 9.0 da EC n. 45/2004). D nova hipótese de cabimento-do RE: ampliação da competência do. STF para o julgamento de recurso extraordinário quando julgar válida lei local contestada em face de lei federal. Muito se questionou sobre essa previsão. Observa-se que está correta, uma vez que, no fundo, quando se questiona a aplicação de lei, tem-se, acima de tud

Paulo, instalado no dia 11 de agostoi 53 de 1951. "A denominação Tribunal de Alçada foi inspirada na organização judiciária portuguesa, como explicou o Ministro Mário Guimarães em sua obra O juiz e a função jurisdicional, ao observar que assim se chamavam os Tribunais volantes que existiam em Portugal, que, regulados pelas Ordenações Afonsinas, circulavam pelas províncias distribuindo justiça". 154 O advento da indústria automobilística, aliado ao grande crescimento da sociedade a partir da década de 1960, fez surgir a necessidade de se criarem outros tribunais. A Lei estadual (SP) n. 9.125, de 19.11.1965, determinou o desdobramento do Tribunal de Alçada da seguinte maneira: a) 1.0 TAC; b) TACRIM (1967); c) 2.0 TAC (1972). Assim, até 1972, conviviam o TJ, o TAC e o TACRIM, já que a divisão do único Tribunal de Alçada Cível se consolidou em 1972. Nos outros Estados, observamos o surgimento dos Tribunais de Alçada de Minas Gerais (1965), Paraná (1970), Rio Grande do Sul (1971) e Rio de Janeiro (antigo da Guanabara). Na data da promulgação da EC n. 45/2004, contudo, restavam apenas os Tribunais de Alçada de São Paulo (1.0 TAC, 2.0 TAC e TACRIM) e o do Paraná . ..• 11.15.3. A EC n. 45/2004 O art. 4. da EC n. 45/2004 assim estabeleceu: 0 "Art. 4.° Ficam extintos os tribunais de Alçada, onde houver, passando os seus membros a integrar os Tribunais de Justiça dos respectivos Estados, respeitadas a antiguidade e classe de origem. Parágrafo único. No prazo de cento e oitenta dias, contado da promulgação desta Emenda, os Tribunais de Justiça, por ato administrativo, promoverão a integração dos membros dos tribunais extintos em seus quadros, fixando-lhes a competência e remetendo, em igual prazo, ao Poder Legislativo, proposta de alteração da organização e da divisão judiciária correspondentes, assegurados os direitos dos inativos e pensionistas e o aproveitamento dos servidores no Poder Judiciário estadual". " 3 154 Interessante a data- 11 de agosto. Apenas por curiosidade (e acho, sim, que esse tipo de informação pode fazer a diferença em banca oral), por meio da Lei de 11 de agosto de 1827 foram criados dois cursos de Ciências Jurídicas e Sociais, um na cidade de São Paulo e outro na de Olinda. O art. I.0 da referida lei estabelece que durante 5 anos e em 9 cadeiras serão ensinadas as seguintes matérias: a) 1.0 ano:].''Cadeira: Direito natural, público, análise de Constituição do Império, Direito das gentes e diplomacia; b) 2.0 ano: 1." Cadeira: continuação das matérias do ano antecedente; 2." Cadeira: Direito público eclesiástico; c) 3." ano: 1. • Cadeira: Direito pátrio civil; 2. • Cadeira: Direito pátrio criminal com a teoria do processo criminal; d) 4.0 ano: 1." Cadeira: Continuação do direito pátrio civil; 2." Cadeira: Direito mercantil e marítimo; e) 5." ano: 1." Cadeira: Economia política; 2." Cadeira: Teoria e prática do processo adotado pelas leis do Império. (Fome: BRASIL. Leis etc. Collecção das leis do Imperio do Brazil de 1827. Rio de Janeiro: 'fYpographia Nacional, 1878, p. 5-7.) Site do 2.0 TAC/SP: , acessado em 1.0 .02.2005. 968 Direito Constitu cional Esquema tizado® Pedro Lenza No tocante ao Estado de São Paulo, Roberto Solimene anota, em interess ante e completo estudo, que "... Órgão Especial do Tribunal de Justiça, em 29 de dezembro, publicou a Resolução n. 194/2004, cujo artigo Lo declarou integrados no Tribunal de Justiça 'os Juízes dos extintos Tribunais de Alçada', 'no cargo de Desemb argador, mediante apostilamento dos títulos', ato este posterior, veiculado no Diário Oficial da Justiça de 5 de janeiro de 2005 (p. 3), sem prejuízo da remessa de projeto de lei à Assembleia Legislativa, em que também se indicava a necessidade de criação de 22 novos cargos de desembargador, mais 836 cargos de assistentes jurídico s e 28 de escreventes, com o fito de dar imediata vazão dos 195.475 processos que aguardavam distribuição no TJ e 289.003 nas casas extintas". 155 Em relevante crítica, o autor observa que, "de acordo com o artigo 3.0 , da já mencionada Resolução n. 194/2004, haverá concurso de remoção interna dos atuais desembargadores paulistas e somente depois é que os Juízes dos Tribuna is extintos escolherão as Câmara s que passarão a integrar, sendo piausível a chance de alguém, que ao longo de muitos anos trabalhou com determi nada matéria, passar a julgar processos, daqui por diante, de outra completamente diferente (...). Desperdício de conhecimento e dificu.Jdades de adaptação, afirmam muitos". 156 Resta aguardar. Parece-nos que, apesar do "gigantismÓ" em que se transfor ma a estrutur a do Tribunal de Justiça de São Paulo, a reforma é bem-vinda. E vejam que interessante: as necessidades que justificaram e motivaram o surgime nto dos Tribunais de Alçada -agiliz ação da prestação jurisdicional, desafogamento dos Tribunais de Justiça, eficácia na distribuição da Justiça - são as mesmas para a sua extinção. No mínimo curioso ... mas deixemos isso de lado! • 11.16. QUESTÕES 1. (Magistra tura/SP/1 71. Analise as afirmaçõ es abaixo: I. O Magistra do só poderá exercer uma função no Magi;tér io se estiver em disponibi lidade. 11. Desde seu ingresso na carreira, o Magistra do só poderá perder seu cargo por sentença judicial transitad a em julgado. 111. Somente poderão ingressar no STF os Ministros que exerceram durante dois anos sua s funções no STJ. IV. Os Tribunais poderão declarar a inconstit ucionalid ade de lei ou ato normativ o do Poder Público, pelo voto da maioria de seus membros ou do! membros do seu órgão especial. Pode-se afirmar que: a) todas as afirmaçõ es estão incorretas ; b) todas as afirmaçõ es estão corretas; c) apenas as afirmaçõ es I e 11 estão corretas; d) apenas a afirmaçã o 111 está correta. 0) "' Roberto Solimene, A extinção dos Tribunais de Alçada e a Emenda 45, in André Ramos Tavares, Pedro Lenza, Pietro de Jesús Lora Alarcón (coord.), Reform-:~ do Judiciário , p. 169. Sobre a constitucionalidade da extinção dos Tribunais de Alçada, cf. interessante parecer de Clêmerson Merlin Clêve, Extinção dos Tribunais de Alçada: constituc ionalidad e pela via da reforma constitucional no plano federal. Devida reinclusão na proposta de Emenda à Constitui ção n. 29, de 2000, que veicula a Reforma do Poder Judiciário, in Reforma ... , cit., p. !59. 156 Roberto Solimene , A extinção dos Tribunais de Alçada e a Emenda 45, p. !69. 11 c Poder Judiciário 969 2. (OAB/SP/107.0) Em relação às garantias da magistratura, é correto afirmar que: cargo; a) a vitaliciedade é sempre adquirida pelos magistrados após dois anos de exercício no b) a inamovibilidade pode ser afastada por motivo de interesse público; sobre c) a irredutibilidade de subsidio torna os juízes imunes à tributação por meio do imposto natureza; qualquer de proventos a renda e d) a vitaliciedade impede definitivamente a perda do cargo pelos juízes. r 3. (OAB/SP/109.0) Projeto de iniciativa do Tribunal de Justiça estadual recebeu emenda parlamenta emenda: A original. projeto no a contemplad não matéria Paz, de para atribuir remuneração aos Juízes ão de a) funda-se na competência do Poder Legislativo para dispor sobre fixação de remuneraç servidores; b) viola a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário; c) terá que ser autorizada pelo Tribunal de Justiça; . d) tem fundamento constitucional, porque a justiça de paz não se insere no quadro da magistratura Distrito 0 4. (Magistratura/SP/172.) Os desembarg adores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Federal são processados e julgados, originariamente: de a) pelo STJ, nos crimes comuns, e pelos Tribunais de Justiça a que pertençam , nos crimes responsabilidade; b) pelo STF, nos crimes de responsabilidade, e pelo STJ, nos crimes comuns; c) pelo STJ, nos crimes comuns e nos de responsabilidade; d) pelo STF, tanto nos crimes co~Y~uns, como nos de responsabilidade. nte 5. (MP/78.0 /SP) A ação em que todos os membros da magistratur a sejam direta ou indiretame interessados: a) será conhecida e julgada pelo STJ; b) será conhecida e julgada pelo Senado Federal; c) não será conhecida, pela suspensão que decorre do envolvimento dos julgadores; d) será conhecida e julgada pelo Conselho da República; e) será conhecida e julgada pelo STF. constitu0 6. (Magistratura/SP/171.) A escolha e a nomeação do advogado para compor o quinto cional é da competência: a) da Ordem dos Advogados, exclusivamente; b) do Poder Executivo e do Poder Judiciário; c) da Ordem dos Advogados, do Poder Judiciário e do Poder Executivo; d) do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. 7. (AFC/CGUIESAF/2008) Assinale a única opção incorreta relativa ao Poder Judiciário. a) São órgãos do Poder Judiciário os Tribunais e Juízes Eleitorais, inclusive as Juntas Eleitorais. b) São órgãos do Poder Judiciário os Tribunais e Juizes Militares, inclusive o Tribunal Marítimo. c) A participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados constitui etapa obrigatória do processo de vitaliciamente do inclusid) A lei pode limitar a presença, em determinad os atos dos órgãos do Poder Judiciário, ve julgamentos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes. as discie) As decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, inclusive plinares, que também devem ser tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros. federal, 8. (AGU- CESPE/Un B- 2010) Com relação às competências do STF, do STJ e da justiça julgue o item seguinte: entidade O STF reconhece sua competência originária para julgar ação judicial tendo como partes de discusda administração indireta federal, de um lado, e estado-membro, de outro, na hipótese são acerca de imunidade reciproca. ao Poder 9. (Analista Administrativo MPU- CESPE/UnB- 2010) Julgue o item a seguir, referente Judiciário e às funções essenciais à justiça: infrações De acordo com a CF, compete aos juízes federais processar e julgar os crimes políticos e as entidades penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas as da autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvadas as competênci justiça militar e da justiça eleitoral. 970 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza 10. (Analista do MPSE- Área Direito- FCC- 2010) Dentre outras, é competência do Superior Tribunal de Justiça, processar e julgar originariamente: a) os habeas data e os mandados de segurança contra ato de Ministros de Estado ou do próprio Tribunal. b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados. c) as causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais quando a decisão recorrida contrariar lei federal. d) o habeas data e o mandado de injunção contra ato do Procurador-Geral da República. e) os mandados de segurança e de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se concessiva a decisão. 11. (Analista Processual MPU- CESPE/UnB- 2010) No Estado brasileiro, a atuação dos três poderes dá-se de forma harmônica, mas complementar. Acerca dos poderes, do seu funcionamento e dos respectivos integrantes, julgue o item subsequente: Os Tribunais Regionais Federais podem funcionar de forma descentralizada, constituindo Câmaras regionais, como forma de assegurar a plenitude do acesso à justiça. 12. (Técnico Judiciário do TJ/MG- 2010) Em face da existência do Tribunal de Justiça Militar em Minas Gerais, é CORRETO afirmar que: · a) se compõe integralmente por oficiais militares. b) o efetivo militar do Estado é superior a vinte mil integrante,s. c) o Tribunal tem competência para julgar recursos envolvendo as polícias das forças armadas. d) sua existência decorreu da extinção do Tribunal d~ Alçada. 13. (TJSE/CESPE-UnB/2008) Assinale a opção correta quanto ao CNJ: a) O CNJ pode, apenas mediante provocação em sede recursal, rever os processos disciplinares de juízes julgados há menos de um ano. b) O poder de fiscalização do CNJ alcança, além dos magistrados, os serviços auxiliares e até serviços notariais e de registro. c) O CNJ não é órgão do Poder Judiciário porque, em sua composição, há indicação de membro do Ministério Público da União, de advogados indicados pela OAB e de dois cidadãos indicados pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. d) Compete ao ministro do STF, que integra o CNJ, o exercido das funções de corregedor. e) O procurador-geral da República e o presidente da OAB são membros natos do CNJ. 14. (OAB-SP/CESPE/UnB/2008/135. 0) O Conselho Nacional de Justiça: a) não integra o Poder Judiciário. b) tem seus atos sujeitos a controle apenas no STF. c) ainda não teve a constitucionalidade da sua instituição apreciada pelo STF. d) exerce função jurisdicional em todo o território nacional. 15. (PGE-CE/CESPE/UnB-2008) No referente ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), assinale a opção correta: a) O CNJ é órgão do Poder Judiciário com poder jurisdicional em todo o território nacional. b) As decisões do CNJ fazem coisa julgada formal e material. c) Ao CNJ cabe rever, em grau de recurso, as decisões jurisdicionais dos membros do Poder Judiciário. d) Os atos do CNJ estão sujeitos ao controle jurisdicional do STF. e) Nos crimes de responsabilidade, os membros do CNJ são julgados perante o STF. 16. (Procurador do MP junto ao TCE/RO- FCC/2010) O Conselho Nacional de Justiça (CNJ): a) é órgão fiscalizador da atividade administrativa e financeira do Poder Judiciário e dos órgãos que desempenham funções essenciais à Justiça previstos na Constituição. b) não integra a estrutura do Poder Judiciário para que possa exercer, com isenção, a atividade de controle externo das atividades jurisdicionais. c) é composto por quinze membros, com mandato de quatro anos, não admitida a recondução, sendo o seu Presidente o mesmo do STF. d) é integrado por conselheiros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Congresso Nacional. 11 c Poder Judiciário 971 e) tem competência para apreciar a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União. 17. (Exame da OAB Unificado 2010.2- FGV) A respeito do Conselho Nacional de Justiça é correto afirmar que: a) é órgão integrante do Poder Judiciário com competência administrativa e jurisdicional. b) pode rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de Tribunais julgados há menos de um ano. c) seus atos sujeitam-se ao controle do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. d) a presidência é exercida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal que o integra e que exerce o direito de voto em todas as deliberações submetidas àquele órgão. 18. (MPE/PR-2008) Analise as seguintes assertivas e assinale a alternativa correta: I. o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão da maioria absoluta 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; li. compete ao Superior Tribunal de Justiça, processar e julgar, originariamente, a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias; 111. funcionarão junto ao Superior Tribunal de Justiça a Escola Nacional de Formação e Aperfei· çoamento de Magistrados e o Conselho da Justiça Federal; IV. o Supremo Tribunal Federal é composto por onze Ministros, "escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada; V. compete ao Superior Tribunal de Justiça, processar e julgar, originariamente, os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União. a) apenas as assertivas I, IV e V estão corretas; b) apenas as assertivas I, 11 e IV estão corretas; c) apenas as assertivas I, li e V estão corretas; d) apenas as assertivas 11, 111 e IV estão corretas; e) apenas as assertivas 11, 111 e V estão corretas. 19. (Analista Judiciário TRT 17.• Região/ES UnB/CESPE- 2009) Conforme entendimento do STF, compete à Justiça do Trabalho apreciar litígios instaurados contra entidades de previdência privada e relativos à complementação de aposentadoria, pensão ou de outros benefícios previdenciários, desde que a controvérsia jurídica resulte de obrigação oriunda de contrato de trabalho. 20. (OAB 137.• CESPE/UnB - 2009) De acordo com dispositivo constitucional vigente, a súmula com efeito vinculante: a) será editada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), para a correta interpretação de lei federal. b) será editada por qualquer tribunal, quando houver reiteradas decisões que recomendem a uniformização do entendimento pelos juizes de primeiro grau. c) será editada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), após reiteradas decisões sobre matéria constitucional. d) será editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para o aprimoramento das rotinas administrativas .dos órgãos do Poder Judiciário. 21. (MP/MA- 2009) No tocante à "súmula vinculante": a) podem editá-la o STF e STJ, mediante aprovação de dois terços de seus membros, e ao seu conteúdo estarão vinculados não só os órgãos do Poder Judiciário como também os da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal; b) pode editá-la apenas o STF, mediante aprovação de dois terços (2/3) de seus membros e ao seu conteúdo também estará vinculada a administração pública direta e indireta; c) pode editá-la apenas o STJ, mediante aprovação de dois terços de seus membros e ao seu conteúdo estarão vinculados apenas os órgãos do Poder Judiciário. d) podem editá-la o STF e o STJ, mediante aprovação da maioria absoluta de seus membros e ao seu conteúdo estarão vinculados os órgãos do Poder Judiciário; e) pode ser editada pelo STF, mediante aprovação da maioria absoluta de seus membros. i 972 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza 22. (Exame da OAB Unificado 2010.2 - FGV) Em relação à inovação da ordem constitu cional que instituiu a nomina da Súmula Vinculante, é correto afirmar que: a) soment e os Tribunais Superiores podem editá-la. b) podem ser canceladas, mas vedada a mera revisão. c) a propost a para edição da Súmula pode ser provocada pelos legitim ados para a proposi tura da ação direta de inconstitucionalidade. d) desde que haja reiteradas decisões sobre matéria constitu cional, o Suprem o Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, aprovar a Súmula median te decisão da maioria absoluta de seus membros. 23. (Advogado - Caixa - CESGRANRIO/2012) A súmula vincula nte n. 13, ao reconhe cer que a prática do nepotis mo viola a Constituição da República, impede a contrat ação de parente s de autorid ades e de funcionários para cargos de confiança e de comissão: a) soment e no âmbito do Poder Executivo; b) soment e no âmbito do Poder Judiciário; c) soment e no âmbito dos Poderes Executivo e Judiciár io; d) soment e no âmbito dos Poderes Executivo e Legislat ivo; e) no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciár io. 24. (Promotor de Justiç a- MPE-G0/2012) Sobre o institut o da Súmula Vinculante, assinale a alternativ a correta: a) revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enuncia do de súmula vinculante, opera-s e sua caducidade automá tica; b) o uso da·reclamação contra omissão ou ato da adminis tração pública que se mostre contrário ao teor de enuncia do de súmula vinculante só será admitid o após o esgotam ento das via~ administrativas; c) a todo e qualqu er interess ado é dado propor a edição, a revisão ou o cancela mento de enuncia do de súmula vinculante; d) soment e os legitimados ativos ao ajuizamento das ações de controle abstrato de constitucionalidade podem propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante. 25. (6.° Concurso Público de Outorg a de Delegações de Notas e de Registr o/TJSP - 2009) É integrante do Poder Judiciário o: a) Tribunal de Contas. b) Juiz Militar. c) Juiz de Paz. d) Ministro da Justiça. 26. (Oficial de Justiça SP/VUN ESP- 2009) A compet ência dos Tribunais dos Estados será definid a na Constituição do Estado, sendo a lei de organiz ação judiciár ia de iniciativa do: a) Tribunal de Justiça. b) Governador do Estado. c) Legislativo Estadual. d) Supremo Tribunal Federal. e) Superior Tribunal de Justiça. 27. (Procurador do Estado/AM/FCC/2010) A Constituição Federal, ao disciplinar o regime dos precatórios judiciais, determ ina que: a) as conden ações judiciais de naturez a aliment ar não estão sujeitas a pagame nto por precatório, qualqu er que seja seu valor. b) as conden ações judiciais em favor de pessoas com mais de sessenta anos não estão sujeitas a pagame nto por precatório, qualqu er que seja seu valor. c) é vedado o fracion amento do valor do precatório em qualque r hipótes e. d) o credor poderá ceder, total ou parcialm ente, seus créditos em precató rios a terceiros, independen tement e da concordância do devedor. e) é vedada a entrega de créditos em precatórios para compra de imóveis públicos do respectivo ente federat ivo. 28. (Analista Judiciá rio- TJ/PE- FCC/2012) Hércules, Preside nte do Tribunal de Justiça, visando benefic iar seu filho Abrão, burlou a ordem cronológica e retardo u a liquidação regular do precatório de Otávio. Nesse caso, Hércules incorreu em: 11 o Poder Judiciário a) b) c) d) e) 973 ilícito administrativo e responderá perante a Assembleia Legislativa do respectivo Estado. ilícito administrativo e responderá perante a Corregedoria do respectivo Tribunal. crime comum e responderá perante o Órgão Especial do respectivo Tribunal. crime de responsabilidade e responderá, também, perante o Conselho Nacional de Justiça. crime comum e responderá perante a Assembleia Legislativa do respectivo Estado. 29. (Técnico Judiciário- TRT11 -Área Administrat iva- FCC/2012) Paulo é Juiz do Trabalho em certa comarca. Xisto é Juiz de um Tribunal Regional do Trabalho de determinada região. Para Paulo e Xisto comporem o Conselho Nacional de Justiça, nomeados pelo Presidente da República depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, eles deverão ser indicados: a) pelo Presidente do Senado Federal. b) pela maioria absoluta de todos os Presidentes dos Tribunais Regionais do Trabalho do Brasil. c) pelo Supremo Tribunal Federal. d) pelo Tribunal Superior do Trabalho. e) pelo Congresso Nacional. 30. (Auditor Fiscal da Receita Estadual- SEFAZ-RJ- FGV/2011) As sucessivas reformas da Constituição atingiram a estrutura do Poder Judiciário nacional. No curso do debate, houve acerba campanha, inclusive da OAB, pela instituição do controle externo da atuação dos juízes. Após os debates, surgiram os novos órgãos: Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Nessa linha, é correto afirmar que: a) o CNJ exerce o controle externo da atividade do Poder Judiciário. b) os dois Conselhos referidos integram a estrutura do Poder Judiciário. c) é ór9ão integrante do Poder Judiciário o CNJ, exercendo controle interno ... d) o CNMP exerce a atividade de controle externo do Poder Judiciário. e) o Poder Judiciário não possui contrQie administrativo interno previsto. 31. (Analista Judiciário- Execução de Mandados- STM- CESPE/UnB/2011) O CNJ é órgão administrativo do Poder Judiciário ao qual compete o controle da atuação administrativa e financeira desse poder, e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, estabelecend o constitucionalmente, porém de forma exemplificativa, suas mais importantes atribuições, que poderão ser acrescidas pelo Estatuto da Magistratura. 32. (Procurador da ALIES- CESPE/UnB/2011) Assinale a opção correta no que concerne ao Poder Judiciário: a) Compete ao Presidente da República nomear todos os membros do CNJ após aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. b) O STF deverá extinguir o feito quando reconhecer sua incompetência para processar e julgar a demanda. c) Compete ao STF julgar as ações populares ajuizadas contra o Presidente da República. d) A garantia da vitaliciedade admite relativização, já que os ministros do STF podem perder o cargo em virtude de condenação por crime de responsabilidade, mediante decisão do Senado Federal, sem a necessidade de decisão transitada em julgado emanada do Poder Judiciário. e) O CNJ é órgão do Poder Judiciário desprovido de função jurisdicional cujas competências constam de rol taxativo previsto na CF. 33. (Analista Judiciário TRT1 -Área Administrat iva- FCC/2013) De acordo com as competências constituciona lmente atribuídas ao Supremo Tr.ibunal Federal: a) não lhe cabe julgar recursos interpostos contra acórdãos que versem sobre direito do trabalho. b) não lhe cabe julgar a inconstitucionalidade de leis municipais em face da Constituição Federal, ainda que incidentalme nte no processo. c) não lhe cabe julgar a reclamação por violação à súmula vinculante que verse sobre direito do trabalhador previsto na Constituição Federal. d) cabe-lhe julgar os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais. e) cabe-lhe julgar o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentad ora for atribuição do Presidente da Republica, salvo se a ação visar ao exerdcio de direito trabalhista assegurado na Constituição. 34. (Técnico Judiciário- TRE/RJ -Área Administrat iva- CESPE/UnB/2012) Com relação ao Poder Judiciário, julgue o item seguinte: O presidente do Supremo Tribunal Federal exerce também a presidência do Conselho Nacional de Justiça. 974 Pedro Lenza Direito Constitucional Esquematizado® 35. (AGU- Advogado- CESPE/UnB/2012) No que se refere ao estatuto constitucional da magistratura e às competências do STF, julgue o item subsequente: A CF veda aos juízes que se apostentarem ou forem exonerados o exercício da advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastaram até o decurso de três anos após o desligamento. 36. (STJ - Todos os Cargos - Conhecimentos Básicos - CESPE/UnB/2012) Em relação ao Poder Judiciário, julgue o item seguinte: O Conselho da Justiça Federal, que funciona junto ao STJ, tem competência para exercer a supervisão administrativa e orçamentária da justiça federal tanto de primeiro quanto de segundo grau de jurisdição. l· 37. (Auditor de Controle Externo- TC/DF - CESPE/UnB/2012) Julgue o item que se segue, relativo ao Poder Judiciário: A regra do quinto constitucional se aplica aos tribunais regionais federais, aos tribunais dos estados, ao TJDFT e aos tribunais do trabalho. 38. (Especialista/DEPEN- CESPE/UnB/2013) A propósito do Poder Judiciário, julgue o próximo item. Apesar de competir ao Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes, o texto constitucional não reconhece esse órgão como integrante do Poder Judiciário. 39. (Defensoria· Pública/DF - CESPE/UnB/2013) Julgue o item a seguir, que versa sobre o Poder Judiciário, o MP e a DP, conforme o disposto na CF: A regra constitucional que proíbe o magistrado de exercer a advocacia no juízo ou no tribunal do qual se tenha afastado, antes de decorrido o período de três ancfs, contados do afastamento do cargo, aplica-se tanto ao Poder JudiCiário estadual quanto ao federal de qualquer instância, incluindo-se o STF, o STJ e os demais tribunais superiores. 40. {Analista MPU- CESPE/UnB/2013) Julgue o próximo item, relativo a Poder Judiciário e funções essenciais à justiça: Considere que determinado sindicato pretenda ajuizar ação possessória para garantir o livre-acesso de empregados e clientes às agências bancárias, fechadas devido à greve realizada por empregados de um banco privado. Nessa situação, de acordo com o STF, a competência para julgar a ação é da justiça comum estadual, por tratar de matér'ia concernente ao direito civil. 'l '·~~ 41. (Analista Judiciário/CNJ- CESPE/UnB/2013) Acerca do contorno constitucional do Poder Judiciário e dos seus órgãos, julgue o item a seguir: A inamovibilidade constitu garantia que é deferida apenas aos juizes titulares, não alcançando os substitutos. 42. {Analista Judiciário/CNJ- CESPE/UnB/2013) Acerca do contorno constitucional do Poder Judiciário e dos seus órgãos, julgue o item a seguir: As deliberações negativas do Conselho Nacional de Justiça {CNJ) não estarão sujeitas a revisão por meio de mandado de segurança impetrado diretamente no Supremo Tribunal Federal. :J GABARITO >: 1. "a". A afirmação "I" está errada porque para exercer a função de magistério não é necessário que esteja em disponibilidade {art. 95, parágrafo único, I); "li"- o erro está no fato de o magistrado, durante o estágio probatório {nos dois primeiros anos), poder perder o cargo por deliberação do tribunal a que estiver vinculado; "111"- o art. 101 não prevê o requisito de exercício de funções previamente no STJ; "IV"- a declaração de inconstitucionalidade dar-se-á pelo voto da maioria absoluta e não somente simples, como aludido na questão {cf. art. 97). 2. "b". Cf. art. 95,11, combinado com o art. 93, VIII. No exame 115.0 houve questionamento idêntico a este. Isso mostra ser extremamente importante completar o estudo teórico com a análise dos testes. O candidato que tivesse analisado essa questão do exame 107.• da OAB certamente já teria um ponto garantido!!! E não podemos esquecer que, pela EC n. 45/2004, o reconhecimento do interesse público, nos termos do art. 93, VIII, dá-se, por meio do quorum de maioria absoluta e não mais 2/3! 11 c Poder Judiciário 3. "b". Cf. arts. 2.", 96, 11, "b", 63, 11 (c/c o art. 25), 99 e 169. 975 --------· 4. "c". Cf. art. 105, I, "a" (vide sistematização sobre competência para processar e julgar crimes de responsabilidade no item 10.4.15). ·---- 5. "e". Art. 102, I, "n". 6. "c". Cf. art. 94 da ·:F/88. 7. "b". Cf. arts. 92 e93 da CF/88, sendo que não há a previsão no art. 92 de "tribunais marítimos". 8. "certo". Art. 102, , "f". 9. "certo". Art. 109, IV. Como se percebe, a prova exigia o conhecimento da "letra da lei"; portanto, insistimos, memorizem as competências dos Tribunais, previstas nos arts. 102 (STF), 105 (STJ), 108 (TRF), 109 ·Juízes Federais), 114 (Justiça do Trabalho) etc., bem como do CNJ (art. 103B, § 4.", l-VII e§ 5.", 1-111) e do CNMP (art. 130-A, § 2.", 1-V e§ 3.", 1·111). --- 10. "a". Art. 105, I, "b". A letra "b" de fato estabelece competência do STJ, conforme art. 105,11, "b". Contudo, além de ter faltado a especificação de que o julgamento seria apenas na hipótese de ser denegatória a decisão, não se trata de julgamento originário (como pede a questão), mas de julgamento em sede de recurso ordinário. No mesmo sentido, a letra "c" não estabelece competência originária, mas hipótese de recurso especial (art. 105, 111, "a"). A letra "d" está errada porque, muito embora, de fato, a competência para o julgamento de Ml çontra ato (omissivo) do PGR seja do STJ (art. 105, I, "h", e M/2·QO, Rei. Min. Sydney Sanches, j. 13.10.88, Plenário, . DJ de 24.02.1989), a competência para o julgamento de habeas data contra ato do PGR. é do STF (art. 102, I, "d"), e n3o do STJ. Finalmente, a letra "e" está errada por 2 motivos: a) primeiro, a competência para julgamento de MS e Ml decidido em única instância pelos Tribunais Superiores seria do STF; b) segundo, nessa hipótese, deveria ser denegatória a decisão (art. 102, 11, "a"). 11. "certo". Art. 107, § 3.". ·---~-·· 12. "b". Art. 125, § 3.". A letra "a" está errada, uma vez que, conforme visto na parte teórica, o julgamento na Justiça Militar é marcado pelo escabinato, ou seja, por um colegiado formado por 1 juiz togado e 4 juizes leigos, no caso, por Oficiais Militares e, assim, o TJM não se compõe integralmente por o"iciais militares. A letra "c" está errada, na medida em que o julgamento das forças armadas- Marinha, Exército e Aeronáutica- se dá pela Justiça Militar da União, e não pela Justiça Militar Estadual. Esta tem competência para o julgamento dos militares estaduais, não julgando civis (diferentemente da Justiça Militar da União, que tem competência para, nas hipóteses previstas Em lei, julgar civis- vide parte teórica). Finalmente, a letra "d" está errada, pois não há nenhuma relação entre a extinção de Tribunal de Alçada e a Justiça Militar. 13. "b". Art. 103-B, § 4.", 111, da CF/88. 14. "b". A letra "a" está errada por violar o art. 92, 1-A. A letra "c" é falsa, pois a instituição do CNJ, conforme vimos na parte teórica, já foi reconhecida pelo STF como constitucional (ADI 3.367). Por fim, a "d" é errada, pois o CNJ não exerce função jurisdicional, mas, como visto, meramente administrativa. 15. "d". Conforme estudado na parte teórica, o CNJ é órgão de natureza exclusivamente administrativa, com atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. Portanto, errada a letra "a". A letra "b" está errada, pois as decisões do CNJ podem ser revistas pelo STF (art. 102, I, "r"). Assim, errada a letra "b" e correta a letra "d". O CNJ não é órgão recursal (no âmbito jurisdicional). Por fim, os membros do CNJ são julgados pelo Senado Federal no caso de crime de responsabilidade (art. 52, 11). 16. "e". Art. 103-B, § 4.", 11. A letra "a" está errada, pois a atuação do CNJ se dá em relação ao Poder Judiciário, e não sobre os órgãos que desempenham funções essenciais à Justiça, que têm controle próprio, como o CNMP (Ministério Público), a OAB (Advocacia) etc. A letra "b" está errada, pois o CNJ é órg3o do Poder Judiciário, nos termos do art. 92, 1-A. A letra "c" está errada, uma vez que o mandato dos membros do CNJ é de 2 anos, admitida uma recondução (art. 103-B, caput). A letra "d" está errada, na medida em que a sabatina dos Conselheiros (exceto do Presidente do CNJ, que é membro nato e, portanto, não é sabatinado) se implementa pela maioria absoluta do SF, e não do CN (art. 103-B, § 2."). 976 Direito Consti tucion al Esque matiza do® Pedro Lenza 17. "b". Art. 103-8, § 4. 0 , V. A letra "a" está errada , pois a competência do CNJ, confor me visto na parte teórica, restringe-se ao âmbito administrativ o. A letra "c" está errada porqu e o STJ não tem compe tência sobre os atos do CNJ. A compe tência é do STF (art. 102, I, "r"). A letra "d" está errada, pois, de acordo com a EC n. 61/2009, é memb ro do CI~J não o Ministro do STF, mas, sim, o Ministro Presid ente do STF, na condiç ão de memb ro nato. 18. "e". 19. "certa". Cf. CC 7.500. 20. "c". Art. 103-A da CF/88. 21. "b". Art. 103-A da CF/88. 22. "c". Art. 103-A, § 2. 0 • 23. "e". 24. "b". 25. "b". 26. "a". Art. 125, § 1. 0 , da CF/88. 27. "d". Art. 100, § 13. A letra "a" está errada , já que, por regra, també m, os débito s de nature za alimen tar devem ser pagos por precatório, confor me, inclu;ive, S. 655/STF. As letras "b" e "c" estão errada s por violarem o art. 100, § 2.0 • A letra "e" -está errada por violar o art. 100, § 11, que adimite , rios seus termos , a entreg a de precatórios. 28. "d", nos termo s da literalidade do art. 100, § 7. 0 , da CF/83. Assim, não deixem de estuda r, també m, a "letra da lei". 29. "d". Conferir quadr o no item 11. 13.1. 30. "c". 31. "certo". Art. 103-B, § 4. 0 , da CF/88. 32. "d". Art. 52, 11, da CF/88. 33. "d", art. 102, I, "o". 34. "certo", art. 103-B, § 1. 0 • 35. "certo". Trata-se da denom inada "quare ntena de salda", introduzida pela EC n. 45/2004, no art. 95, parágr afo único, V. 36. "certo". Cf. art. 105, parágrafo único, 11. 37. "certo". Cf. item 11.7. 38. "errad o". Cf. art. 92, 1-A. 39. "certo". Trata-se da denom inada "quare ntena de saída", nos termos do art. 95, parágr afo único, V. 40. "errado", por violar a SV 23/STF, que interp retou o art. 114, 11: "A Justiça do Trabalho é competent e para processar e julgar ação possessória ajuizada em decorrência do exercício do direito de greve pelos trabal hadore s da iniciativa privad a". 41. "errad o". Cf. item 11.5.2. 1.2 e MS 27.958. 42. "certo". Cf. item 11.13.5.4. ' FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA • 12.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS Com o objetivo de dinamizar a atividade jurisdicional, o poder constituinte originário institucionalizou atividades profissionais (públicas e privadas), atribuindo-lhes o stçltus de funções essenciais à Justiça, tendo estabelecido suas regras nos arts. 127 a 135 da CF/88: Ministério Público (arts. 127 a 130),-Advocacia Pública (arts. 131 e 132), Advocacia (art. 133) e Defens

tríplice, na forma da lei, devendo o Chefe do Executivo nomear um dentre os integrantes da lista (cf. ADI 1.228-MC/AP, DJU de 02.06.1995; ADI 1.506-SE, DJU de 12.11.1999; ADI 1.962-RO, Rei. Min. limar Ga1vão, 08.11.2001, e, mais recentemente, ADI 3.727, Rei. Min. Ayres Britto, j. 12.05.2010, Plenário, DJE de 11.06.2010). 12.2.4.3. Procurador -Geral do Trabalho Nos termos dos arts. 87 e 88 da LC n. 75/93 (que dispõe sobre a organização, as atribuições e o Estatuto do Ministério Público da União), o Procurado r-Geral do Trabalho será o Chefe do Ministério Público do Trabalho, nomeado pelo PGR, dentre membros da Instituição, com mais de 35 anos de idade e de 5 anos na carreira, integrante de lista tríplice escolhida mediante voto plurinominal, facultativo 13 e secreto, pelo Colégio de Procuradores, par;a um mandato de 2 anos, permitida uma recondução , observado o mesmo processo. Caso não haja número suficiente de candidatos com mais de 5 anos na carreira, poderá concorrer à lista tríplice quem contar mais de 2 anos na carreira. A sua exoneração , antes do término elo mandato, será proposta ao PGR pelo Conselho Superior, 14 mediante deliberação obtida com base em voto secreto de 2/3 de seus integrantes. 12.2.4.4. Procurador -Geral da Justiça Militar Já os arts. 120 e 121 ela LC. n. 75/93 prescrevem que o Procurado r-Geral da Justiça Militar será o Chefe elo Ministério Público Militar, nomeado pelo PGR, 11 14 De acordo com o art. 93 da LC n. 75/93, o Colégio de Procuradores do Trabalho, presidido pelo Procurador-Geral do Trabalho, é integrado por todos os membros da carreira em atividade no Ministério Público do Trabalho. De acordo com o art. 95, da LC n. 75/93, o Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho, presidido pelo Procurador-Geral do Trabalho, tem a seguinte composição: I - o Procurador-Geral do Trabalho e o Vice-Procura dor-Geral do Trabalho, que o integram como membros natos; li - 4 Subprocurad ores-Gerais do Trabalho, eleitos para um mandato de 2 anos, pelo Colégio de Procuradores do Trabalho, mediante voto plurinominal, facultativo e secreto, permitida uma reeleição; lU- 4 Subprocurad ores-Gerais do Trabalho, eleitos para um mandato de 2 anos, por seus pares, mediante voto plurinominal, facultativo e secreto, permitida uma reeleição. 12 c Funções Essenciais à Justiça 991 dentre integrantes da Instituição, também com mais de 35 anos de idade e de 5 anos na carreira, escolhidos em lista tríplice mediante voto plurinominal, facultativo e secreto, pelo Colégio de Procuradores,IS para um mandato de 2 anos, permitida uma recondução, observado o mesmo processo. Caso não haja número suficiente de candidatos com mais de 5 anos na carreira, poderá concorrer à lista tríplice quem contar mais de 2 anos na carreira. A sua exoneração antes do término do mandato será proposta ao PGR pelo Conselho Superior, 16 mediante deliberação obtida com base em voto secreto de 2/3 de seus integrantes. 12.2.4.5. Procurador-Geral Eleitoral Conforme vimos, o art. 73 da LC n. 75/93 consigna que o Procurador-Geral Eleitoral é o próprio PGR que exerce as funções do Ministério Público nas causas de competência do TSE. Por sua vez, o Vice-Procurador-Geral Eleitoral será designado pelo Procurador-Geral Eleitoral, que o substituirá em seus impedimentos e exercerá o cargo em caso de vacância, até o provimento definitivo. Ainda, além do Vice-Procurador-Geral Eleitoral, o Procurador-Geral Eleitoral poderá designar, por necessidade de serviço, membros do Ministério Público Federal para oficiarem, com sua aprovação, perante o TSE. 12.2.4.6. Procurador Regional Eleitoral Incumbe ao Procurador-Geral Eleitoral (que é o POR, reforçamos) designar o Procurador Regional Eleitoral em cada Estado e no Distrito Federal, juntamente com o seu substituto, dentre os Procuradores Regionais da República no Estado e no Distrito Federal, ou, onde não houver, dentre os Procuradores da República vitalícios, para mandato de 2 anos, podendo ser reconduzido uma vez. Na prática, buscando dar maior legitimidade - apesar da inexistência de previsão normativa - , vêm sendo realizadas eleições no âmbito do MPF para a escolha dos 2 nomes (candidatos a Procurador Regional Eleitoral e o seu substituto) e, normalmente, sem ter essa obrigação, o POR vem escolhendo os integrantes da chapa mais votada. De acordo com o art. 76, § 2.0 , da LC n. 75/93, o Procurador Regional Eleitoral poderá ser destituído, antes do término do mandato, por iniciativa do Procurador- 15 16 De acordo com o art. 126 da LC n. 75/93, o Colégio de Procuradores da Justiça Militar, presidi· do pelo Procurador-Geral da Justiça Militar, é integrado por todos os membros da carreira em atividade no Ministério Público da Justiça Militar. De acordo com o art. 128 da LC n. 75/93, o Conselho Superior do Ministério Público Milita1·, presidido pelo Procurador-Geral da Justiça Militar, tem a seguinte composição: I -o Procurador-Geral da Justiça Militar e o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar; 11 -os Subprocuradores-Gerais da Justiça Militar. 992 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza -Geral Eleitora l, anuindo a maioria absolut a do Conselh o Superio r do Ministé rio Público Federal . 17 Compete ao Procura dor Region al Eleitora l exercer as funções do Ministé rio Público nas causas de competência do Tribun al Regiona l Eleitora l respectivo, além de dirigir, no Estado, as atividad es do setor. Nesse sentido, a Res. n. 30/2008 do Conselho Nacional do Ministér io Público (CNMP), traçando parâmetros para a indicação e a designação de membro s do Ministério Público para exercer função eleitoral em 1.0 grau, estabeleceu competi r tal atribuição ao Procur ador Regiona l Eleitora l, com base em indicaç ão do Chefe do Ministé rio Público local, qual seja, com base na indicação do Procura dor-Geral de Justiça (PGJ). Finalmente, cumpre observar que o Procurador-Geral Eleitoral poderá designar, por necessi dade de serviço, outros membros do MPF para oficiar, sob a coordenação do Procur ador Regiona l, perante os TREs. 12.2.4.7. Novas perspec tivas em relação à nomeação do PGR A "PEC Paralel~ do Judiciá rio" (PEC n: 358/2005, que voltou à CD, já aprovada, como 29-A, no SF), modificando o art. 128, § 1.0 , explícita que o PGR deva ser oriundo do MPF (tendo em vista as atribuições especializadas dos MPs do Trabalho e Militar e a atuação limitada a uma unidade da Federação do MP do DF e Territórios) e permite, diferentemente da regra atual, apenas uma recondu ção. Essa informação é importa nte para as provas (oral e escrita - para demons trar conhecimento), mas ainda depend e de aprovaç ão em 2 turnos da CD. 12.2.5. Princípios institucionais 12.2.5.1. Regras gerais O art. 127, § 1. da CF/88 prevê como princípios institucionais do Ministé rio Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. 0 , O unidade : sob a égide de um só Chefe, o Ministério Público deve ser visto como uma instituição única, sendo a divisão existente meramente funcion al. Importa nte notar, porém, que a unidade se encontra dentro de cada órgão, não se falando em unidade entre o Ministério Público da União (qualquer deles) e o dos Estados, nem entre os ramos daquele; D indivisi bilidade : corolário do princípio da unidade, em verdadeira relação de logicidade, é possível que um membro do Ministério Público substitu a outro, 17 De acordo com o art. 54 da LC n. 75/93, o Conselho Superior do Ministéri o Público Federal. presidido pelo PGR, tem a seguinte composição: I - Procurad or-Geral da República e o Vice-Procura dor-Gera l da República, que o integram como membros natos; l i - 4 Subproc uradores-Gera is da Repúblic a eleitos, para mandato de 2 anos, na forma do art. 53, III, permitida uma reeleição; III- 4 Subproc uradores -Gerais da República eleitos, para mandato de dois anos, por seus pares, mediante voto plurinominal, facultativo e secreto, permitida urna reeleição. 11"" 12 a Funções Essenciais à Justiça 999 competência do POR para o ajuizamento do IDC (Incidente de Deslocamento de Competência) peran:e o STJ (art. 109, § 5.0 , da CF/88). Contudo, em referido julgamento, o STF, por maioria, entendeu ser perfeitamente possível a ampliação de atribuições do POR nos termos do art. 128, § 5.0 , da CF/88, qual seja, por meio de lei complemen tar, notadamente, pela LC n. 75/93, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Assim, de acordo com o art. 48, li, parágrafo único da referida LC n. 75/93, incumbe ao Procurador -Geral da República propor perante o STJ a ação penal, nos casos previstos no art. 105, I, "a", da CF/88, podendo tal competência ser delegada a Subprocurador-Geral da República. Confira a decisão do STF que, por 7 x 2, reconheceu a constitucionalidade do art. 48, II, parágrafo único, da LC n. 75/93: l "EMENTA: (...).AMPLIAÇ ÃO DE ATRIBUIÇÕES POR LEI COMPLEMENTAR. CONSTITUCIOt\ALIDADE. 1. São constitucionais o inc. II e o parágrafo único do art. 48 da LC n. 75/93, que atribuem ao POR a competência para propor, no STJ, a ação penal prevista no art. 105, I, 'a', da Constituição da República, além de permitirem a delegação dessa competência a Subprocurad01~Geral da República. 2. ADI julgada improcedente" (ADI 2.913, Rei. pJ o ac. Min. Cármen Lúcia, j. 20.05.2009, Plenário, DJE de 24.06.2011). "EMENTA: Ação penal da competência originária do STJ: Ministério Público: legitimidade ad proce!swn para subscrever a denúncia do Procurador-Geral da República: possibilidade de delegação a Subprocurador-Geral da República. LC 75/93 (LOMPU), arts. 48, II, parágrafo único: validade. Válida e vigente a disposição legal que atribui ao Procurador-Geral a propositura das ações penais da competência originária do STJ, não há como cogitar, em relação a elas, de distribuição, cujo pressuposto é a pluralidade de órgãos com idêntica competência material: nelas o Procurador-Geral é, por definição legal, o 'promotor natural' da causa" (HC 84.630, Rei. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 15.12.2005, 1." Turma, DJ de 25.08.2006. No mesmo sentido, cf.: HC 84.468 e HC 84.488, Rei. Min. Cezar Peluso, 1.• 11uma, STF, j. 07.02.2006). 12.2.7. Garantias do Ministério Público '~ 12.2.7.1. Garantias institucionais -: 12.2.7.1.1. Autonomia funcional A autonomia funcional, inerente à Instituição como um todo e abrangendo todos os órgãos do Ministério Público, está prevista no art. 127, § 2.0 , da CF/88, no sentido de que, ao cumprir os seus deveres institucionais, o membro do Ministério Público não se submeterá a nenhum outro "poder" (Legislativo, Executivo ou Judiciário), órgão, autoridade pública etc. Deve obediência, apenas, à Constituição, às leis e à sua própria consciência. 12.2.7.1.2. Autonomia administra tiva A autonomia administra tiva consiste na capacidade de direção de si próprio, autogestão, autoadministração, um governo de si. Assim, o Ministério Público pode- l 1000 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza rá, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira, enfim, sua organização e funcionamento (cf. art. 127, § 2."). 24 12.2.7.1.3. Autonomia financeira Pela garantia institucional da autonomia financeira, ao Ministério Público assegurou-se a capacidade de elaborar sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, podendo, autonomamente, administrar os recursos que lhe forem destinados (cf. art. 127, § r). Assim como fixado para a Magistratura e já estudado (art. 99, §§ 3.", 4." e 5."), a EC n. 45/2004 regulamentou o procedimento de encaminhamento da proposta orçamentária do Ministério Público e solução em caso de inércia. Proibiu, outrossim, a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites fixados na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementaresDu ~speciais (art. 127, §§ 4.", 5." e 6."). 12.2.7.2. Garantias dos membros do Ministério Público 12.2.7.2.1. Vitaliciedade Adquire-se a vitaliciedade após a transcorrência do período probatório, ou seja, 2 anos de efetivo exercício do cargo, tendo sido admitido na carreira mediante aprovação em concurso de provas e títulos (art. 128, § 5.", I, "a"). A garantia da vitaliciedade assegura ao membro do Ministério Público a perda do cargo somente por sentença judicial transitada em julgado. 25 12.2.7.2.2. Inamovibilida de Em razão da garantia da inamovibilid ade, o membro do Ministério Público não poderá ser removido ou promovido, unilateralmente, sem a sua autorização ou solicitação. Excepcionalmente, contudo, por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público (no caso, o Conselho Superior do Ministério Público 26), por voto da maioria absoluta de seus membros, desde que lhe seja assegurada ampla defesa, poderá vir a ser removido do cargo ou função (art. 128, § 5.", I, "b", modificado pela EC n. 45/2004). 24 25 26 O§ 2.0 do art. 127 teve a sua redação alterada pela EC n. 19/98. ·~ vitaliciedade vale muito mais que a mera estabilidade, antes concedida, porque condiciona a perda do cargo à existência de sentença judicial que a imponha; enquanto a estabilidade limita-se a garantir a realização de regular processo administrativo (LOMP, art. 38, inc. I)" (Antônio C. de Araújo Cintra et al., Teoria geral do processo, p. 215). Cf., também, art. 15, VIII, da Lei n. 8.625/93 (ao dispor sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados) e art. 211 da Lei Complementar n. 75/93 (que dispõe sobre a organização, atribuições e o Estatuto do Ministério Público da União). 12 DI 1001 Funções Essenciais à Justiça 12.2.7.2.3. Irredutibilidade de subsídios É assegurada ao membro do Ministério Público (art. 128, § 5. I, "c", 0da CF/88) 39, § 4. , e ressala garantia da irredutibi lidade de subsídio, fixado na forma do art. 0 Como vimos ao I. , 2. § 153, vado o disposto nos arts. 37, X e XI; 150, II; 153, III; do Ministério membros dos subsídio o comentar a irredutibilidade dos magistrados, idade irredutibil a assegurada está que Público não poderá ser reduzido, lembrando riaY inflacioná corrosão a nominal, não se garantindo ::c 0 , 12.2.7.3. Impedime ntos imputado s aos membros do Ministério Público (vedações) 0 0 De acordo com os arts. 128, § 5. , II, § 6. ; e 129, IX, os membros do Ministério Público não poderão: u~ O receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; mexercer a advocacia. 28 Em relação ao exercício da advocacia devemos observar que essa proibição não é absoluta. O art. 29, § r, do ADCT estabeleceu que o membro do Ministério Público poderia optar pelo regime anterior, no que respeita às garantias e vantagens , desde que admitido antes da promulga ção da Constituição, observando-se, quanto às vedações, a situação jurídica na data desta. Resta investigar, então, como era o regime anterior, quando da promulgação do texto, em relação à referida vedação: 0 O Ministéri o Público Estadual: por expressa previsão do art. 24, § 2. , da LC n. 40/81, os membros do MP Estadual estavam expressamente proibidos de advogar; III Ministéri o Público do Distrito Federal e dos Territóri s: o art. 60 da LC n. 40/81 determinava aplicar-se à organização do Ministério Público do Distrito Federa referida Lei. Assim, ral e dos Territórios, no que coubesse, as normas constantes 0 no caso, aplicando-se a vedação constante do art. 24, § 2. , em relação aos membros do MP Estadual, pode-se concluir que os membros do MP do DF e dos Territórios também estavam proibidos de advogar; 27 18 cargos e Como já vimos, essa garantia também abrange os magistrados (art. 95, III) e ocupantes de dos vencimentos os e subsídio o que estabelece XV, 37, art. o que em medida na públicos, empregos Xl e ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis , ressalvado o disposto nos incisos 0 0 XlV do art. 37 e nos arts. 39, § 4. ; 150, li; 153, III; e 153, § 2. , L proibição Vide art. 28, li, da Lei n. 8.906, de 04.07.1994 (Estatuto da Advocacia e a OAB). "A sadia Estavários em sobreviveu que experiência, A paulista. legislação da vem advocacia a de exercer pública e dos, mostrou que o promotor-advogado falha na devida dedicação à sua nobre função comumente dá preponderância aos interesses da banca, além de perder a indispensável imparcialidade. Aqueles que clandestinamente continuarem advogando incorrem em grave falta funcional" (A. C. A. Cintra, A. P. Grinover, C. R. Dinamarco, Teoria geral do processo, p. 216). 1002 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza Q Ministério Público Federal, da Justiça do Trabalho e junto à Justiça Militar: os dispositivos normativos que disciplinavam a carreira do MPU (Lei n. 1.341/51- Lei Orgânica do Ministério Público da União, que veio a ser substituída pela LC n. 75/93 e Lei n. 6.788/80; Decreto n. 40.359/56 - MPT e Decreto n. 73.173/73 - MPM) não traziam essa expressa vedação, exceto na hipótese de contrariar os interesses da União ou da Fazenda Nacional. Podemos afirmar, então, que a vedação não era em relação a todo o Ministério Público, mas apenas para o MP Estadual e para o MP do DF e dos Territórios. Portanto, os membros do MPU junto à Justiça Comum (MPF), à Militar (MPM) e à do Trabalho (MPT), com a exceção dos integrantes do MP do DF e dos Territórios, podiam advogar, já que não havia expressa vedação. Cabe referir, conforme os considerandos daRes. n. 16/2006 do CNMP, "que o Supremo Tribunal Federal já havia decidido, em abril de 1987, que a proibição de advogar, nos termos da Lei Complementar n. 40/81 e Decreto-lei n. 2.627/85, aplicava-se, integralmente, aos membros do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, inexistindo, no caso, violação de direito adquirido, uma vez que não há direito adquirido a regime jurídico (AgRg 117.625-~, Rei. Ministro Moreira Alves)". O tema, por sua vez, foi regulamentado pelo CNMP, nos termos da citada Res. n. 16/2006 (ao dar nova redação ao art. 1.0 daRes. n. 8/2006): "somente poderão exercer a advocacia com respaldo no § r do art. 29 do ADCT da Constituição de 1988, os membros do Ministério Público da União que integravam a carreira na data da sua promulgação e que, desde então, permanecem regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil. O exercício da advocacia-, para os membros do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios está, incondicionalmente, vedado, desde a vigência do artigo 24, § 2.0 , da Lei Complementar n. 40/81", é claro, conforme visto, da proibição em relação aos membros do Ministério Público Estadual. É de lembrar que, na dicção do art. 2.0 daRes. n. 8/CNMP, além dos impedimentos e vedações previstos na legislação que regula o exercício da advocacia pelos membros do Ministério Público, quando puderem advogar, estes não poderão fazê-lo nas causas em que, por força de lei ou em face do interesse público, esteja prevista a atuação do Ministério Público, por qualquer dos seus órgãos e ramos (Ministérios Públicos dos Estados e da União). Finalmente- e o tema será aprofundado quando tratarmos da AGU - , no regime jurídico anterior, os membros do MPF exerciam, além de outras atribuições, a representação judicial da União. Com o novo texto, os membros do MPF ficaram proibidos de representar a União, mas, por força do art. 29, caput, do ADCT, eles continuaram, temporariamente, a exercer a advocacia, representando judicialmente a União, até que fosse editada a Lei Complementar n. 73/93. EJ participar de sociedade comercial, na forma da lei; D exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; 12 o Funções Essenciais à Justiça 1003 13 exercer atividade político-partidária; sem qualquer exceção, nos termos da restrição trazida pela EC n. 45/2004, ao alterar a redação do art. 128, § 5. II, "e" (cf. Res. n. 5/2006 do CNMP); 0 , A Res. TSE n. 22.095/2005 (DJ de 24.10.2005, p. 89, nos termos da Res. TSE n. 22.045/2005) previu ser imediata a aplicação da EC n. 45/2004 e sem ressalvas , abrangendo aqueles que adentraram nos quadros do Ministério Público tanto antes quanto depois da referida emenda à Constituição. Também o art. 13 da Res. TSE n. 22.156/2006 estabeleceu que os magistrados, os membros dos Tribunais de Contas e os do Ministér io Público devem filiar-se a partido político c afastar-se definitiv amente de suas funções até 6 meses antes das eleições. Em sentido contrário, porém, destacamos julgado do TSE (decisão monocrá tica do Min. Cezar Peluso) que entendeu pela não aplicação da regra da EC n. 45/2004, que veda o exercício de atividade político-partidária aos membros do MP, por força do art. 29, § 3.0 , do ADCT, àqueles que ingressaram na carreira antes da promulga ção da CF/88. Destacam os o caso particular do RO 1.070, requerido por Fernando Capez no TSE,:que confirmo u a sua candidatura pela coligação PSDB/PF L em eleição na qual obteve 95.101 votos no pleito de 2006 para o exercício do mandato de Deputado Estadual (SP). 29 Contra referido acórdão, foi interposto, em 14.10.2008, pelo Ministério Público Eleitoral, o RE 594.154. Tendo em vista que o mandato de deputado estadual a que se referia a candidatura impugnada iniciou-se em 1.0 .01.2007 e teve fim em 31.12.201 0, o recurso perdeu seu objeto, sendo, portanto, julgado prejudicado (art. 21, IX, do RISTF). Fernando Capez foi reeleito para nova legislatura, com término previsto para 31.12.2014. Ainda, é de mencionar o interessante caso da Promotora de Justiça licenciad a Maria do Carmo, que, considerada inelegível, teve seu registro de candidatura indeferido pela Justiça Eleitoral, pois, apesar de estar tentando a reeleição, encontra ria vedação no art. 128, § 5.0 , II. Contudo, tendo participado das eleições municipais de 2008 para a Prefeitura de Santarém (PA), obteve 77.458 votos, que equivalem a 52,81% dos votos válidos. O STF, por 6 x 4, deu provimento ao RE 597.994 interposto e validou o registro de sua candidat ura, estabelecendo, assim, um interessante precedente: 1 "Não há, efetivamente, direito adquirido do membro do Ministério Público a candidatar-se ao exercício de novo mandato político. O que socorre a recorrente é o direito, atual - não adquirido no passado, mas atual - a concorre r a nova eleição e ser ree- " Cf., também, RO 999/TSE, que serviu de precedente para o voto monocrático o do Ministro Peluso, com certa particularidade, qual seja, o membro do MP já ser Deputado Federal quando do advento da EC n. 45/2004 e ter feito a opção do art. 29, § 3.", do ADCT em outubro de 1988. No caso indicado (RO 1.070- Fernando Capez), a manifestação pelo regime anterior se deu em 28.03.2006, e à época da promulgação da EC n. 45/2004 o recorrente exercia a função de promotor de justiça. 1004 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza Ieita, afirma do pelo artigo 14, § 5.0 , da Consti tuição do Brasil. Não há contra dição entre os preceitos contid os no § 5.0 do artigo 14 e no artigo 128, § 5.0 , 11, 'e', da Consti tuição do Brasil. A interpr etação do direito , e da Constituição, não se reduz a singelo exercício de leitura dos seus textos, compr eenden do processo de contínua adapta ção à realida de e seus conflit os. A ausênc ia de regras de transição para disciplinar situaçõ es fáticas não abrang idas por emend a constit uciona l deman da a análise de cada caso concre to à luz do direito enquan to totalidade. A exceçã o é o caso que não cabe no âmbito de norma lidade abrang ido pela norma geral. Ela está no direito, ainda que não se encont re nos textos normativos de direito positivo. Ao Judiciá rio, sempre que necess ário, incum be decidi r regula ndo também essas situaçõ es de exceção. Ao fazê-lo não se afasta do ordena mento" (RE 597.994, Rei. p/ o ac. Min. Eros Grau, j. 04.06. 2009, DJE de 28.08.2009). B receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; El exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos 3 anos do afastamento do cargo por aposentador ia ou exoneração (quarentena), nos termos do art. 128, § 6. introduzido pela EC n. 45/20 04; O exercer a representação judicial e a consu~toriajurídic a de entidades públicas. 0 , ···~ 12.2.7.4. Abrangência das garantias e imped iment os As garantias e vedações apresentadas não têm aplica ção integral, na medida em que o art. 29, § 3.0 , do ADCT prevê a possibilidade de opção pelo regime anterior, no tocante às garan tias e vanta gens, na hipótese de o membro do Ministério Público ter sido admitido antes da promulgação da Constituição , observando-se, quanto às vedações, a situação jurídica na data da aludida promu lgação. 30 Assim, ou o membro do Ministério Público escolhia submeter-se às novas regras traçadas pela CF/88 (por nós já apontadas as garant ias e vedações), ou escolhia o regime jurídico anterior, em que existia a regra do concu rso público, da estabilidade (podendo ser demitidos ou por sentença judiciária, ou em virtude de processo administrativo em que se lhes facultasse a ampla defesa) e da inamovibilidade, a não ser mediante representação do Procurador-Geral, com fundam ento em conveniência do serviço (art. 138, § 1.0 , da Constituição de 1967). :~ 12.2.8 . Funçõ es institu ciona is do Ministério Públic o As funções institucionais do Ministério Público estão contempladas no art. 129 da CF/88. Trata-se de rol meramente exemplificativo, uma vez que seu inciso IX estabelece que compete, ainda, ao Ministério Públic o exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalid ade. Assim, suas funções podem ser exemplificadas como segue: 30 " ••• com isso, só para os novos integra ntes da Instituição prevalece o veto aos afastamentos indiscri minados e por tempo indeterminado, para prestar serviço s de qualquer natureza a órgãos do Poder Executivo. O Ministério Público não será uma Instituição realmente independente e dotada de toda a desejável postura altaneira, enquanto tais ligações não tiverem fim" (A. C. A. Cintra, A. P. Grinover, C. R. Dinamarco, Teoria geral do processo, p. 216). 12 D 1005 Funções Esenciais à Justiça 0 titularidade e monopólio da ação penal pública, na forma da lei, com a única exceção prevista no art. 5. LIX, que admite ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal (sem, contudo, observe-se, reti31 rar a titularidade da ação penal pública do Ministério Público); [] zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; O promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimô32 nio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. 0 , 31 32 Evocando os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1.", Ill), da igualdade substancial (art. 5.", I), do dever da lei de punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5.", XLI), bem como a regra do art. 226, § 8.", da CF/88, podendo tal competência ser delegada a Subprocurador-Geral da República. Confira a decisão do STF que, por 7 x 2, reconheceu a constitucionalidade do art. 48, II, parágrafo único, da LC n. 75/93: l "EMENTA: (...).AMPLIAÇ ÃO DE ATRIBUIÇÕES POR LEI COMPLEMENTAR. CONSTITUCIOt\ALIDADE. 1. São constitucionais o inc. II e o parágrafo único do art. 48 da LC n. 75/93, que atribuem ao POR a competência para propor, no STJ, a ação penal prevista no art. 105, I, 'a', da Constituição da República, além de permitirem a delegação dessa competência a Subprocurad01~Geral da República. 2. ADI julgada improcedente" (ADI 2.913, Rei. pJ o ac. Min. Cármen Lúcia, j. 20.05.2009, Plenário, DJE de 24.06.2011). "EMENTA: Ação penal da competência originária do STJ: Ministério Público: legitimidade ad proce!swn para subscrever a denúncia do Procurador-Geral da República: possibilidade de delegação a Subprocurador-Geral da República. LC 75/93 (LOMPU), arts. 48, II, parágrafo único: validade. Válida e vigente a disposição legal que atribui ao Procurador-Geral a propositura das ações penais da competência originária do STJ, não há como cogitar, em relação a elas, de distribuição, cujo pressuposto é a pluralidade de órgãos com idêntica competência material: nelas o Procurador-Geral é, por definição legal, o 'promotor natural' da causa" (HC 84.630, Rei. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 15.12.2005, 1." Turma, DJ de 25.08.2006. No mesmo sentido, cf.: HC 84.468 e HC 84.488, Rei. Min. Cezar Peluso, 1.• 11uma, STF, j. 07.02.2006). 12.2.7. Garantias do Ministério Público '~ 12.2.7.1. Garantias institucionais -: 12.2.7.1.1. Autonomia funcional A autonomia funcional, inerente à Instituição como um todo e abrangendo todos os órgãos do Ministério Público, está prevista no art. 127, § 2.0 , da CF/88, no sentido de que, ao cumprir os seus deveres institucionais, o membro do Ministério Público não se submeterá a nenhum outro "poder" (Legislativo, Executivo ou Judiciário), órgão, autoridade pública etc. Deve obediência, apenas, à Constituição, às leis e à sua própria consciência. 12.2.7.1.2. Autonomia administra tiva A autonomia administra tiva consiste na capacidade de direção de si próprio, autogestão, autoadministração, um governo de si. Assim, o Ministério Público pode- l 1000 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza rá, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira, enfim, sua organização e funcionamento (cf. art. 127, § 2."). 24 12.2.7.1.3. Autonomia financeira Pela garantia institucional da autonomia financeira, ao Ministério Público assegurou-se a capacidade de elaborar sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, podendo, autonomamente, administrar os recursos que lhe forem destinados (cf. art. 127, § r). Assim como fixado para a Magistratura e já estudado (art. 99, §§ 3.", 4." e 5."), a EC n. 45/2004 regulamentou o procedimento de encaminhamento da proposta orçamentária do Ministério Público e solução em caso de inércia. Proibiu, outrossim, a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites fixados na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementaresDu ~speciais (art. 127, §§ 4.", 5." e 6."). 12.2.7.2. Garantias dos membros do Ministério Público 12.2.7.2.1. Vitaliciedade Adquire-se a vitaliciedade após a transcorrência do período probatório, ou seja, 2 anos de efetivo exercício do cargo, tendo sido admitido na carreira mediante aprovação em concurso de provas e títulos (art. 128, § 5.", I, "a"). A garantia da vitaliciedade assegura ao membro do Ministério Público a perda do cargo somente por sentença judicial transitada em julgado. 25 12.2.7.2.2. Inamovibilida de Em razão da garantia da inamovibilid ade, o membro do Ministério Público não poderá ser removido ou promovido, unilateralmente, sem a sua autorização ou solicitação. Excepcionalmente, contudo, por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público (no caso, o Conselho Superior do Ministério Público 26), por voto da maioria absoluta de seus membros, desde que lhe seja assegurada ampla defesa, poderá vir a ser removido do cargo ou função (art. 128, § 5.", I, "b", modificado pela EC n. 45/2004). 24 25 26 O§ 2.0 do art. 127 teve a sua redação alterada pela EC n. 19/98. ·~ vitaliciedade vale muito mais que a mera estabilidade, antes concedida, porque condiciona a perda do cargo à existência de sentença judicial que a imponha; enquanto a estabilidade limita-se a garantir a realização de regular processo administrativo (LOMP, art. 38, inc. I)" (Antônio C. de Araújo Cintra et al., Teoria geral do processo, p. 215). Cf., também, art. 15, VIII, da Lei n. 8.625/93 (ao dispor sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados) e art. 211 da Lei Complementar n. 75/93 (que dispõe sobre a organização, atribuições e o Estatuto do Ministério Público da União). 12 DI 1001 Funções Essenciais à Justiça 12.2.7.2.3. Irredutibilidade de subsídios É assegurada ao membro do Ministério Público (art. 128, § 5. I, "c", 0da CF/88) 39, § 4. , e ressala garantia da irredutibi lidade de subsídio, fixado na forma do art. 0 Como vimos ao I. , 2. § 153, vado o disposto nos arts. 37, X e XI; 150, II; 153, III; do Ministério membros dos subsídio o comentar a irredutibilidade dos magistrados, idade irredutibil a assegurada está que Público não poderá ser reduzido, lembrando riaY inflacioná corrosão a nominal, não se garantindo ::c 0 , 12.2.7.3. Impedime ntos imputado s aos membros do Ministério Público (vedações) 0 0 De acordo com os arts. 128, § 5. , II, § 6. ; e 129, IX, os membros do Ministério Público não poderão: u~ O receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; mexercer a advocacia. 28 Em relação ao exercício da advocacia devemos observar que essa proibição não é absoluta. O art. 29, § r, do ADCT estabeleceu que o membro do Ministério Público poderia optar pelo regime anterior, no que respeita às garantias e vantagens , desde que admitido antes da promulga ção da Constituição, observando-se, quanto às vedações, a situação jurídica na data desta. Resta investigar, então, como era o regime anterior, quando da promulgação do texto, em relação à referida vedação: 0 O Ministéri o Público Estadual: por expressa previsão do art. 24, § 2. , da LC n. 40/81, os membros do MP Estadual estavam expressamente proibidos de advogar; III Ministéri o Público do Distrito Federal e dos Territóri s: o art. 60 da LC n. 40/81 determinava aplicar-se à organização do Ministério Público do Distrito Federa referida Lei. Assim, ral e dos Territórios, no que coubesse, as normas constantes 0 no caso, aplicando-se a vedação constante do art. 24, § 2. , em relação aos membros do MP Estadual, pode-se concluir que os membros do MP do DF e dos Territórios também estavam proibidos de advogar; 27 18 cargos e Como já vimos, essa garantia também abrange os magistrados (art. 95, III) e ocupantes de dos vencimentos os e subsídio o que estabelece XV, 37, art. o que em medida na públicos, empregos Xl e ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis , ressalvado o disposto nos incisos 0 0 XlV do art. 37 e nos arts. 39, § 4. ; 150, li; 153, III; e 153, § 2. , L proibição Vide art. 28, li, da Lei n. 8.906, de 04.07.1994 (Estatuto da Advocacia e a OAB). "A sadia Estavários em sobreviveu que experiência, A paulista. legislação da vem advocacia a de exercer pública e dos, mostrou que o promotor-advogado falha na devida dedicação à sua nobre função comumente dá preponderância aos interesses da banca, além de perder a indispensável imparcialidade. Aqueles que clandestinamente continuarem advogando incorrem em grave falta funcional" (A. C. A. Cintra, A. P. Grinover, C. R. Dinamarco, Teoria geral do processo, p. 216). 1002 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza Q Ministério Público Federal, da Justiça do Trabalho e junto à Justiça Militar: os dispositivos normativos que disciplinavam a carreira do MPU (Lei n. 1.341/51- Lei Orgânica do Ministério Público da União, que veio a ser substituída pela LC n. 75/93 e Lei n. 6.788/80; Decreto n. 40.359/56 - MPT e Decreto n. 73.173/73 - MPM) não traziam essa expressa vedação, exceto na hipótese de contrariar os interesses da União ou da Fazenda Nacional. Podemos afirmar, então, que a vedação não era em relação a todo o Ministério Público, mas apenas para o MP Estadual e para o MP do DF e dos Territórios. Portanto, os membros do MPU junto à Justiça Comum (MPF), à Militar (MPM) e à do Trabalho (MPT), com a exceção dos integrantes do MP do DF e dos Territórios, podiam advogar, já que não havia expressa vedação. Cabe referir, conforme os considerandos daRes. n. 16/2006 do CNMP, "que o Supremo Tribunal Federal já havia decidido, em abril de 1987, que a proibição de advogar, nos termos da Lei Complementar n. 40/81 e Decreto-lei n. 2.627/85, aplicava-se, integralmente, aos membros do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, inexistindo, no caso, violação de direito adquirido, uma vez que não há direito adquirido a regime jurídico (AgRg 117.625-~, Rei. Ministro Moreira Alves)". O tema, por sua vez, foi regulamentado pelo CNMP, nos termos da citada Res. n. 16/2006 (ao dar nova redação ao art. 1.0 daRes. n. 8/2006): "somente poderão exercer a advocacia com respaldo no § r do art. 29 do ADCT da Constituição de

administrativa, cuja atribuição se circunscreveria ao controle da legitimidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público federal e estadual (CF, art. 130-A, § 2.0). Assim, o CNMP, ao declarar a inconstitucionalidade do art. 141, 'in fine', da Lei Orgânica do Ministério Público de Santa Catarina (...) teria exorbitado de suas funções, que se limitariam ao controle de legitimidade dos atos administrativos praticados por membros do 'parquet"' (lnf 781/STF, MS 27.744,j. 14.04.2015- acórdão não publicado até a data de fechamento desta edição). Parece-nos, contudo, que, no caso concreto, de modo incidental, desde que se trate de ato flagrantemente inconstitucional, o CNMP poderia declarar a inconstitucionalidade de lei ou do ato normativo, em verdadeiro controle difuso e na linha do estabelecido para o TCU, nos termos da S. 347/STF (lembramos que esse tema também está em discussão no STF- cf. item 11.13.5.3). ,: 12.2.10.10. Outras regras O Presidente do Conse.lho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil terá assento e voz no Plenário, podendo se fazer representar em suas sessões por membro da Diretoria do Conselho Federal da entidade (art. 4.0 , parágrafo único, do RICNMP). Leis da União e dos Estados criarão ouvidorias do Ministério Público, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Ministério Público, inclusive contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional do Ministério Público. Destacamos, ainda, a competência do Senado Federal para processar e julgar os membros do Conselho nos crimes de responsabilidade e a competência do STF para julgar as ações contra o Conselho (arts. 52, II, e 102, I, "r"). Finalmente, em relação às infrações penais comuns, assim como já visto em relação ao CNJ, a competência será fixada individualmente, de acordo com o cargo de origem de cada membro do Conselho, lembrando que a PEC Paralela da Reforma do Judiciário (PEC n. 358/2005), que precisa ainda ser aprovada, estabelece a competência do STF, mas isso, como se disse, depende de aprovação pelo CN. '' 12.2.11. Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (art. 130) O art. 130 estatui que aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura estabelecidas para o Ministério Público, como instituição, aqui já estudadas por nós. Referida instituição será organizada por lei orgânica própria e de iniciativa do Tribunal de Contas, sendo materializada por meio de lei ordinária. Diferentemente, apenas para fazer o contraponto, o art. 128, § 5.0 , estatui que leis complementares (e não leis ordinárias) da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais (e já vimos que também e facultativa- 1016 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza mente ao Presidente da Repú blica- art. 61, § 1.0 , II, "d"cf. item 9.13.3.7.1), estabelecerão a organi zação, as atribui ções e o estatut o de cada Minist ério Públ ico. Portanto, o Ministério Públ o junto ao Tribunal de Contas está estrutu ralmen te ligado ao Tribun al de Contas da União ou do Estado (ou do Município, onde houver), e não ao Minist ério Público da União, ou dos Estados ou do Distrit o Federa l e Territórios, devendo ser entendido como uma institu ição autôno ma. 39 Confo rme já estudamos, "o Minis tério Públ o especi al junto aos Tribun ais de Contas - que config ura uma indiscutível realida de constit ucional - qualif ka-se como órgão estatal dotado de identid ade e de fisionomia própria s que o tornam inconfundível e inassimilável à institu ição do Minist ério Público comum da União e dos Estados-membros. Não se reveste de legitimidade constitucional a partici pação do Minist ério Público comum perant e os Tribunais de Contas dos Estados, pois essa participação e atuação acham -se constit uciona lmente reserva das aos membr os integrante s do Minist ério Público especial, a que se refere a própria Lei Funda menta l da República (art. 130). O preceito consub stancia do no art. 130 da Consti tuição reflete uma solução de compr omisso adotad a pelo legislador C•Jnsti tuinte brasileiro, que prefe~iu não outorg ar, ao Minist ério Públ o comum , as funções de atuação peran: e os Tribunais de Contas, optando, ao contrá rio, por atribui r esse relevante encarg o a agentes estatai s qualificados, deferin do-lhe s um status jurídic o especi al e enseja ndo-lhes, com o reconh ecimen to das já mencio nadas garant ias de ordem subjetiva, a possibilidade de atuação funcional exclusiva e indepe ndente perant e as Cortes de Contas " (ADI 2.884, Rei. Min. Celso de Mello, DJ de 20.05.2005 - cf., també m, ADI 3.192, Rei. Min. Eros Grau, j. 24.05.2006, DJ de 18.08.2006). Confo rme já destacamos no item 9.15.5, no julgam ento da Consulta n. 0.00.000.000843/2013-39, formul ada pela Associação Nacion al do Minist ério Público de Contas (AMPCON), o Conse lho Nacion al do :Winis tério Públ o (CNM P) entendeu que o Minist ério Públ o de Conta s (MPC) e seus memb ros estão sujeitos ao seu contro le administrativo, financ eiro e disciplinar: "Consu lta respondida positivamente para reconh ecer ac Ministé rio Público de Con:as a nature za jurídic a de órgão do Minist ério Públ o brasile iro e, em conseq uência, a compet ência do CNMP para zelar pelo cumpri mento dual é a separação de uma sala, onde são colocados meios mínimos, para que o militar permaneça durante o cumprimento da sanção disciplinar". Estabelecido o conceito, lançamos uma segunda pergunta: como tem sido a interpre tação da Suprema Corte em relação à regra. contida no Estatuto da Advocacia? Analisando a jurisprudência do STF, observamos que o tema tem recebido várias interpretações, inclusive no sentido da não aplicaçã o da citada literalid ade do Estatuto da Advocacia, que estabelece uma regra (prisão em sala de Estado-M aior) e uma única alternati va no caso de sua falta (prisão domiciliar). Como observou a Min. Rosa Weber na apreciação dt pedido de liminar na Rei 18.023 U. 21.08.2014), excepcionando a literalidade do art. 7.0 , V, da Lei n. 8.906/94 , "não exclui a possibilidade de acomodação do acusado em cárcere separado dos demais presos, quando não se afigurar recomendável a prisão domicili ar e não existir Sala de Estado-M aior na localidade" (Rei 15.755/GO, Rei. Mio. Luiz Fux, DJE de 04.6.2013). No mesmo sentido: Rei 15.815/PB, Rei. Mio. Luiz Fux, DJE de 14.6.2013; Rei 17.143/RJ, Rei. Min. Roberto Barroso, DJE de 05.5.2014; e Rcll7.63 5/ RJ, Rei. Min. Roberto Barroso, DJE de 05.5.2014). E concluiu: "ademais, o recolhimento de advogado em Sala de Estado-Maior, até o trânsito em julgado da condenação, comporta interpret ação. Já se entendeu que o recolhimento em sala, com ou sem grades, na Polícia Militar atendia ao requerido (v.g.: HC 99.439 e Reclamação 5.192), e até mesmo que o recolhimento em cela individual em ala reservad a de presídio federal se mostrav a hábil a tanto (Reclam ação 4.733). Na esteira da Reclamação 6.387, penso que o essencial é que o local ofereça instalaçõ es e comodid ades condign as (Reeiamaçãc· 4.535 e 6.387), por certo consideradas as limitações decorrente da prisão do agente. como na hipótese". Ainda sobre o tema, mas de modo mais amplo, em outro julgado, o Mio. Gilmar Mendes sustentou que a regra contida no art. 7.0 , V, do E~:tatuto da Advocacia teria sido revogada pela Lei n. 10.258/2001 que, ao alterar o art. 295 do CPP, definiu em seus parágrafos que a prisão especial poderá se dar em cela distinta do mesmo estabelecimento prisional (tese essa acolhida pela 2.• T, STF, no julgame nto da Rei 14.267, j. 05.08.2014, DJE de 30.10.2014). O grande problema desse entendimento firmado pela 2.• T., STF, é que ele viola a posição firmada pelo Plenário da Corte no julgamento de questão de ordem na ADI 1.127, que afastou a referida tese da revogação, vencidos apenas os Ministros Joaquim Barbosa e Cezar Peluso U. 17.05.2006). Por esse motivo, entendemos que essa sugerida nova interpre tação- revogação ou não da prerrogativa exclusiva do advogado pela Lei n. 10.258/2001 -deveri a ter sido afetada ao Plenário para que, então, pudesse, na nova composição, reanalisar a matéria (pendente nova apreciação pelo Pleno). 12 o Funções Essenciais à Justiça 1045 Em nosso entendimento, essa flexibilização que vem sendo dada à literalidade da regra contida no Estatuto da OAB extrapola os limites da lei. Concordamos que a prisão domiciliar pode não ser conveniente em situações concretas de envolvimento do advogado na prática de crimes. Contudo, a solução deveria ser no sentido de obrigar o Estado a ter as referidas salas de Estado-Maior, e não, de modo mais simplório, reservar uma cela especial para o advogado, muitas vezes, em presídios normais. Em nossa opinião, muito embora o próprio Estatuto da Advocacia preveja a igualdade de tratamento entre magistrados e advogados, e àqueles se aplica a regra do CPP (art. 295, VI), parece ter sido estabelecido pelo legislador uma prerrogativa especial exclusiva do advogado e que, na prática, não tem sido observada nos precedentes citados. Nessa linha, além dos casos já destacados, lembramos que, em outros julgados, 0 não tão desproporcionais como a violação da literalidade do art. 7. , V, da Lei n. 8.906/94, alguns Ministros estão afirmando que a expressão é anacrônica e que não haveria mais, fisicamente, sala de Estado-Maior no Brasil, bastando, conforme Ayres Britto, a existência de u~a "... sala em unidade castrense, co~ condições condignas 67 de comodidade" (cf. Rcls 5.826 e 8.853, voto proferido em 19.08.2010). ADis 1.194, 2.522, 3.026, 3.168 e 3.541 O Os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, sob pena de nulidade, só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, quando visados por advogados - ADI 1.194 Segundo o STF, " ... ref,erida norma visa à proteção e segurança dos atos constitutivos das pessoas jurídicas, salvaguardando-os de eventuais prejuízos decorrentes de irregularidades cometidas por profissionais estranhos ao exercício da advocacia, além de minimizar a possibilidade de enganos ou fraudes" (lnf 445). O Honorários de advogado empregado - disponibilidade - ADI 1.194 Ao analisar o art. 21, caput, e parágrafo único, da Lei n. 8.906/94, o STF entendeu "... ser possível haver estipulação em contrário entre a parte e o seu patrono ~-' 67 12.5.2. Nessa data, houve pedido de vista do Min. Dias Toffoli. O mérito, contudo, não foi apreciado, por entender, a maioria da Corte, não se tratar de hipótese para o cabimento da reclamação U- 18.03.2015). Devemos aguardar novo pronunciamento do Pleno para enfrentar a discussão sobre a revogação ou não do art. 7.0 , V, da Lei n. 8.906/94 pela Lei n. 10.258/2001 (pendente). Em seu voto, em obiterdicutum, o Min. Dias Toffoli ponderou: "assim, penso, em conformidade com o que igualmente expôs o ilustre Procurador-Geral da República, que tal como se dá em relação aos Magistrados e Membros do Ministério Público, na hipótese de prisão provisória, devem ser asseguradas aos advogados instalações condignas com o seu grau, sejam elas em estabelecimento castrense ou não, dotadas de conforto mínimo e instalações sanitárias adequadas, em ambiente que não seja guarnecido com grades e outros dispositivos ostensivos de contenção, que eventualmente se equiparem a uma cela. Com isso, certamente, estará atendida a ratio da lei e assegurada aos integrantes da advocacia, se provisoriamente presos, dignidade idêntica àquela desfrutada pelas mais altas autoridades da República". 1046 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza quanto aos honorários de sucumbência, haja vista tratar-se de direito disponível" (lnfs. 445 e 547/STF). lill O advogado não está obrigado a pagar contribuição sindical- ADI 2.522 O art. 47 do Estatuto da OAB, Lei n. 8.906/94, estabelece que o pagamento da contribuição anual à OAB isenta os inscritos nos seus quadros do pagamento obrigatório da contribuição sindical. O STF entendeu constituciona l a regra: "... Afastou-se a alegação de afronta aos artigos 149 e 150, § 6. da CF, ao fundamento de que o dispositivo impugnado foi devidamente veiculado por lei federal, e por se reputar a isenção concedida adequada, e não oportunista, desvinculada da matéria regulada pela lei. De igual modo, rejeitou-se a apontada violação ao princípio da igualdade, por não haver como estabelecer relação de igualdade entre os sindicatos de advogados e os demais no que se refere à regular obtenção da receita oriunda da contribuição sindical, tendo em conta que o art. 44, 11, da lei impugnada atribui à OAB a função tradicionalmente desempenhada pelos sindicatos, qual seja a defesa dos direitos e interesses coletivos ou in.· dividuais da categoria, com a ressalva de que a defesa promovida pela Ordem alcança:todos os ·inscritos e não apenas os empregados. Repeliu-se ainda a apontada ofensa ao art. 8.0 , IV, da CF, uma vez que a contribuição nela prevista não se reveste de compulsoriedade. Também não se acolheu a tese de violação à independência sindical e ao princípio da liberdade de associação, já que o preceito impugnado não é expressivo de interferência e/ou intervenção na organização dos sindicatos, nem obsta a liberdade dos advogados. Por fim, considerou-se improcedente a assertiva de que o dispositivo hostilizado retiraria· do sirtdícato a fonte essencial de custeio, haja vista a existência de muitas outras receitas dos sindicatos" (ADI2.522/D F, Rei. Min. Eros Grau, 08.06.2006 -lnf. 430/STF). D Os funcionários da OAB não têm de prestar concurso público- ADI 3.026 O art. 79 do Estatuto determina a aplicação do regime trabalhista aos servidores da OAB. Nesse sentido, o STF entendeu ser dispensável a regra do concurso público para os funcionários da OAB, já que esta não integra a Administraçã o Pública. 0 [ill É constituciona l a indenização do art. 79, § 1. , do Estatuto - ADI 3.026 0 O Estatuto da OAB, em seu art. 79, § 1. , concedeu aos servidores da OAB sujeitos ao regime da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o direito de opção pelo regime trabalhista, no prazo de 90 dias a partir da vigência da lei, sendo assegurado aos optantes o pagamento de indenização, quando da aposentadoria, correspondente a 5 vezes o valor da última remuneração. 0 Aqueles que não optassem pelo regime trabalhista, nos termos do art. 79, § 2. , do Estatuto, seriam posicionados no quadro em extinção, assegurado o direito adquirido ao regime legal anterior. O STF entendeu que " ... a previsão de indenização seria razoável porque destinada a compensar, aos optantes pelo regime celetista, a perda de eventuais direitos e vantagens até então integrados ao patrimônio dos funcionários, e que o dispositivo 0 , 12 D Funções Essenciais à JLstiça 1047 estatuiu disciplina proporcional c consoante os princípios da igualdade e isonomia. Além disso, o preceito já teria produzido efeitos, devendo ser preservadas as situações constituídas por quest5es de segurança jurídica e boa-fé" (/nf 430/STF). D É constitucional a regra do art. 10 da Lei n. 10.259/2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais Cíveis c Criminais), que dispensa a presença do advogado nos processos cíveis- ADI 3.168 O art. 10 da Lei n. 10.259/2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais) estabelece que as partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não. O STF entendeu constitucional a regra, "... seja porque se trata de exceção à indispensabilidade de advogado legitimamente estabelecida em lei, seja porque o dispositivo visa ampliar o acesso à justiça". Essa regra, todavia, vale só para os processos cíveis, já que, " ... no que respeita aos processos criminais, considerou-se que, em homenagem ao princípio da ampla defesa, seria imperativo o comparecimento do réu ao processo devidamente acompanhado·de profissional habilitado a oferecer-lhe defesa técnica de qualidade- ad•ogado inscrito nos quadros da OAB ou defensor público". Ainda, o entendimento pda possibilidade de se dispensar advogado deve restrin: gir-se ao processo cível, pois, por outro argumento, deve-se observar o art. 68 da Lei n·. 9.099/95, de aplicação subsidiária (art. 1.0 da Lei n. 10.259/2001), "... que determina a imprescindibilidade da presença de advogado nas causas criminais" (lnf. 430/STF). D Advocacia e atividade policial- ADI 3.541 A Constituição estabelece ser incompatível a advocacia, mesmo em causa própria, com as atividades ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a atividade policial de qualquer natureza (art. 28, V, da Lei .n. 8.906/94). O STF entendeu como constitucional essa regra: "a vedação do exercício da atividade de advocacia por aqueles que desempenham, direta ou indiretamente, serviço de caráter policial, prevista no art. 28, V, da Lei 8.906/1994, não se presta para fazer qualquer distinção qualificativa entre a atividade policial e a advocacia. Cada qual presta serviços imensamente relevantes no âmbito social, havendo, inclusive, previsão expressa na Carta Magna a respeito dessas atividades. O que pretendeu o legislador foi estabelecer cláusula de incompatibilidad e de exercício simultâneo das referidas atividades, por entendê-lo prejudicial ao cumprimento das respectivas funções. Referido óbice não é inovação trazida pela Lei 8.906/1994, pois já constava expressamente no anterior Estatuto da OAB, Lei n. 4.215/1963 (art. 84, XII). Elegeu-se critério de diferenciação compatível com o princípio constitucional da isonomia, ante as peculiaridades inerentes ao exercício da profissão de advogado e das atividades policiais de qualquer natureza" (ADI 3.541, Rei. Min. Dias Toffoli, j. 12.02.2014, Plenário, DJE de 24.03.2014). 12.5.3. Constitucionalidade do Exame de Ordem: vitória para os bacharéis em direito e conquista da sociedade Como se sabe, o art. 8. IV, do Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/94) exige a aprovação em Exame de Ordem para inscrição como advogado. 0 , 1048 Direito Constitucional Esquemat izado® Pedr o Lenz a A "OAB", por sua vez, além de "controla r" a inscrição com o advogado do)acharei em direito, participa dos concurso s públicos para o ingresso na magistra tura, no MP, nas procuradorias dos Estados e do DF, podendo, ainda, ajuizar a ADI e outras ações constitucionais, indicar mem bros e participar do CNJ, bem com o do CNMP. Diante dess a exigência, muitos bacharéis em direito começaram a se insurgir, e alguns cons egui ram decisões judic iais Útvoráveis, afastando a exigência do Exam e de Ordem, sob o fundamento dos princípio s da dignidade da pessoa humana, da igualdade e do livre-exercício de qual quer ofício, trabalho ou profissão (art. 5. XIII). Em 14.12.2009, os Ministros do STF deci diram haver repercussão geral no RE 603.583, que questionava a obrigatori edade do Exame da OAB para que bach aréis em Direito pude ssem exercer a advocacia . Conforme se observa no site do STF, basicamente, o recorrente alegava, em referido RE, "... ofensa aos artigos 1.0 , li, UI e IV; r, I, II, III e IV; 5.0 , II e XIII; 84, IV; 170; 193; 205; 207; 209, II; e 214, IV e V, da Constituição Federal. Inicialme nte, afirm ava não haver pronunciamento do STF quanto à constitucionalidade do Exam e de Ordem. Sustentava, em síntese: 1) cabe r apenas às instituições de ensino supe rior certi ficar se o bacharel é apto para exer cer as profissões da área jurídica; 2) que a sujeição dos bacharéis ao referido exam e viola o direito à vida e aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdad e, do livre-exercício das profissões, da presunção de inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defe sa, bem assim que representa censura prév ia ao exercício profissional". Em 26.10.2011, contudo, o STF, por unan imidade, julgou cons tituc iona l referida exigência. 0 , Nos termos da linha de argumentação, o POR declarou que "'a liberdade profi ssional não confere um direito subjetivo ao efetivo exercício de determinada profi ssão, podendo a lei exig ir qualificações e impo r condições para o exercício profission al", ressaltou. De acordo com o Procurador-G eral, 'no caso da advocacia, diante da essenc ialid ade da ativi dade do advo gado para a próp ria pres taçã o juris dici onal pare ce muito consistente a opção do Poder Legislativo no sentido de estabelece ra aprovação do Exame de Ordem com o condição para o exercício profissional'" (Not ícias STF, 26.10.2011). Assim, pare ce razoável, segundo o STF, o preenchimento da referida exigência normativa, até porque, nos termos do art. 22, XVI, compete privativamente à Uniã o legislar sobre as cond ições e para o exer cício das profissões. Dessa forma, temos de reconhecer que o Exame de Ordem surg e como um verdadeiro "concurso", nos mesmos mold es e dific ulda des dos concursos públicos em geral e prestados pelos bacharéis em direi to. Por mais que pare ça estra nho dizer, dian te da opção política do legislador que entendeu necessário o Exame de Orde m, não há dúvida de que referida decisão do STF caracteriza-se com o vitó ria para os bach aréis em direito, além, é claro , de uma conq uista da socie dade . 12 c Funções Essenciais à Justiça 1049 Isso porque a formação do estudante de Direito terá de ser extremamente séria, devendo o aluno se preparar durante os 5 anos de sua graduação. Indiscutivelmente, as universidades passarão a ser mais cobradas e deverão entregar um serviço de melhor qualidade, adequado e suficiente para que o exame seja enfrentado e superado. As faculdades que não conseguirem aprovar terão de rever as suas metodologias e aprimorar a formação dos seus alunos. A decisão do STF, sem dúvida e insistimos, pode ser definida como inegável vitória dos bacharéis em Direito, que deverão receber um ensino adequado e suficiente para o exercício, com autonomia e segurança, da nobre função de advogado, indispensável para a administração da justiça (art. 133 da CF/88). Parece, ainda, razoável a ponderação do Min. Fux no sentido de aperfeiçoamento do Exame, abrindo-o para outros segmentos da sociedade, até porque os concursos em geral têm a participação de outros órgãos ou entidades que exercem importante fiscalização. Nessa linhá, bem-vinda ·a proposta do PL 1.284/2011-CD, que determina a obrigatoriedade de participação ativa de representantes do Ministério Público Federal e Estadual, da Defensoria Pública da União, dos Estados e do Distrito Federal e de representantes de entidade representativa de bacharéis em todas as fases de elaboração, aplicação e correção das provas do Exame de Ordem da Ordem dos Advogados do Brasil. Bacharéis comemorem ... A advocacia acaba de ser valorizada ... 12.5.4. Súmula Vinculante 5/STF x Súmula 343/STJ Vamos analisar, inicialmente, a redação de cada uma das súmulas que, como se verá, estão em contradição, devendo, naturalmente, prevalecer o entendimento firmado na SV 5/STF: c A falta de defesa técnica por advogado no proces- c ~obrigatória a presença de advogado em todas as so administrativo disciplinar não ofende a Constituição fases do processo administrativo disciplinar c Aprovação: Sessão Plenária de 07.0S.2008 c Julgamento: 3." Seção, em 12.09.2007 O que o STF firmou não é que a falta de defesa não ofende a Constituição, mas que a falta de defesa técnica, por advogado, não ofende a Constituição, no processo administrativo disciplinar. Dessa forma, fica a critério do servidor, no processo administrativo, contratar ou não advogado para a sua defesa. Em nossa opinião - o STJ, até o fechamento desta edição, ainda não havia formalmente cancelado a referida S. 343 - , a interpretação estabelecida pelo STJ está superada, devendo prevalecer o entendimento firmado pelo STF na SV 5_ 1050 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza Súmula Vinculante 47/2015 11.12), o STF estaConfo rme vimos ao tratar sobre o tema "precatórios" (item de nature za crédito l, de belece u que a definição, prevista na Constituição Federa 2006, 09.05. j. o, Auréli alimen tícia não é exaust iva (RE 470.407, Rel. Min. Marco ,~:; 12.5.5. La T.). (Lei n. 13.105/2015) ao Como exemplo, destacamos o art. 85, § 14, do CPC/2015 ado e têm nature za alipresc rever que os honor ários constituem direito do advog os da legislação do trabalho, menta r, com os mesmos privilégios dos créditos oriund . sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial 015), nos seguin02.06.2 de (DJE 47 SV na rado Esse entendimento está consag ação ou destacados do tes termos: "os honor ários advoca tícios incluídos na conden de nature za alimen tar monta nte principal devido ao credor consubstanciam verba ou requis ição de peque no cuja satisfação ocorre rá com a exped ição de precat ório dessa nature za". valor, observ ada ordem especi al restrit a aos crédito s 68 • 12.6. DEFENSORIA PÚBLICA k~ 12.6.1. "Ondas renov atória s" o Projeto de Florença, Cappelletti e Garth produziram interessante ensaio para abordagem nova e uma de nto buscan do "... delinear o surgimento e desenvolvime o Watanabe). 69 (Kazu justa" a compreensiva dos problemas" de acesso à "ordem jurídic evolutivo dos instruNo referido estudo, os autores observaiiJ, que o processo acesso efetivo à justiça, nos mentos destacados para solucionar a problemática do renova tórias, cada qual, países do Ocidente, está sedimentado em 3 grande s ondas à ordem jurídic a justa. do seu modo, tentando solucionar a problemática de acesso 14.10.21 deste estudo, a Conforme os autores, e retomaremos a análise no item -se na assistência judiciária. prime ira grand e onda teve início em 1965, concentrando cionar representação jurídica A segun da referia-se às "... reformas tendentes a propor o ambiental e do consupara os interesses 'difusos', especialmente nas áreas da proteçã chamado de "enfoque de midor". O terceir o movim ento ou onda foi pelos autores anteriores, mas indo além, acesso à justiça", reproduzindo e buscando as experiências 0 ado e compreensivo"? tentando "... atacar as barreiras ao acesso de modo mais articul 68 69 70 nosso trabalho "Assistência jurídica, inteEste estudo sobre a Defenso ria Pública teve por base o reforma do judiciário", in André Ramos na pública ria gral e gratuita e o fortalecimento da defenso Reforma do Judiciário, p. 489. (coord.), Alarcón Lora Jesús de Pietro Lenza, Pedro , Tavares de Ellen Gracie Northfleet do revisão e o M. Cappelletti e B. Garth, Acesso à justiça, p. 8 (traduçã . A general report, Mieffective rights make to nt moveme ide worldw the Justice: original Acess to 3 ondas renovat órias as sobre discorre também etti lano: Giuffrê, 1978). Em outro estudo, Cappell di riforma e come me todo di pensiero, ma program come giustizia alia Accesso etti, Cappell (cf. M. Uberlândia 12/309-21, passim, especialRevista do Curso de Direito da Universidade Federal de mente a partir da p. 316). M. Cappelletti e B. Garth, Accesso alia giustizia, p. 31. 12 1J Funções Essenciais à Justiça 1051 Podemos afirmar, portanto, que o estudo da defensoria pública e da garantia constitucional da assistência jurídica integral e gratuita encontra fundamento na perspectiva da primeira onda renovatória de Cappelletti e Garth. 12.6.2. Assistência jurídica integral e gratuita- aspectos gerais e evolução constitucional O art. 5.0 , LXXIV, da CF/88 dispõe que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Esse direito e garantia fundamental instrumentaliza-se por meio da Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, nos termos do art. 134, caput, da CF/88. No Brasil, a assistência judiciária só adquiriu status de garantia constitucional expressa a partir do advento da Constituição de 1934, art. 113, n. 32, com a seguinte redação: "a T;nião e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais, c assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos". Tal direito e garantia individual foi, porém, retirado do texto de 1937, reaparecendo na Constituição de 1946, em seu art. 141, § 35: "o poder público, na forma que a lei estabelecer, cor.cederá assistência judiciária aos necessitados", bem como na de 1967 (art. 150, § 32) e na EC n. 1169 (art. 153, § 32): "será concedida assistência judiciária aos necessi:ados, na forma da lei". 0 Finalmente, a regra é aprimorada pelo inciso LXXIV do art. 5. da CF/88. Confrontando os textos, percebe-se uma clara e importante distinção terminológica entre a assistência judiciária prevista nas Constituições de 1934, 1946, 1967 e EC n. 1/69 e a atual prescrição, esta muito mais ampla, da garantia de assistência jurídica integral e gratuita. De acordo com a observação de Barbosa Moreira, "a grande novidade trazida pela Carta de 1988 consiste em que, para ambas as ordens de providências, o campo de atuação já não se delimita em função do atributo 'judiciário', mas passa a compreender tudo que seja 'jurídi::o'. A mudança do adjetivo qualificador da 'assistência', reforçada pelo acréscimo 'integral', importa notável ampliação do universo que se quer cobrir. Os necessitados fazem jus agora à dispensa de pagamentos e à prestação de serviços não apenas na esfera judicial, mas em todo o campo dos atos jurídicos. Incluem-se também na franquia: a instauração e movimentação de processos administrativos, perante quaisquer órgãos públicos, em todos os níveis; os atos notariais e quaisquer outros de natureza jurídica, praticados extrajudicialmente; a prestação de serviços de consultoria, ou seja, de informação e aconselhamento em assuntos jurídicos"?' 71 J. C. Barbosa Moreira, O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo, RePro 67/130. 1052 Direito Constitucion al Esquematizado® Pedro Lenza 12.6.3. Regras gerais Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente (competênc ia concorrent e) sobre assistência jurídica e defensoria pública (art. 24, XIII). Isso significa que a União legislará sobre normas gerais e os Estados, bem como o Distrito Federal, sobre regras específicas. Nos termos do art. 134, § 1. (antigo parágrafo únicoJ renumerado pela EC n. 45/2004), lei complemen tar organizará a Defensoria Púbjca da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais (art. 24, XIII) para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na c!G.sse inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. Por seu turno, o art. 61, § 1.0 , li, "d", da CF/88 prevê serem de iniciativa exclusiva do Presidente da República (portanto indelegáveis) as leis que disponham sobre a organização da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios . O art. 48, IX, determina que o Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, disporá sobre a organização administra tiva e judiciáda da Defensoria Pública da União e dos Territórios (redação dada pela EC n. 69/2012). Não podemos nos esquecer dos arts. 21, XIII, e 22, XVII, ambos também com a redação dada pela EC n. 69/2012, que transferiu da União para o Distrito Federal as atribuições de organizar e manter a sua Defensoria Pública. A EC n. 74/2013 explicitou a autonomia da Defensoria Pública do DF (que já havia sido estabelecida no art. 2. da EC n. 69/2012) e, inov:mdo, assegurou a autonomia para a Defensoria Pública da União. Por sua vez, a EC n. 80/2014 alterou drasticamente as regras sobre a Defensoria Pública elevando-a, como se verá melhor a seguir (cf. item 12.6.6), à condição de carreira totalmente desvinculada das demais indicadas na Constituição como funções essenciais à Justiça. Destacamos, ainda, a LC n. 80/94 (alterada pela LC n. 98/99 e pela LC n. 132/2009),72 que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, prescrevendo normas gerais para a sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamov:bilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.73 i'; 0 0 72 Para aqueles que forem prestar o concurso de Defensor, indispensá-•el a sua leitura. Os concursos específicos exigem o conhecimento das regras lá contidas. Outros~im, aqueles que forem prestar concurso para Defensorias Estaduais, deverão ter conhecimento das leis complementares de cada Estado, bem como da lei complementar que regula a prestação de a~sistência jurídica pelo Distrito Federal. 73 Destaque-se, dentre tantas, a excelência da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, pioneira no Brasil e América Latina (1954) e a do Rio Grande do Sul (1968) e Mato Grosso do Sul (1982). Vários Estados, após a EC n. 45/2004, vêm, paulatinamente, implantando as suas defensorias. 12 IJ Funções Essenciais à Justiça 1053 0 A teor do art. 2. da referida LC, a Defensoria Pública abrange, procurando 74 harmonizar-se com as novidades introduzidas pela EC n. 69/2012 (que transferiu da União para o Distrito Federal as atribuições de organizar e manter a Defensoria Pública do Distrito Federal): B Defensoria Pública da União; B Defensoria Pública dos Territórios; EJ Defensoria Pública dos Estados; mDefensoria Pública do Distrito Federal. O art. 14 da LC n. 80/94 estabelece que a Defensoria Pública da União atuará nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, junto às Justiças Federal, do Trabalho, Eleitoral, Militar, Tribunais Superiores e instâncias administrativas da União. Assim, percebe-se que nos Estados teremos tanto a Defensoria Pública da União (restringindo a sua atuação nos graus e instâncias administrativas federais) -como a dos Estados. N~ âmbito do Distrito Federal, também a Defensoria ·Pública da União e a do Distrito Federal, organizada e mantida pelo próprio DF, bem como, nos Territórios, a da União, além da dos Territórios (quando criados), organizada e mantida, contudo, neste último caso, pela União (EC n. 69/2012, arts. 21, XIII, e 22, XVII). :,;;; 12.6.4. O fortalecim ento da Defensoria Pública pela EC n. 45/2004 (Reforma do Judiciário), bem como pelas ECs ns. 69/2012 e 74/2013 A EC n. 45/2004 fortaleceu as Defensorias Públicas Estaduais ao constitucionalizar a autonomia funcional e administrativa e fixar competência para proposta orça0 mentária, nos termos do § 2. , inserido no art. 134: "às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e 00 subordinação ao disposto no art. 99, § 2. '. O então Senador Bernardo Cabral, primeiro relator da Reforma, em seu parecer observou que "a atribuição da autonomia funcional e administrativa às Defensorias Públicas, e o poder de iniciativa de sua proposta orçamentária, conferirá a essas instituições uma importante desvinculação do Poder Executivo, com o qual não guardam qualquer relação de afinidade institucional, além de propiciar um fortalecimento da instituição e da consequente atuação institucional". 74 Distrito Conforme o art. 3.• da EC n. 69/2012, o Congresso Nacional e a Câmara Legislativa do Federal, imediatamente após a promulgação da referida emenda e de acordo com suas competências, instalarão comissões especiais destinadas a elaborar, em 60 dias, os projetos de lei necessários à adequação da legislação infraconstitucional à matéria nela tratada. 1054 Direito Constitucional Esquematizado 0 Pedro Lenza Referida autonomia financeira é consolidada pela nova regra do art. 168 da CF/88,75 na medida em que, conforme também observou Bernardo Cabral, passa a existir"... previsão de repasse direto do duodécimo orçamentário até o dia 20 de cada mês. A negativa desse repasse configura descumprimento de ordem constitucional e, portanto, crime de responsabilidade, pela letra do art. 85 da Constituição Federal". O constituinte reformador se "esqueceu", contudo, de fixar as referidas regras para as Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal. Essa situação seria corrigida pela "PEC Paralela da Reforma do Poder Judiciário", que, "atrasada", ainda tramita. A EC n. 69/2012, por sua vez, com atraso de quase 8 anos Uá que o assunto deveria ter sido introduzido pela Reforma do Judiciário), finalmente, transferiu, agora formal e oficialmente, da União para o Distrito Federal, as atribuições de organizar e manter a Defensoria Pública do DF. Anteriormente, segundo o art. 21, XIII, em sua redação original, a Defensoria Pública do DF seria organizada e mantida pela União, assim como ainda acontece com o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Polícia Civil, a Polícia Militar e o Corpo de Bon1bei.ros Militar (art. 21, XIV). No tocante à Defensoria Pública do DF, todavia, essa situação nunca se observou. Ou seja, a União, até o advento da EC n. 69/2012, não tinha, ainda, criado a Defensoria Pública do DF. Na prática, o serviço de assistência judiciária era exemplarmente prestado pelo Centro de Assistência Judiciária do Distrito .Federal (CEAJUR-DF), criado, em 1987, pelo Governo do Distrito Federal. Dessa forma, a EC n. 69/2012 corrige a distorção de manter o órgão de assistência sob a organização da União para adequar-se à situação prática que já se observa. va e, assim, fortalecer a Defensoria Pública do DF. Nesse sentido, o art. 2.0 da EC n. 69/2012 estatui que, sem prejuízo dos preceitos estabelecidos na Lei Orgânica do Distrito Federal, aplicam-se à Defensoria Pública do Distrito Federal os mesmos princípios e regras que, nos termos da Constituição Federal, regem as Defensorias Públicas dos Estados. Portanto, também à Defensoria Pública do Distrito Federal são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta

o Para saber se o dativo tem direito à intimação pessoal, devemo 0 incluiu o § 4. que 6, momento do ato. Se a intimação se deu antes da Lei n. 9.271/9 seja, a inexist ência do no art. 370 do CPP, vale a regra citada no lnf 219/STF, qual intimação se deu após a se lado, direito à intimação pessoal para o dativo. Por outro . 85 lmente pess'oa o o advento da referida lei, o dativo deve ser intimad 0 370 do CPP, os "A partir da edição da Lei 9.271/96, que incluiu o § 4. ao art. m também passara dativo, or defens defensores nomeados, dentre os quais se inclui o mento, a entendi nesse base Com . a possuir a prerrog ativa da intima ção pessoal de ação o anulaçã a ia pretend se que em corpus Turma, por maioria, indeferiu habeas julgao para dativo r defenso de pessoal ão intimaç de ia penal, em virtude da ausênc sob ão, intimaç dessa e oriedad obrigat a , espécie na ava-se, mento de apelação. Sustent públie dativo res o argume nto de que a Lei 1.060/50 não fez distinção entre defenso pauta de julgamenda dativo r defenso do ão intimaç a caso, no que, erando co. Consid em data anterior ao adto da apelação ocorrer a via publicação no Diário de Justiça, io do tempus regit princíp o te inciden vento da mencionada Lei 9.271/96, entendeu-se , que, tendo em Aurélio Marco Min. o o actum, a afastar a exigência legal. Vencid no Estado de pública ria defenso de época, à ncia, conta a peculia ridade da inexistê o, deterapelaçã da ento julgam o stente insubsi tornar São Paulo, deferia o r, r defenso do pessoal ão intimaç a com sse realiza minand o que outro se r defenso do próprio fundam ento de que a Lei 1.060/50 previa não só a intimação citado: ente Preced público, como também daquele que atuasse em sua substituição. Min. Cárme n Lúcia, HC 89.315/SP (DJU de 13.10.2006). HC 89.710/SP, Rei. 12.12.2006" (Inf 452/STF). da matéria (HC Assim, como anota o Ministro Lewandowski, no precede0nte art. 370 do CPP, ao 4. § o incluiu 89.315), "... com o advento da Lei n. 9.271/96, que sejam eles deos, nomead res defenso dos tornou-se obrigatória a intimação pessoal dativos" U. res defenso ou ria judiciá cia assistên fensores públicos, procuradores da 19.09.2006, DJ de 13.10.2006). do STF: Resumindo, ao advogado dativo, de acordo com o entendimento 85 0 nomeado será pessoal". Art. 370, § 4. : "A intimação do Ministério Público e do defensor 12 c Funções Essenciais à Justiça 1067 0 não há a prerrogativa do prazo em dobro; O em relação à intimação pessoal em matéria penal, depende do momento do ato (tempus regit actum). Se a intimação se deu antes da Lei n. 9.271/96, que incluiu o§ 4.0 ao art. 370 do CPP, não há a prerrogativa da intimação pessoal para o dativo;86 III contudo, se a intimação está sendo realizada (em matéria penal) após o advento da Lei n. 9.271/96, o advogado dativo deve ser intimado pessoalmente, nos termos do art. 370, § 4. do CPP. 0 , 12.6.9.6. As prerrogativas do prazo em dobro e intimação pessoal para a Defensoria Pública aplicam-se ao rito especial dos Juizados? NÃO. Em observância aos princípios da celeridade, isonomia e especialidade , a Turma Nacional de Utziformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais junto ao Conselho da Justiça Federal entendeu. que o prazo em dobro para a Defen87 soria Pública não se aplica ao rito dos juizados especiais. "No pedido de uniformização, a Turma Nacionalnão acatou a tese da DPU relativa ao prazo privilegiado, considerando que o fato de a Lei Complementar conferir a prerrogativa de prazo em dobro para os defensores públicos não autoriza a Turma Nacional a privilegiá-los no âmbito dos Juizados Especiais Federais, uma vez que os 0 Juizados são guiados pelo princípio da isonomia entre as partes. O art. 9. da Lei n. 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Federais, diz que nenhuma pessoa 88 jurídica de Direito Público goza de prazos privilegiados". O STF, por seu turno, em relação à intimação pessoal, já se posiCionou: "é dispensável, no âmbito dos juizados especiais, a intimação pessoal das partes, inclusive 86 87 88 Nesse sentido: "não é nulo o julgamento de apelação sem a intimação pessoal de defensor dativo, nos casos anteriores à entrada em vigor da Lei 9.27!/1996" (RHC 88.512, Rei. Min. Cezar Pe1uso, j. 09.03.2010, 2.• Turma, DJE de 23.04.20!0). O art. 14, caput, d~ Lei n. !0.259/2001 (que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal) estabelece que caberá pedido de uniformização de interpretação de lei fed~ral quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei. O Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais está disciplinado na Res. n. 22/2008-CJF. Referida resolução pode ser encontrada no site do Conselho da Justiça Federal: . Notícias STJ, 24.11.2004; relatando o desfecho do Processo n. 2003.40.00.706363-7. O referido recurso foi julgado em 31.08.2004. tendo sido interposto recurso para o STJ e o STF. Assim, devemos acompanhar, já que se trata de decisão da Turma de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Federais, e não de decisão pacificada dos Tribunais Superiores. Provavelmente referido recurso especial não será co:~hecido, tendo em vista o teor da S. 203/STJ (com a redação fixada no julgamento do AgRg no Ag 400.076-BA, na sessão de 23.05.2002): "não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgân de segundo grau dos juizados especiais". Em relação ao RExtr, o STF já se posicionou sobre a questão da intimação pessoal; vamos aguardar em relação ao prazo em dobro. 1068 Direito Constitucional Esqu ematizado® Pedr o Lenz a do representante do Ministério Público e defensores nomeados, bastando que a mesma se faça pela imprensa oficial. Afas ta-se, dessa forma, o § 4. do art. 370 do CPP, para a aplicação, com base no prin cípi o da espe ciali dade , do § 4.0 do art. 82 da Lei 9.099/95 ('as partes serão intimadas da data da sessão de julgamento pela impr ensa ') ... ". 89 Nessa linha, o art. 7.0 da Lei n. 12.1 53, de 22.12.2009, que institui os Juiz ados Espe ciais da Faze nda Púb lica, estab elece que não have rá praz o dife renc iado para a prática de qual quer ato processual pelas pessoas juríd icas de direito públ ico, inclusive a interposição de recursos, deve ndo a citação para a audiência de conc iliação ser efetuada com antecedência mín ima de 30 dias. 0 12.6.9.Z Como ficou a prer roga tiva do praz o em dob ro e da intim ação pessoal no CPC/2015? Con form e vimos, de acordo com o art. 186 do CPC/2015, a Defensoria Públ ica goza rá de prazo em dob ro para toda s as suas manifestações processuais, tendo início com a intim ação pess oal do defe nsor públ ico por carga, remessa ou meio eletrônico (art. 183, § 1.0). Imp oitan te inovação está prevista no art. 186, § 4.0 , ao estabelecer que a prer rogativa do praz o em dob ro aplica-se aos escr itóri os de prát ica jurí dica das facu ldade s de Dire ito reconhecidas na form a da lei e às enti dade s que pres tam assis tência jurí dica grat uita em razã o de conv ênios firm ados com a Defe nsor ia Púb lica. 9 c Veja que a nova regra estende apenas a prerrogativa do praz o em dob ro e não faz distinção entr e faculdades de direi to públ icas ou priv adas . rtério Público para as ações civis mencionadas no texto constituciona l e na lei impede a de terceiros. d) Ao Ministério Público compete, dentre outras funções institucionais, exercer o controle externo da atividade poUcial, na forma da lei complementa r. 4. (Auditor Público Externo- TCE/RS- FMP-RS/ 2011) Sobre as funções essenciais à justiça na Constituição da República Federativa do Brasil, assinale a alternativa correta. a) Não é constituciona lmente obrigatória a participação da Ordem dos Advogados do Brasil no concurso público de provas e títulos para ingresso nas carreiras da Advocacia-Geral da União e das Defensorias Públicas da União e dos Estados. b) O Chefe da Advocacia-Geral da União é nomeado pelo Presidente da República após a aprovação de seu norne pela maioria absoluta do Senado Federal. c) A partir da EC n. 45/2004, está constituciona lmente garantida à Defensoria Pública da União e às Defensorias Públicas Estaduais a autonomia funcional e administrativa . d) Os membros do Ministério Público nos Tribunais de Contas dos Estados são cedidos pelo Ministério Público Estêdual, asseguradas as mesmas garantias constituciona is e observados os mesmos impedimento s aos membros do órgão de origem. e) Exige-se do bacharel em direito no rnínimo três anos de atividade jurídica para o ingresso na carreira do Ministério Público, da Advocacia Pública, da União e dos Estados, e das Defensorias Públicas da União e dos Estados. 5. (Admi~istrador- TJ/RR- CESPE/UnB/2012) Além da assistência jurídica integral e gratuita a~s mais necessitados, a Defensoria Pública pode promover a defesa judicial dos servidores públicos processados civil e criminalment e em decorrência do regular exercício do cargo, desde que haja previsão expressa, nesse sentido, em lei estadual. 6. (Magistratur a/MA- CESPE/UnB/2013) Consoante ao disposto na legislação e na jurisprudência, assinale a opção correta no que concerne às funções essenciais à justiça: a) A regra estabelecida na CF a respeito da indispensabil idade da intervenção do advogado não é absoluta, razão pela qual não é obrigatória a participação do advogado nas causas criminais dos juizados especiais. b) A defensoria pública não pode prestar assistência judiciária a servidor público processado, civil ou penalmente, por ato praticado em razão do exercício regular de suas funções. c) Não se aplica aos membros do MP que ingressaram na instituição após o advento da atual CF a denominada quarentena estabelecida para a magistratura, que consiste na vedação de exercício da advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastem antes de decorridos três anos de afastamento do cargo, por aposentadori a ou exoneração. d) É inconstitucion al regr3 estabelecida na constituição estadual segundo a qual a escolha do chefe da Procuradoria- Geral do Estado ou da Advocacia-Geral do Estado pelo Governador deva recair, necessariame nte, sobre membro integrante da carreira, por se contrapor ao modelo federal, de observância obrigatória pelos Estados-mem bros da Federação. ·.·~1 li 12.7.1. GABARITO :. · Ministério Público 1. "b". Em relação à organização do Ministério Público da União, de fato, a Constituição dispõe ser hipótese de competência privativa do Presidente da República (art. 61, § 1. 0 , 11, "d"). No entanto, o constituinte originário de 19B8 previu exceção a esta regra, no art. 128, § 5.0 , onde atribuiu competência, tamb~m. ao Procurador-G eral da República para dispor sobre a organização do Ministério Público da União. Assim, a questão poderia estar mais bem formulada referindo-se à competência concorrente entre o Presidente da República e o Procurador-Geral da República. No tocante à organização da Procuradoria- Geral do Estado de São Paulo, a CE/SP, em seu art. 23, § 2.0 , "4", confere iniciativa exclusiva ao Governador do Esta_d_o_.~~~~----' 1084 Direito Constitucional Esquematizado 0 Pedro Lenza ,~~~ ~ 2. Não, por força do art. 129, § 2.0 , que exige que as funções do Ministério Público só sejam exercidas por integrantes da carreira e em decorrência do principio do promot or natural, na medida em que, além de ser julgado por um julgador indepen dente e pré-con stituído (princípio do juiz natural), o acusado tem, também , o direito constitucional de ser acusado por um órgão indepen dente do Estado, vedando-se a designação de promotores ad hoc (art. 129, I, c/c os arts. 129, § 2.0 , e 5.0 , Llll). 3. Os princípios institucionais do Ministério Público, segund o o art. 127, § 1. 0 , são a unidade , a indivisibilidade e a indepen dência funcional (vide parte teórica). I-4. Decorridos 2 anos do efetivo exercício (estágio probató rio), o membro do Ministério Público só poderá perder o cargo por sentenç a judicial transita da em julgado (art. 128, § 5.0 , I, "a"). O art. 38, § 1. 0 , da Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) estabel ece que o membr o vitalício soment e perderá o cargo por sentenç a judicial transita da em julgado , proferida em ação civil própria , nos casos de: a) prática de crime incompatível com o exercício do cargo, após decisão judicial transita da em julgado ; b) exercíci o da advocacia; e c) abando no do cargc· por prazo superio r a 30 dias corridos. A ação civil para a decreta ção da perda do cargo será proposta pelo Procurador-Geral de Justiça perante o Tribuna l de Justiça local, após autoriz ação de Colégio de Procuradores, na forma da lei orgânic a. 5. O art. 128, 11, "c", da CF/88 veda a particip ação em socieda de comercial, na forma da lei. A Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) , por seu turno, veda o exercício de comércio ou a particip ação de socieda de comercial, exceto como cotista ou acionis ta. Assim, poderá particip ar como cotista ou acionist a. 6. Vide parte teórica. 7. A respost a encontr a-se no art. 10, X, da Lei n. 8.625/9 3 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), que atribui a compet ência ao Procurador-Ger al de Justiça, que, inclusive, designa rá quem deverá ofiCiar no feito. 8. "b". 9. "d". Dentre os órgãos acima, o Ministério Públ ico só não particip a do TSE (que é compos to, de acordo com o art. 119 da CF/88, por 3 Ministros do STF, 2 do STJ e 2 advogados). Por outro lado, haverá membro do Ministério Público na composição do: a) STJ (art. 104, 11); b) STM (art. 123, 11); c) TST (art. 111, § 1. 0 , I); e e)TCU (art. 73, § 2.0 , I, lembran do que, como já vimos, o Ministério Público que atua junto ao TCU, apesar de ter os mesmos direitos , vedações e forma de investidura que o Ministério Público da União, não está vinculado a esta última carreira, mas ao próprio TCU). 10. "a". De acordo com o art. 16, caput, da Lei n. 8.625/9 3 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), dentre Procura dores de Justiça, para mandat o de 2 anos, permiti da uma recondu ção. 11. "a". De acordo com o art. 15, Vll, da Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). 12. "b". As outras alternat ivas estão previstas express amente na CF, como funções institucionais do MP, nos incisos V, I, Vll e IX do art. 129, na sequênc ia das alternat ivas propost as. O inciso IX do art. 129, em sua última parte, veda, express amente , a represe ntação judicial e a consultoria jurídica de entidad es públicas, funções esta não atribuíd a ao MP pela CF e, portant o, a respost a esperad a pelo examin ador. 13. "b". Art. 129, IX, parte final. As outras funções instituc ionais estão previstas: a) inciso VI; c) inciso Vll; d) inciso V; e) inciso VIII, todos do art. 129 da CF/88. 14. "d". 15. "d". 16. "certo". 17. "e". 18. "d". 19. "c". 20. "e", conform e parte teórica. 21. "certo". Art. 130-A, § 2.0 , 111. 12 13 Funções Essenciais à Justiça li 12.7.2. 1085 Advocacia 1. "c". De acordo com o art. 133 da CF/88, observadas as regras do Estatuto da OAB, lei n. 8.906/94. Entendemos que essa questão deveria ser demandada na prova de Ética. 2. "b". Arts. 131, § 3. 0 , e 132. 3. "a". 4. "c". 5. "errado". De acordo com o art. 131, caput, da CF/88, a Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou por órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que disp user sobre sua organização e funcionamenta, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico apenas do Poder Executivo. 6. "certo". Cf. art. 131, § 3. 0 • 7. "certo", cf. item 12.5.1. 11 12.7.3. Defensoria Pública 1. "certo". Cf. art. 134, § 2.0 • 2 .. 191."certo". De fato, os Ministros do STF e o PGR são nomeados pelo Presidente da Repú.blica após a sua aprovaç~o pela maioria absoluta do SF (arts. 101, parágrafo único, e 128, § 1.0 , di! CF/88). Em relação ao Defensor Público-Geral da União (que, a partir da LC n. 132/2009, passou a ser denominado Defensor Público-Geral Federal), o art. 6.0 da LC n. 80/94 estabelece: "a Defensoria Pública da União tem por chefe o Defensor Público-Geral Federal, nomeado pelo Presidente da República, dentre membros estáveis da Carreira e maiores de 35 anos, escolhidos em lista tríplice formada pelo voto direto, secreto, plurinominal e obrigatório de seus membros, após aaprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de 2 anos, permitida uma recondução, precedida de nova aprovação do Senado Federal". 192. "Errado". Conforme vimos e nos termos do art. 1.0 da LC n. 80/94, "a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe prestar assistência jurídica, judicial e extrajudicial, integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma da lei". 193. "Errado", em razão de expressa previsão para o estabelecimento de convênio nos termos do art. 14, § 1.0 , da LC n. 80/94, incluído pela LC n. 98/99. 194. "Certo", nos termos do art. 79 da LC n. 80/94, na medida em que "os membros da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios são inamovlveis, salvo se apenados com remoção compulsória, na forma desta lei Complementar". 3. 182. "Certo". 183. "Errado", já que, como visto, também se estende aos que fazem parte do serviço estatal. 4. "e", cf. art. 134, § 1.0 , da CF. 5. Item 5.1 -errado, nos termos da análise feita na parte teórica deste estudo (item 12.6.9.2); Item 5.2- errado, nos termos do art. 134, § 1.0 • Item 5.3- errado, trata-se da prestação da assistência jurídica, integral e gratuita, que engloba tanto a assistência judiciária como a fora do processo judicial, bem como, portanto, o processo administrativo. 6. "b". 7. "d". 8. "certo". Acabar com a Defensoria Pública por emenda seria pôr fim à instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado e que tem por incumbência, como expressão e instrumenta do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados. Dessa forma, haveria afronta ao inciso LXXIV do art. 5.0 da Constituição Federal, direito e garantia individual e, portanto, limite materia I à atuação do constituinte reformador. Pedro Lenza 1086 Direito Constitu cional Esquema tizado® do defensor público natu9. "errado". Conforme se observou , a Constituição explicita a figura público. concurso por ral, a ser investido na carreira 11 12.7.4. Geral 1. "a". ----~ 2. "b". Art. 132, parágraf o único, da CF/88. 3. "d". Art. 129, VII, da CF/88. para os concursos de Procurad or do Estado ou do 4. "a", na medida em que a exigência é apenas 0 0 na medida em , e 134, § 1.). A letra "b" está errada, 2. § 131, arts. os exclusão, por e, 132 (art. DF § 1.0 • A letra 131, art. do termos nos , República da e President do o nomeaçã que o AGU é de livre ia pública defensor a para apenas é visto, conforme ia, "c" está errada, pois referida autonom para defensor ia pública do estadual (art. 134, § 2. A EC n. 69/2012 estabelec eu autonom ia errada, na medida em que o Distrito Federal a e EC n. 74/2013 para a da União. A letra "d" está haver o aproveita menpodendo não especial, MP um como o entendid ser deve TC ao MP junto entrada só é exigida, de na quarente a porque errada está "e" letra A to (art. 130 e parte teórica). explicitam ente, para a carreira da magistra tura e do MP. 0). 5. "errado". Cf. item 12.6.9.2. 6. "b" .. ~- ' DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS • 13.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS- SISTEMA CONSTITUCIONAL DAS CRISES1 Destacam-se no tema da "defesa do Estado e das instituições democráticas" dois grupos: a) instrumentos (medidas excepcionais) para manter ou restabelecer a ordem nos momentos de anormalidades constitucionais, instituindo o sistema constitucional de crises, composto pelo estado de defesa e pelo estado de sítio (legalidade extraordinária); b) defesa do País ou sociedade, através das Forças Armadas e da segurança pública. A defesa do Estado pode ser entendida como: a) defesa do território nacional contra eventuais invasões estrangeiras (arts. 34, II, e 137, li); b) defesa da soberania nacional (art. 91); c) defesa da Pátria (art. 142). 2 A defesa das instituições democráticas caracteriza-se como o equilíbrio da ordem constitucional, não havendo preponderância de um grupo sobre outro, mas, em realidade, o equilíbrio entre os grupos de poder. Se a competição entre os grupos sociais extrapola os limites constitucionais, teremos o que a doutrina denomina situação de crise. 3 Assim, ocorrendo qualquer violação da normalidade constitucional, surge o denominado sistema constitucional das crises, definido por Aricê Amaral Santos como "... o conjunto ordenado de normas constitucionais que, informadas pelos princípios da necessidade e da temporariedade, têm por objeto as situações de crises e por finalidade a mantença ou o restabelecimento da normalidade constitucional". 4 José Afonso da Silva observa que o sistema constitucional das crises fixa "... normas que visam à estabilização e à defesa da Constituição contra processos violentos de mudança ou perturbação da ordem constitucional, mas também à defesa do Estado quando a situação crítica derive de guerra externa. Então, a legalidade normal 1 2 3 4 Sobre o sistema constitucional das crises, há um interessante trabalho de Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, apresentado na PUCSP, em 2008, como tese de doutorado e publicado pela Editora Método (Sistema constitucional das crises: restrições a direitos fundamentais, passim). Cf. José Afonso da Silva, Comentário contextual à Constituição, 2. ed., p. 617. José Afonso da Silva, Comentário contextual à Constituição, cit. Aricê Moacyr Amaral Santos, O estado de emergência, p. 32 (grifamos). 1088 Direito Constitucional Esquemátizado® Pedro Lenza é substituída por uma legalidade extraordinária, que define e rege o estado de exceção". 5 Diante das crises, portanto, existem mecanismos constitucionais para o restabelecimento da normalidade, quais sejam, a possibilidade de decretação do estado de defesa, do estado de sítio e o papel das Forças Armadas e das forças de segurança pública (Título V da CF/88). Referidos mecanismos devem, contudo, como apontou Aricê Amaral Santos, respeitar o princípio da necessidade, sob pena de configurar arbítrio e verdadeiro golpe de estado, bem como o princípio da temporariedade, sob pena de configurar verdadeira ditadura. SISTEMA CONSTITUCIONAL DAS CRISES [Temporari edade]1~:------J~[~__ D it_ad_u_r_a__~ Essas situações de abuso, arbítrio, golpe, ditadura podem ser verificadas no constitucionalismo pátrio, por exemplo, durante o "Estado Novo" de Getulio Vargas (Carta de 1937), no governo da ditadura militar de 1964 até o seu fim com a Constituição de 1988, e, durante o período ditatorial, pela utilização do AI-5, momentos em que se decretou estado de sítio e de guerra sem qualquer observância aos princípios da necessidade e temporariedade. • 13.2. 13.2.1. ESTADO DE DEFESA Hipóteses de decretação do estado de defesa As hipóteses em que se poderá decretar o estado de defesa estão, de forma taxativa, previstas no art. 136, caput, da CF/88, quais sejam: para preservar ou pron:amente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas çor calamidades de grandes proporções na natureza. 13.2.2. Procedimento e regras gerais El Titularidade: o Presidente da República (art. 84, IX, c/c o art. 136), mediante decreto, pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa. Ell Conselho da República e Defesa Nacional: como órgãos de consulta, são previamente ouvidos, porém suas opiniões não possuem caráter vinculativo, ou 5 José Afonso da Silva, Comentário contextual à Constituição, p. 617-618. 13 c Defesa do Estado e das Instituições Democráticas 1089 seja, o Presidente da República, mesmo diante de um parecer opinando pela desnecessidade de decretação, poderá decretar o estado de defesa. [] O decreto que instituir o estado de defesa deverá determinar: a) o tempo de duração; b) a área a ser abrangida (locais restritos e determinados); c) as medidas coercitivas que devem vigorar durante a sua vigência. O Tempo de duração: máximo de 30 dias prorrogados por mais 30 dias, uma única vez. O Medidas coercitivas: a) restrições (não supressão) aos direitos de reunião, sigilo de correspondência , sigilo de comunicação telegráfica e telefônica e à garantia prevista no art. 5.0 , LXI, ou seja, prisão somente em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente; b) ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes. rn Prisão por crime contra o Estado.: como exceção ao art. 5.0 , LXI, a prisão poderá ser determinada pelo executor da medida (não pela autoridade judicial competente). O juiz competente, imediatamente comunicado, poderá relaxá-la. Tal comunicação deverá vir acompanhada do estado fisicq e mental do detido no momento de sua autuação. Refer.ida ordem de prisão não poderá ser superior a 10 dias, facultando-se ao preso requerer o exame de corpo de delito à autoridade policial. D Incomunicabilid ade do preso: é vedada. 13.2.3. Controle exercido sobre a decretação do estado de defesa ou sua prorrogação 0 D Controle político hnediato: nos termos do art. 136, §§ 4. -JO, será realizado pelo Congresso Nacional. Decretado o estado de defesa ou sua prorrogação, o Presidente da República, dentro de 24 horas, submeterá o ato com a respectiva justificação ao Congresso Nacional, que decidirá pela maioria absoluta de seus membros. Se o Congresso Nacional estiver em recesso, será convocado pelo 0 Presidente do Senado Federal (art. 57, § 6. , I, da CF/88), extraordinariam ente, no prazo de 5 dias, e deverá apreciar o decreto dentro de 10 dias contados de seu recebimento, devendo continuar funcionando enquanto vigorar o estado de defesa. Se o Congresso rejeitar o decreto, o estado de defesa cessará imediatamente. D Controle político concomitante: nos termos do art. 140, a Mesa do Congresso Nacional, ouvidos os líderes partidários, designará Comissão composta de 5 de seus membros para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas referentes ao estado de defesa. Q Controle político sucessivo (ou a posteriori): nos termos do art. 141, parágrafo único, logo que cesse o estado de defesa, as medidas aplicadas em sua vigência serão relatadas pelo Presidente da República, em mensagem ao Congresso Nacional, com especificação e justificação das providências adotadas, com relação nominal dos atingidos e indicação das restrições aplicadas. 1090 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza Prestadas as informações e não aceitas pelo Congresso Nacional, entende José Afonso da Silva parecer ficar" ... caracterizado algum crime de responsabilidade do presidente, especialmente o atentado a direitos individuais - pelo que pode ser ele submetido ao respectivo processo, previsto no art. 86 e regulado na Lei 1.079/50".6 D Controle jurisdicional concomitante: durante a decretação do estado de de0 fesa, conforme o art. 136, § 3. , haverá controle pelo Judiciário da prisão efetivada pelo executor da medida. A prisão ou detenção de qualquer pessoa, também, não poderá ser superior a lO dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário. 0 A nosso ver, também, qualquer lesão ou ameaça a direito, nos termos do art. 5. , observaclaro, Judiciário, Poder pelo XXXV, não poderá deixar de ser apreciada 0 dos os limites constitucionais das permitidas restrições a direitos (art. 136, § 1.). Parece, assim, que o Judiciário poderá reprimir abusos e ilegalidades cometidos durante o estado de crise constitucional por meio, por exemplo, do mandado de segurança, do habeas corpus ou de qualquer outra medida jurisdicional cabível. No. entanto, como anota Alexandre de Moraes, lembrando Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em relação "... à análise do mérito discricionário do Poder Executivo (no caso do Estado de Defesa) e desse j~ntamente com o Poder Legislativo (no caso do Estado de Sítio), a doutrina dominante entende impossível, por parte do Poder Judiciário, a análise da conveniência e oportunidade política para a decretação".7 Q Controle jurisdicional sucessivo (ou a posteriori): consoante o art. 141, caput, cessado o estado de defesa, cessarão também seus efeitos, sem prejuízo da responsabilidade pelos ilícitos cometidos por seus executores ou agentes. I, • 13.3. ESTADO DE SÍTIO 13.3.1. Hipóteses de decretação do estado de sítio As hipóteses em que poderá ser decretado o estado de sítio estão, de forma taxativa, previstas no art. 137, caput, da CF/88: G comoção grave de repercussão nacional (se fosse de repercussão restrita e em local determinado, seria hipótese, primeiro, de decretação de estado de defesa); [iJ ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa (portanto, pressupõe-se situação de maior gravidade); O declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira. 13.3.2. Procedimento e abrangência Assim como no estado de defesa, quem decreta o estado de sítio é o Presidente da República, após prévia oitiva do Conselho da República e de Defesa Nacional (pareceres não vinculativos). l ' 7 José Afonso da Silva, Comentário contextual à Constituição, p. 621. Alexandre de Moraes, Direito constitucional, 20. ed., p. 740 (grifamos). 13 c Defesa do Estado e das Instituições Democráticas 1091 No entanto, para a decretação do estado de sítio ou sua prorrogação, ao contrário do que ocorre com o estado de defesa, deverá haver, relatand o os motivos determinantes do pedido, prhia solicitação pelo Presidente da Repúbl ica de autorização do Congresso Nacional, que se manifestará pela maiori a absolu ta de seus membros. O controle político prévio, se negativo, será vinculante, e o Preside nte da República não poderá decretar o estado de sítio por aquele motivo, sob pena de responsabilidade. Por outro lado, se o Congresso Nacional autorizar, com discricionariedade política, o Presidente da República poderá ou não decreta r o estado de sítio. Neste último caso. o decreto do estado de sítio indicará sua duraçã o, as normas necess árias a sua execuç ão e as garant ias constit uciona is que ficarão suspensas , e, depois de publica do, o Presidente da República designa rá o execut or das medida s específ icas e as áreas abrang idas (art. 138, capta). Dessa forma, a desig nação das áreas abrang idas dar-se-á depois de publica do o decreto do estado de sítio, não necessariamente tendo de abrange r, portanto, toda a área geográfica do te;:ritório nacional, apesar de se tratar de comoção grave de repercus são nacion al. A duraçã o do estado de sítio, no caso de comoçã o grave de reperCu ssão nacional ou da ineficácia das 'medidas tomadas durante o estado de defesa (art. 137, 1), não poderá ser superior a 30 dias, podendo ser prorrogada, sucessi vamente (não há limites), enquanto perdurar a situação de anorma lidade, sendo que cada prorrogação também não poderá ser superior a 30 dias. No caso de declara~ão de estado de guerra ou resposta a agressã o armada estrangeira (art. 137, li), enqt:.anto perdura r a guerra ou a agressão armada estrangeira. · 13.3.3. Medida s coercitivas Nas hipóteses do art. 137, I (comoção grave de repercussão naciona l ou ineficácia das medidas tomadas durante o estado de defesa), só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medida s coercit ivas (art. 139, I a VII): (] obrigação de permanência em localidade determ inada; O detenção em edifício não destinado a acusados ou conden ados por crimes comuns; [l] restrições (não supressões) relativas à inviolabilidad e da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de inform ações e à liberda de de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei (desde que liberad a pela respectiva Mesa, não se inclui a difusão de pronunciamentos de parlam entares efetuados em suas Casas Legislativas); O suspensão da liberdade de reunião; D busca e apreensão em domicílio; o intervenção nas empresas de serviços públicos; O requisição de bens. Em relação à decretação de estado de sítio na hipótese do art. 137, II, qual seja, no caso de declaração de estado de guerra ou resposta a agressã o armada estrangeira, 1092 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza em tese, qualquer garantia constitucional poderá ser suspensa, desde que: a) tenham sido observados os princípios da necessidade e da temporarieda de (enquanto durar a guerra ou resposta a agressão armada estrangeira); b) tenha havido prévia autorização por parte do Congresso Nacional; c) nos termos do art 138, caput, tenham sido indicadas no decreto do estado de sítio a sua duraçã:•, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão smpensas. 8 .. 13.3.4. Controle exercido sobre a decretação do estado de sítio úl Controle político prévio: tendo em vista a maior gravidade do estado de sítio, o controle realizado pelo Congresso Nacional será prévio, ou seja, o Presidente da República, para a sua decretação ou prorrogação, depende de prévia e expressa autorização do Congresso Nacional. Se o Congresso rejeitar o pedido, o Presidente da República, agora vinculado, não poderá decretar o estado de sítio. Se o fizer, sem dúvida, cometerá crime de responsabilidade. Estando o Congresso Nacional em recesso, haverá convocação extraordinária, pelo Presidente do Senado Federal (art. 57, § 6.0 , I, da CF/88). Decretado o estado de sítio, nos termos do ari 1$8, § J.O, o Congresso Nacional permanecerá eni funcionamento até o término das medidas coercitivas. O Controle político concomitante : a Mesa do Congresso Nacional, ouvidos os líderes partidários, designará Comissão composta de 5 de seus membros para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas referentes ao estado de sítio (art. 140). [] Controle político sucessivo (ou a posteriori): logo que cesse o estado de sítio, as medidas aplicadas em sua vigência serão relatadas pelo Presidente da República, em mensagem ao Congresso Nacional, com especificação e justificação das providências adotadas, com relação norcnal dos atingidos e indicação das restrições aplicadas (art. 141, parágrafo único). Gil Conforme visto para o estado de defesa, prestadas as informações e não aceitas pelo Congresso Nacional, parece ficar carac(erizada a prática do crime de responsabilidade. Q Controle jurisdicional concomitante : qualquer lesão ou ameaça a direito, abuso ou excesso de poder durante a sua execução não poderão deixar de ser apreciados pelo Poder Judiciário, observados, é claro, os limites constitucionais da "legalidade extraordinária", seja por via do mandaC.o de segurança, seja por meio de habeas corpus ou de qualquer outro remédio. Ill Tal como anotado para o estado de defesa, o juízo de conveniência para a decretação do estado de sítio cabe ao Presidente da República. 13 Controle jurisdicional sucessivo (ou aposteriori): cessado o estado de sítio, cessarão também seus efeitos, sem prejuízo da responsabilid ade pelos ilícitos cometidos por seus executores ou agentes (art. 141, caput). 8 Cf. Luiz Alberto David Araujo e Vida! Serrano Nunes Júnior, Clirso de direito constitucional, p. 315. 1093 13 IJ Defesa do Estado e das Instituições Democráticas • 13.4. DISPOSIÇÕES COMUNS AOS ESTADOS DE DEFESA E DE SÍTIO Em se tratando de medidas excepcionais, somente poderão ser adotadas dentro dos limites constitucionais, nas hipóteses expressamente previstas, enfim, somente durante a chamada crise constitucional.9 "Em outras palavras (concluem Araujo e Nunes Júnior), se medidas de exceção forem aplicadas em tempos de normalidade democrática, a Constituição estará sendo violada, configurando-se autêntico golpe de estado". 10 Decretado o estado de defesa ou o estado de sítio, haverá o controle político concomitante (art. 140 da CF/88). Por razões óbvias, cessado o estado de defesa ou o estado de sítio, cessarão também os seus efeitos, sem prejuízo da responsabilidade pelos ilícitos cometidos por seus executores ou agentes. Dada a gravidade das medidas (por restringirem direitos constitucionais), logo que cesse o estado de defesa ou o estado de sítio, o Presidente da República terá de prestar contas, respondendo por abusos e arbítrios.· • 13.5. QUADRO COMPARATIVO ENTRE O ESTADO DE DEFESA. E O ESTADO DE SÍTIO ESTADO DE DEFESA (ART. 136) c ordem pública ou paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional c ordem pública ou paz social atingio;las por calamidades de grandes propor- HIPÓTESES DE CABIMENTO ESTADO DE SITIO (ART. 137, I) I i ESTADO DE SITIO (ART. 137, 11) I I c comoção grave de re- 13 declaração de estado de guerra percussão nacional c ocorrência de fatos que E! resposta a agressão arcomprovem a ineficácia de mada estrangeira medida tomada durante o estado de defesa ções na natureza ÁREAS ABRANGIDAS DECRETAÇÃO ÓRGÃOS DE CONSULTA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA c locais restritos e determinados c âmbito nacional - especificado após a decretação (art. 138, caput) D âmbito nacional- especificado após a decretação (art. 138, caput) c exclusivamente pelo Presidente da República (art. 84, IX) midem c c c ll idem Conselho da República (art. 90, I) lll Conselho de Defesa Nacional (art. 91, 11) idem idem c os pareceres não são vinculativos c a oitiva dos Conselhos é prévia ····· ----·····-------- ----·---------- ····------- -·····-------- ..... -----·-·-·-·-·-·-·-·-·-·-·-

Constitucional Esquematizado® 13.7.11.5. Pedro Lenza A carreira especifica de agentes de trânsi to Outra novidade introduzida pela EC n. 82/2014 foi a previsã o, ao lado dos respectivos órgãos ou entida des executivos, da Carre ira específica de agente s de trânsi to a ser estruturada na forma da lei e em âmbito estadu al, do Distrito Federal e municipal, devendo o provimento no cargo se dar, necess ariamente, por concu rso público, na forma do art. 37, II, CF/88. Com a nova regra, agora de modo muito claro, estão vedad as as hipóteses de contra tação pot· tempo determ inado, 54 bem como a destin ação de servid ores públicos, para a segura nça viária , provenientes de outros cargos ou carrei ras (e que exercem função diversa), o que caracterizaria o comba tido "desvi o de função " e, assim, afronta ao entendimento estabelecido pelo STF na S. 685, convertida na SV 43: "é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprova ção em concu rso público destin ado ao seu provim ento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido" U- 08.04.2015, DJE de 17.04.2015). Ainda, em razão da emenda substitutiva global aprovada, conforme visto acima, também não se pod'e confundir a carreira específica de agente s de trânsi to com a dé guard as munic ipais que continuam destinados à proteção de bens, serviços e instalações dos Municípios, confor me dispus er a lei (art. 144, § 8.0). A lei, no caso e conforme visto, é a de número 13.022/2014, que dispôs sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais e cujo art. 5.0 , VI, estabeleceu ser compe tência específica das guardas municipais, respeitadas as competências dos órgãos federais e estaduais, exercer as compe tência s de trânsi to que lhes forem conferidas, nas vias e logradouros municipais, nos termos da Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), ou de forma concor rente, mediante convênio celebrado com órgão de trânsito estadual ou municipal. Teremos que aguardar a posição a ser firmada pelo STF. Em nossa opinião, contudo, não podemos admitir que essa competência de trânsito extrapole a destinação primordial das guardas municipais, qual seja, a proteção dos bens, serviços e instalações dos municípios (pendente de análi se- ADI 5.156 - cf. item 13.7.10). " A Lei n. 8.745/93 dispõe sobre a contrat ação, por tempo determ inado, para atender a necessidade tempor ária de excepcional interess e público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal. O STF tem feito interpretação bastante restritiv a para a contratação temporária, prestigiando, naturalmente, a regra do concurso público. Como bem delimitado pela Corte, para que se considere válida a contratação por tempo determinado (tempor ária) é preciso que: "a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contrata ção seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração" (RE 658.026, Rei. Min. Dias Toffoli, j. 09.04.2014, Plenário, DJE de 31.10.20 14, com repercussão geral. Cf., ainda: ADI 2.229, Rei. Min. Carlos Velloso, j. 09.06.2004, Plenário e ADI 3.430, Rei. Min. Ricardo Lewandowski,j. 12.08.2009, Plenário). 13 o Defesa do Estado e das Instituições Democráticas 1133 Finalmente, entendemos que a nova carreira específica de agentes de trânsito criada pela EC n. 82/2014 não afastará a atividade de policiamento ostensivo de trânsito que já vem sendo implementada pela polícia militar e com muita eficiência. Vejam que o art. 144, § 10, 11, introduzido, trata da nova carreira de agentes de trân5 sito ao lado e sem a substituição dos respectivos órgãos ou entidades executivos. 5 • 13.8. QUESTÕES 1. (OAB/100.") Na vigência do estado de sítio só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguin- tes medidas, exceto: a) obrigação de permanência em localidade determinada e detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; b) restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, inclusive restrições a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas mesmo que liberada pela respectiva Mesa; c) suspensão da liberdade de reunião e busca e apreensão em domicílio; d) intervenção nas empresas de serviços públicos e requisição de bens. 55 Nesse sentido, destacamos importantes argumentos trazidos por Julyver Modesto de Araujo, pedindo desculpas pela longa, mas importante, transcrição: "não haverá qualquer mudança, concernente às competências das Polícias Militares, que são igualmente responsáveis pela segurança pública, nos Estados e Distrito Federal, com a missão constitucional de polícia ostensiva e preservação da ordem pública (art. 144, § 5.", da CF). O fato de se reconhecer a carreira dos agentes de trânsito, nos Estados e nos Municípios (e acrescentaríamos, no âmbito do DF), não invalidará a atuação das Polícias Militares, na fiscalização de trânsito, que continua sendo concomitante ao trabalho dos agentes de trânsito próprios de cada órgão ou entidade executivo de trânsito e rodoviário, nos termos de convênio firmado, como estabelece o art. 23, 111, do CTB. Importante destacar que a atividade de policiamento ostensivo de trânsito continua sendo de exclusividade das Polícias Militares, como conceituao Anexo I do CTB: 'função exercida pelas Polícias Militares com o ob- jetivo de prevenir e reprimir atos relacionados com a segurança pública e de garantir obediência às normas relativas à segurança de trânsito, assegurando a livre circulação e evitando acidentes' e de acordo com o art. 2.", item 27, do Decreto federal n. 88.777/83 (R-200)- Regulamento para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, que assim dispõe: 'Policiamento Ostensivo -Ação policial, exclusiva das Polícias Militares em cujo emprego o homem ou a fração de tropa engajados sejam identificados de relance, quer pela farda quer pelo equipamento, ou viatura, objetivando a manutenção da ordem pública ... São tipos desse policiamento, a cargo das Polícias Militares ressal· vadas as missões peculiares das Forças Armadas, os seguintes: -ostensivo geral, urbano e rural; -de trânsito ... '. É fato que, embora a nomenclatura 'policiamento ostensivo de trânsito' seja utilizada pela legislação infraconstitucional mencionada, como indicativo da função exercida pelas Polícias Militares, a inclusão do§ 10 no artigo 144 passou a reconhecer a incidência do trabalho dos agentes de trânsito (estaduais e municipais) no campo da segurança pública, especificamente para garantir o direito ao trânsito seguro; isto significa que a PM continua exercendo a prevenção criminal, por meio da sua ostensividade, e a repressão imediata dos crimes constatados (inclusive para os delitos ocorridos na utilização da via pública); por outro lado, não caberá aos agentes de trânsito invadirem a competência constitucional das Polícias Militares, não lhes cabendo ações próprias de polícia, corno a busca pessoal ou veicular, à procura de armas e drogas (a qual tem corno base o Código de Processo Penal, em seu art. 244, quando fundada suspeita), ou a 'perseguição' ou prisão a criminosos (ressalvada a possibilidade de qualquer um do povo prender quem esteja em situação de flagrante delito, nos termos do artigo 301 do CPP)" (idem). 1134 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza 2. (TJ/PA/2002) Tanto o estado de defesa como o estado de sítio são situações de excepcionalidade política que não se devem perpetuar no tempo, sob pena de quebra da democracia, pois em sua vigência são admitidas restrições a direitos fundamentais. A respeito desse tema, julgue os itens abaixo: 1. na hipótese de vigência de estado de sítio motivado por grave instabilidade politico-econó· mica interna, ameaçadora da paz social e do funcionamento das instituições pùblicas e privadas, poderá ser excluída da apreciação pelo Poder Judiciário lesão ou ameaça a direitos individuais ou coletivos. 2. durante o estado de sítio ou o estado de defesa, a Constituição da República não pode ser alterada, e o Congresso Nacional não pode ser impedido de funcionar. 3. fora do estado de flagrância, na vigência do estado de defesa ou de sítio, em nenhuma hipótese a prisão de qualquer pessoa pode ser determinada por outra autoridade que não a judicial. 4. em caso de declaração de guerra em que o Brasil esteja envolvido, cabe a decretação do estado de defesa e não do estado de sítio. 5. as imunidades parlamentares ficam automaticamen te suspensas durante o estado de sítio. 3. (OAB/113.•) O Município está constitucionalm ente autorizado a criar guarda municipal com objetivo de: a) suplementar eventual omissão do Estado em matéria de segurança pública; b) colaborar com a polícia civil na função de policia judiciária;• c) proteger bens, serviços e instalações do Município; d) auxiliar na preservação da ordem pública no âmbito de seu território. 4. (MP/SP 178. 0 - 2006) De acordo com a Constituição Federal, a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidad e de todos, com o objetivo de preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio, cabendo, o seu exercício, através I. da polícia rodoviária federal; li. da policia ferroviária federal; 111. das policias militares; IV. dos corpos de bombeiros militares. Está integralmente correto o contido em a) I, apenas. b) 111, apenas. c) 111 e IV, apenas. d) I, 11,111 e IV. 5. (MP/T0/2006/CESPE/UnB) No referente à defesa do Estado e das instituições democráticas, assinale a opção correta: a) Os mecanismos de defesa da Constituição não estão sujeitos a controle de prazo, pois podem vigorar de acordo com apreciação discricionária do presidente da República. b) A Constituição de 1988 determina que a policia federal é a policia judiciária da União, razão pela qual apenas ela pode investigar fatos que constituam delitos contra o poder público federal, conforme entendimento já firmado pelos tribunais superiores. c) Com as últimas reformas da Constituição, os militares adquiriram o direito de sindicalizar-se, mas não podem participar de reuniões fora do serviço portando armas. d) A fixação dos pressupostos e requisitos de validade para a decretação dos chamados estados constitucionais de emergência somente pode ser feita pela própria Constituição, não por normas infraconstitucionais. 6. (MPT/2007) Analise as assertivas abaixo e assinale a alternativa CORRETA: I. No estado de defesa para preservar ou restabelecer a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza, é possível a restrição temporária aos direitos de reunião, sigilo de correspondência e de comunicação telegráfica e telefônica. li. Na vigência do estado de sitio, não se admitem restrições à liberdade de ir e vir nem à inviolabilidade de correspondência . 13 IJ Defesa do Estado e das Instituições Democráticas 1135 111. Aos militares asseguram-se, entre outros direitos, o gozo de férias anuais remuneradas, com acréscimo de 1/3. e licença-gestante de 120 dias. IV. As funções de po icia judiciária da União são exercidas, com exclusividade, pela polícia federal. a) apenas os itens I e 11 são corretos; b) apenas os itens li e IV são corretos; c) apenas os itens I, 111 e IV são corretos; d) apenas os itens 111 e IV são corretos; e) não respondida. 7. (TJ/DF/2007) Sobre Segurança Pública, nos termos da Constituição Federal, é correto afirmar: a) Compete à Polic a Federal prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência; b) Os corpos de bombeiros militares são órgãos de segurança pública e não executam atividades de defesa civil; c) As policias civis, dirigidas por delegados de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funçõe~ de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, inclusive as militares; d) Os Municípios não poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus serviços. 8~ (Delegado de Policia/SC-ACAFE-2008) Quanto ao estado de defesa e estado de sítio, analise as afirmações a seguir. I. O Presidente da ~epública pode solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar estado de sitio para preservar ou restabelecer a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por grandes calamidades. 11. O decreto que in>tituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, serdo, por exemplo, admitida restrição aos direitos de reunião, ainda que exercida no seio .jas associações. 111. Na vigência do estado de sítio poderão ser tomadas contra as pessoas, dentre outras, as medidas: busca e apreensão em domicílio, intervenção nas empresas de serviços públicos e requisição de bens. IV. O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por sessenta dias, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação. Estão corretas apenas: a) li e 111; b) I e 111; c) I e IV; d) I e 11. 9. (TJ/AL/UnB/CESPE-211108) Acerca da defesa do Estado e das instituições democráticas, assinale a opção correta: a) As imunidades dos deputados federais e dos senadores previstas na CF subsistirão mesmo no estado de sítio, não havendo possibilidade de sua suspensão. b) O estado de defesa autoriza a convocação extraordinária do Congresso Nacional pelo presidente da República. c) A emenda à CF, nesmo na hipótese de estado de defesa ou de estado de sítio, necessita de maioria e carece, para sua aprovação, de votação em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos mem~ros. d) O estado de defesa autoriza a restrição ao direito de reunião, ainda que exercida no seio das associações, ao sigilo de correspondência e ao sigilo de comunicação telegráfica e telefônicae) As polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, inclusive eleitorais e militares. 10. (Magistratura-TJ/SC 2009} De acordo com o texto constitucional, assinale a alternativa correta quanto a estado de de"esa e estado de sítio: · 1136 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza 1. O Presiden te da República pode, ouvidos o Conselh o da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preserva r ou prontam ente restabele cer, em locais restritos e determin ados, a ordem pública ou a paz social am~açad as por grave e iminent e instabili dade institucional ou atingida s por calamid ades de grandes proporç ões na natureza . 11. o Presiden te da República, ao solicitar autoriza ção para decretar o estado de sítio ou sua prorroga ção, relatará os motivos determi nantes do pedido, d~vendo o Congres so Nacional decidir por maioria absoluta. 111. Solicitada autoriza ção para decretar o estado de sítio durante o recesso parlame ntar, o Presidente da Câmara dos Deputad os, de imediato, convocará extraord inariam ente o Congresso Nacional para se reunir dentro de cinco dias, a fim de apreáar o ato. a) Somente as proposições I e 11 estão corretas . b) Somente as proposições I e li estão incorretas. c) Todas as proposiç ões estão corretas . d) Somente a proposiç ão I está correta. e) Todas as proposiç ões estão incorretas. 11. (Oficial da Defenso ria Pública do Estado de SP/FCC/2010) A ocor·ênc ia de calamid ade de graves proporç ões na natureza possibilita ao Presiden te da República a decretar , nos termos da Constituição Federal: a) estado de calamid ade pública. b) estado de sítio, ouvido previam ente o Tribunal de Justiça. c) estado. de defesa. d) interven ção federal. e) interven ção de ordem pública. 12. (Promot or de Justiça/SE - CESPE/UnB - 2010) Com relação à seguran ça pública, à polícia ostensiv a e à polícia judiciária, assinale a opção correta. a) A seguranç a pública é dever da União e tem como objetivo fundam ental a preserva ção da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimô nio b) Os municípios que tiverem mais de vinte mil habitant es podem constitu ir guardas municipais destinad as à proteção de seus bens, serviços e instalaçõ es. c) As polícias civis compete m, ressalvada a competê ncia da União, as funções de polícia judiciária e a apuraçã o de infrações penais, exceto as militares. d) Compet e privativ amente à União legislar sobre normas de organiza ção, efetivos, material bélico e garantia s, convocação e mobilização das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares, bem como sobre normas de organiza ção, garantia s, direitos e deveres das polícias civis. e) As policias militares e os corpos de bombeir os militares subordin am-se aos governa dores dos estados, com exceção do DF, onde a subordin ação se dá em relação ao chefe de governo da União. 13. (Perito Crimin al- PC-ES- CESPE/UnB/2011) No tocante ao tema da seguran ça pública e sua organiza ção, julgue o item seguinte : Sendo a seguranç a um dever estatal, direito e responsa bilidade de todos, os municípios, em momentos de instabili dade social, podem constitu ir guardas municipa is destinad as ao policiam ento ostensiv o e à preserva ção da ordem pública. 14. (Analista Jurídic o- PG-DF -IADES /2011) O sistema constitu cional tem de prever mecanis mos para que o Estado possa agir, ainda que excepcio nalment e, em estados de crise. Há de se submete r o Estado, mesmo nessas situaçõ es, a condiçõ es imposta s pela Constituição. Em relação aos instrum entos previsto s na Constituição Federal brasileir a, assinale a alternat iva correta: a) É requisito indispensável para a decretaç ão dos regimes de estado de defesa e de sitio a prévia solicitação de autoriza ção feita pelo Presiden te da Rep(blic a dirigida ao Congresso Nacional, que somente será concedida se aprovad a pela maioria absoluta de seus membro s. b) Os regimes de estado de defesa e de sitio são estatuíd os por Decreto do Presiden te da República. do que, vinculada mente, deve observa r a manifes tação dos Conselhos da República e de Defesa Nacional. F 13 c Defesa do Estado e das Instituições Democráticas 1137 c) Observados os procedimentos constitucionais, é possivel a decretação do estado de sítio com a suspensão de qualquer garantia constitucional. d) A duração da decretação do estado de sitio deve ser, no máximo, de 30 (trinta) dias, prorrogáveis, por até igual período. e) Os eventuais abusos cometidos durante a execução do estado de defesa e de sítio deverão ser julgados pelo Judiciário, com a responsabilização dos agentes e do próprio Estado, se for o caso; todavia, esse controle judicial somente poderá ocorrer após a cessação dos regimes de exceção. 15. (Delegado de Polícia- PC/MG/2011) Quanto aos sistemas estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, para enfrentar os períodos de crise política nos quais a ordem constitucional se vê ameaçada, estão previstos: a) o estado de defesa, o estado de sítio, a intervenção federal e o uso excepcional das forças armadas. b) a suspensão da Constituição, a lei marcial, o estado de defesa, o estado de sítio e a suspensão do habeas corpus. c) a supressão dos direitos fundamentais, entre eles, a inviolabilidade de domicílio e de correspondência. d) a vedação quanto à impetração do mandado de segurança, do mandado de injunção, do habeas corpus e do habeas data. 16. (Técnico Judiciário- TRE/PE- Área Administrativa- FCC/2011) No caso de pedido de autorização para a decretação de estado de sitio, a convocação extraordinária do Congresso Nacional · far-se-á pelo: a) Ministro das Forças Armadas. b) Presidente da Câmara dos Deputados. c) Presidente do Senado Federal. d) Ministro Chefe da Casa Civil. e) Ministro da Justiça. 17. (Procurador da AL-ES- CESPE/UnB/2011) Assinale a opção correta quanto à defesa do Estado e das instituições democráticas: a) A natureza discricionária do ato do presidente da República que decreta o estado de sítio não viabiliza o controle judicial, razão pela qual há, sobre tal ato, a incidência do controle exclusivamente político, exercido pelo Congresso Nacional. b) Não se admite, no estado de defesa e no estado de sítio, a suspensão das denominadas imunidades parlamentares. c) Os estados-membros podem, a seu critério, inserir os seus respectivos departamentos de trânsito entre os órgãos incumbidos do exercício da segurança pública. d) A punição disciplinar militar imposta sem que haja previsão legal é passlvel de impugnação via habeas corpus. e) Para a prorrogação do prazo de duração do estado de defesa é dispensável a aprovação do Congresso Nacional. 18. (Magistratura/SP- VUNESP/2011) Leia as afirmativas quanto à segurança pública. É correto apenas o que se afirma em: I. É exercida pela polícia federal, policia rodoviária federal, policia ferroviária federal, policias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares. 11. Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações. 111. Compete à União organizar e manter a policia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal. IV. Compete à policia federal exercer, em concorrência com as policias civis estaduais, as funções de policia judiciária da União. a) 11,111 e IV. b) I, 111 e IV. c) I e 11. d) IV. e) I, 11 e 111. 1138 Direito Constitucional Esquematizado ® Pedro Lenza 19. (Analista Judiciário- TRT/11 - FCC/2012) Gustavo, Presidente da República, após ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretou estado de defesa para preservar, em local restrito e determinado, a ordem pública ameaçada por grave e iminente instabilidade institucional, indicando no decreto, segundo a Constituição Federal, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, podendo restringir os direitos de: a) ir e vir, sujeito à pena de banimento, apenas. b) ir e vir, sujeito à prisão perpétua e multa. c) imagem e de propriedade intelectual. d) reunião, ainda que exercida no seio das associações, sigilo de correspondência e sigilo de comunicação telegráfica e telefônica. e) livre manifestação do pensamento e de propriedade imóvel. i 20. (PRF - Agente Administrativo - CESPE/UnB/2012) Com base nos preceitos constitucionais relativos à Policia Rodoviária Federal (PRF), julgue o item a seguir: À PRF destina-se, na forma da lei, o patrulhamento ostensivo das rodovias estaduais e federais. 21. (PRF- Agente Administrativo - CESPE/UnB/2012) Com base nos preceitos constitucionais relativos à Polícia Rodoviária Federal (PRF), julgue o item a seguir: De acordo com a Constituição Federal de 1988 (CF), é atribuição da PRF, na forma da lei, exercer, entre outras funções, a de policia judiciária. i,' I :1 ": 22. (Delegado de Polícia/AL- CESPE/UnB/2012) Em relação às no~mas constitucionais relativas à segurança pública, julgue o próximo item: Os corpos de bombeiros militares e as policias militares são forças auxiliares do Exército, não se subordinando aos governadores de estado. 23. (Magistratura/CE - CESPE/UnB/2012) Assinale a opção correta acerca dos preceitos relativos à defesa do Estado e das instituições democráticas: a) No estado de defesa e no estado de sitio, as imunidades parlamentares não podem ser sus· pensas. b) O estado de sítio não pode ser decretado apenas para determinada área específica, considerando-se sua abrangência nacional. c) Embora a decretação do estado de defesa submeta-se à aprovação da maioria absoluta do Congresso Nacional, sua prorrogação dispensa tal providência, sendo suficiente ato do chefe do Poder Executivo demonstrando a necessidade de estender a medida por igual período. d) As especificações da amplitude do estado de sítio podem ser feitas após a sua decretaç~o. e) Considerada a excepcionalidad e da medida, o controle judicial do estado de defesa abrange o juízo de conveniência e oportunidade quanto à prática do ato. I [: 1 ~ \ I i 24. (Juiz Federal - s.• Região - CESPE/UnB/2013) Com relação à segurança pública, defesa do estado e das instituições democráticas e funções essenciais à justiça, assinale a opção correta: a) O decreto que instituir o estado de defesa pode indicar, como medida coercitiva, a busca e apreensão em domicilio. b) É constitucional, de acordo com entendimento do STF, norma estadual que atribua à defensoria pública estadual a prestação de assistência judicial a servidores públicos processados pela prática de ato em razão do exercício de suas funções. c) É obrigatória a participação do Poder Legislativo estadual no procedimento de escolha e nomeação do Procurador-gera l de justiça de Estado-membro , assim como é obrigatória a participação do Senado Federal no procedimento de escolha e nomeação do Procurador-geral da República. d) O Advogado-gera l da União será julgado, pelos crimes de responsabilidade, perante o STF. e) O rol dos órgãos encarregados do exercício da segurança pública, previsto constitucionalmente, é taxativo e, segundo o STF, os Estados-membros e o DF devem observá-lo. 25. (Agente Penitenciário Federal - DEPEN - CESPE/UnB/2013) Com referência à administração pública e seus agentes, julgue o item subsequente: Com relação à greve no serviço público, o STF tem decidido aplicar a legislação existente para o setor privado aos servidores públicos. Entretanto, em razão da índole de suas atividades públicas, o STF decidiu pela inaplicabilidade do direito de greve a certos servidores, como os que exercem atividades relacionadas à manutenção da ordem pública, à segurança pública e à administração da justiça. 13 o Defesa do Estado e das Instituições Democráticas :~ ~b". 1139 GABARITO !'I\ Cf. art. 139, I a VIl, .:ombinado com o parágrafo único do art. 139. 2. 1-E (art. 5.0 , XXXV- tendo em vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição); 2-C (arts. 1. 0 ; 136, § 6. 0 ; e 138, 3 3. 0); 3-E (art. 136, § 3. 0 , I e 111); 4-E (art. 137, li); 5-E (art. 53,§ 8. 0). ~§ 3. "c". Cf. art. 144, § 8. 0 , da CF. r----4. "d", já que utilizou a expressão "segurança pública" de modo amplo. 1---- 5. "d". r----6. "c". Art. 136, § 1.0 , I, "a'-, "b", "c"; art. 139, I e 111; art. 142, § 3. 0 , VIII; art. 144, § 1.0 , IV. 7. "a". Art. 144, § 1.", 11, da CF/88. 8. "a". Arts. 136, § 1.0 , I, "a", e 139, V, VI e VIl, da CF/88. O item "I" está errado, pois traz hipótese de estado de defesa (art. 136, caput), e o item "IV" está errado já que a prorrogação do estado de defesa será, uma úrica vez, por 30 dias (art. 136, § 2. 0). 9. "d". Art. 136, § 1.0 , "a" e "c", da CF/88. A letra "a" está errada por violar o art. 53,§ 8.0 • A letra "b" fere. o art. 57, § 6. 0 , I (cnnvocação pelo Presidente do SF). A letra "c" está errada porque a CF não poderá ser emendada na vigência de estado de defesa ou estado de sitio, além da intervenção federal (art. 60, § 1. 0). A letra "e" está errada por violar o art. 144, § 4.0 • 10. "a". Arts. 136, caput, e 137, parágrafo único. O item Ili' está errado, pois, durante o recesso parlamentar, a convocação extraordinária para a hipótese deverá ser implementada pelo Presidente do SF, e não da CD, conforme está na questão (art. 57, § 6. 0 , 1). 11. "c". ··· 12. "c". 13. "errado". 14. "c", conforme o art. 1::,8, caput, ele o art. 137, 11, da CF/88. -· 15. "a". 16. "c", nos termos do art. 57, § 6.0 , I. 17. "d". 18. "e". 19. "d", conforme a literalidade do art. 136, § 1.0 , I, "a"-"c". 20. "errado". De acordo com o art. 144, § 2.0 , da CF/88, a policia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais, apenas, e não das estaduais. 21. "errado". De acordo cnm o art. 144, § 1.0 , IV, da CF/88, a polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a exercer, com exclusi·idade, as funções de polícia judiciária da União. 22. "errado". Nos termos do art. 144, § 6.0 , da CF/88, as polícias militares e os corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. 23. "d", cf. art. 138, caput, e parte teórica. A letra "a" está errada por violar o art. 53, § 8. 0 • A letra "b" está errada, pois, ape~ar do caráter nacional da comoção grave, nos termos do art. 138, caput, depois de publicado '' decreto o Presidente da República especificará as áreas abrangidas (vide parte teórica). A letra "c" viola o art. 136, § 4.0 , que estabelece o controle político também na hipótese de prorrogação. A letra "e" está errada por se tratar de mérito administrativo (com as observações feitas na parte teórica, cf. item 13.2.3}. 24. "e". 25. "certo", cf. item 13.7.9. r. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTA IS • 14.1. LOCALIZAÇÃO A CF/88, em seu Título II, classifica o gêne ro direi tos e gara ntias fund amen tais em importantes grupos, a saber: 0 GJ 13 EJ O direitos e deveres individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; partidos políticos. Iniciamos o estudo pelos direi tos e deve res indiv iduai s e coletivos, lembrando, desde já, como manifestou o STF, corroboran do a doutrina mais atualizada, que os direitos e deveres individuais e coletivos não se restringem ao art. 5.0 da CF/88, podendo ser encontrados ao longo do texto const itucional,! expressos ou decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Cons tituição, ou, ainda, decorrentes dos tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte. • 14.2 . EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAM ENTAIS ("GERAÇÕES" OU "DIMENSÕES" DE DIREITOS) GERAÇÕES/DIMENSÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS , 1.• Dimensã~ S.• Dimensão ~ 1 2.• Dimensão 3." Dimensão ~ 4.• Dimensão O relator, Ministro Sydney Sanc hes- medida cautel ar, RTJ 150/68 -, no julgamento da ADI 939-7/ DF, entendeu tratar-se de cláusula pétrea a garan tia constitucional prevista no art. 150, III, "b", declarando que a EC n. 3/93, ao pretender subtraí-la da esfera protetiva dos destinatários da norma , estaria ferindo o limite material previsto no art. 60, § 4.•, IV, da CF/88. 1142 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza em geDentre vários critérios, costuma-se classificar os direitos fundamentais direidos sões" rações de direitos , ou, como prefere a doutrina mais atual, "dimen conas aria abandon não tos fundamentais, por entender que uma nova "dimensão" a adequad mais ia mostrar se quistas da "dimensão" anterior e, assim, esta expressão no sentido de proibição de evolução reacionária. -liber Em um primeiro momento, partindo dos lemas da Revolução Francesa o dimensã 3." e 2." 1:, de dade, igualda de e fraterni dade, anunciavam-se os direitos o. dimensã 5." e 4." e que iriam evoluir segundo a doutrina para uma Direitos fundam entais da 1.a dimens ão autoOs direitos human os da t.• dimens ão marcam a passagem de um Estado individes liberda às respeito o , contexto ritário para um Estado de Direito e, nesse duais, em uma verdadeira perspectiva de absenteísmo estatal. ições esSeu reconhecimento surge com maior evidência nas primeiras Constitu do urguês liberal-b ento pensam do frutos critas, e podem ser caracterizados como ' século XVIII. s, ou Tais direitos dizem respeito às liberdad es pública s e aos direitos político e. liberdad valor o seja, direitos civis e políticos a traduzir de liberConforme anota Bonavides, "os direitos de primeira geração ou direitos faculcomo -se traduzem Estado, ao dades têm por titular o indivíduo, são oponíveis camais traço seu é que idade subjetiv uma dades ou atributos da pessoa e ostentam ? Estado' o perante o oposiçã de ou cia resistên racterístico; enfim, são direitos de cia emergên e ração configu a Alguns documentos históricos são marcantes para XVIII XVII, (séculos geração 1." de s do que os autores chamam de direitos humano e XIX), destacando-se: :;, acesso em 1.0 .01.2015). (Cf., ainda, do mesmo autor, Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: Temas de direito constitucional, t. 111, p. 79-130, esp. 105-106). Daniel Sarmento, op. cit., p. 262. Op. cit., p. 262. 1170 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza analisado no caso concreto, como se observou, para se ter um exemplo, no julgamento da ADPF 130 (não recepção da lei de imprensa).42 Ainda, outra orientação importante sobre o tema é a de que eventual restrição prévia à liberdade de expressão somente seria admitida por meio de decisão judicial e "em hipóteses absolutamente excepcionais ... em favor da tutela de direitos ou outros bens jurídicos contrapostos". 43 No tocante à limitação legislativa prévia à liberdade de expressão, muito embora o voto condutor proferido pelo Min. Ayres Britto no julgamento da ADPF 130, negando-a, em outro julgado, que entendeu como inconstitucional a exigência do diploma de jornalismo para o exercício da profissão, estabeleceu o Min. Gilmar Mendes, no item 6 da ementa do acórdão: "as liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente podem ser restringidas pela lei em hipóteses excepcionais, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral. Precedente do STF: ADPF n. 130, Rel. Min. Carlos Britto" (RE 511.961, j. 17.06.2009), Essa limitação, conforme sustenta SÇ~rmento, deve se dar "de forma geral e. abstráta, desde que respeitados os. 'limites dos limites' dos direitos fundamentais, notadamente o princípio da proporcionalidade". 44 Nessa mesma linha sugerida por Sarmento, Ingo Sarlet estabelece: "doutrina e jurisprudência, notadamente o STF, embora adotem a tese da posição preferencial da liberdade de expressão, admitem não se tratar de direito absolutamente infenso a limites e restrições, desde que eventual restrição tenha caráter excepcional, seja promovida por lei e/ou decisão judicial (visto que vedada toda e qualquer censura administrativa) e tenha por fundamento a salvaguarda da dignidade da pessoa humana (que aqui opera simultaneamente como limite e limite aos limites de direitos fundamentais) e de direitos e bens jurídicos-constitucion ais individuais e coletivos fundamentais, observados os critérios da proporcionalidade e da preservação do núcleo essencial dos direitos em conflito". 45 Essa perspectiva em relação à liberdade de expressão, para se ter um exemplo, verifica-se no art. 1946 da Lei n. 12.965/2014 (conhecida como "marco civil da internet") que assegurou a liberdade de expressão na rede mundial de computadores, salvo 42 43 44 45 46 Op. cit., p. 257. Daniel Sarmento, comentário ao art. 5.", IV, in: J. J. Gomes Canotilho, Gil mar F. Mendes, lngo W. Salet e Lenio L. Streck, Comentários à Constituição do Brasil, p. 257. Idem. Ingo W. Sarlet, Curso de direito constitucional, 2. ed., p. 470. Art. 19, caput, da Lei n. 12.965/2014: "Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário". 14 l'll Direitos e Garantias Fundamentai s 1171 ordem judicial específica, com exceção apenas aos conteúdo de nudez ou de atos sexuais de caráter privado (art. 21). 47 '"' 14.10.5.2. Ainda a problemática do "hate speech" (discursos de incitação ao ódio). Liberdade de expressão e a prática do crime de racismo: precedente histórico na jurisprudência do STF- HC 82.424. A liberdade de expressão não é um direito fundament al absoluto Conforme vimos, muito embora a "posição de preferência" que pode ser reconhecida na doutrina e jurisprudência em relação à liberdade de expressão, esse direito fundamental não é absoluto. Em caso concreto, discutia-se a prática ou não de crime de racismo cometido por escritor e editor de livros por suposta discriminação contra os judeus (art. 5.0 , XLII) ao pregar ideias amissemitas, preconceituosas e discriminatórias. Absolvido em primeira instância, a 3.• Câmara Criminal do TJRS, por unanimidade, reformou a sentença e o condenou. Impetrado HC no STJ, a ordem foi denegada. Houve nova impetração de habeas cotpus no STF, ora análise (HC 82.424). O STF, por 8 x 3, em julgamento finalizado em 17.09.2003, manteve a condenação imposta pelo TJ~S por crime de racismo, flexibilizando a amplitude da liberdade de expressão. E1:1 razão da importância do tema (o Min. Marco Aurélio, que ficou vencido e defendeu a tese da liberdade de expressão, definiu o julgamento como um dos mais importante s da Corte desde a sua chegada há 13 anos), pedimos vênia para transcrever a e:menta: em "L Escrever, edita~, divulgar e comerciar livros 'fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias' contra a comunidade judaica (Lei n. 7.716/89, art. 20, na redação dada pela Lei n. 8.081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilid~de (CF, art. 5. XLII). (...). 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando ideias antissemitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocaust:D, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalere ia incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequênci.c.s históricas dos atos em que se baseiam. (...). 15. (...). Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por

exclusão, pela lei, da apreciação de lesão a direito pelo Poder Judiciário, que não é o caso do juízo arbitral. O que se exclui pelo compromisso arbitral é o acesso à via judicial, mas não à jurisdição. Não se poderá ir à justiça estatal, mas a lide será resolvida pela justiça arbitral. Em ambas há, por óbvio, a atividade jurisdicional" 80 . Lembr ar que a arbitragem não é obrigatória, mas faculta tiva (fica a cargo das partes escolher quem deve solucionar a lide -juiz estatal ou privado), e, mesmo havendo a sua escolha, o art. 32 da Lei n. 9.307/96 admite seja declarada a nulidade da sentença arbitral por decisão do Judiciário nos casos previstos na lei. @I 80 Nelson Nery Junior, Princípios do processo civil na Constitu ição Federal, p. 80. 14 l:l Direitos e Garantias Fundamentais WJ 14.10.22. 1201 Limites à retroatividade da lei (art. 5.0 , XXXVI) Como regra, conferindo estabilidade às relações jurídicas, o constituinte originário dispôs que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. 81 O art. 6.0 da LINDE - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657/42) assim define os institutos: fill1 direito adquirido: direito que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aquele cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem; 11!1 ato jurídico perfeito: ato já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou; ~ coisa julgada: decisão judicial de que não caiba mais recurso. No tocante ao direito adquirido, como já comentamos ao tratar da teoria do poder constituinte, não se poderá alegá-lo em face da manifestação do poder constituinte.originário, uma vez que este é incondicionado e ilimitado juridicamente. No entanto, em se tratando de manifestação do poder constituinte derivado reformador, em virtude do limite material da cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4.0 , IV, entendemos que os direitos adquiridos deverão ser preservados. 82 Não se pode confundir "direito adquirido" com mera "expectativa de direito". Celso de Mello fala, de maneira interessante, em "ciclos de formação": "a questão pertinente ao reconhecimento, ou não, da consolidação de situações jurídicas definitivas há de ser examinada em face dos ciclos de formação a que esteja eventualmente sujeito o processo de aquisição de determinado direito. Isso significa que a superveniência de ato legislativo, em tempo oportuno - vále dizer, enquanto ainda não concluído o ciclo de formação e constituição do direito vindicado - constitui fator capaz de impedir que se complete, legitimamente, o próprio processo de aquisição do direito (RTJ 134/1112 - RTJ 153/82 - RTJ 155/621 - RTJ 162/442, v.g.), inviabilizando, desse modo, 81 82 "O respeito ao direito adquirido, com a consequente proibição da retroatividade da norma legal, é um verdadeiro instrumento de paz social, impeditivo do arbítrio e do abuso de poder por parte do detentor deste" (Carlyle Popp, A retroatividade das normas constitucionais e os efeitos da Constituição Federal sobre os direitos adquiridos. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 29, n. 113, p. 88, jan./mar. 1992). "Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título" (art. 17, caput, do ADCT). Assim, entendemos que a Reforma da Previdência feriu o direito adquirido ao estabelecer contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas e ao mudar as regras de transição de aposentadoria dos ocupantes de cargos efetivos que entraram no serviço público até 16.12.1998. No entanto, o STF, por 7 votos a 4, considerou constitucional a cobrança de inativos e pensionistas instituída no art. 4." da EC n. 41/2003, mas desde que incidente somente sobre a parcela dos proventos e pensões que exceder o teto estabelecido no art. 5." da EC n. 4112003 (cf. lnf 357/STF). 1202 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza ante a existência de mera 'spes juris', a possibilidade de útil invocação da cláusula pertinente ao direito adquirido" (RE 322.348-Ag R/SC, Rei. Min. Celso de Mello). Nesse sentido, em várias oportunidades, consolidou-se a jurisprudência do STF pela inexistência de direito adquirido a regime jurídico instituído por lei para os funcionários públicos (ADI 255/DF, Rei. Min. Ellen Gracic, DJ de 02.05.2003; RE 368.715/ MS - AgRg, Rei. Min. Ellen Gracie, DJ de 22.08.2003; RE 340.896/SC, Moreira Alves, DJ de 19.12.2002; RE 346.655/PR, Rei. Min. Moreira Alves, DJ de 08.11.2002). O STF entendeu perfeitamente possível que a lei traga novas regras e preserve a mera expectativa de direito em benefício de cidadãos, por exemplo, o parágrafo único do art. 1.0 da Lei estadual n. 200174 (SP), que, ao revogar a legislação que concedia benefício de complementação de aposentadoria, ressalvou os direitos dos empregados admitidos até a data de sua vigência. Nesse sentido, a S. 654/STF: "a garantia da 0 irretroatividade da lei, prevista no art. 5. , XXXVI, da Constituição da República, tenha editado". a que não é invocável pela entidade estatal Lembramos, ainda, no tocante ao direito penal, do princípio da retroatividade 0 , da lei mais benéfica, previsto no art. 5. , XL, da CF. Vinculante 1: "ofenSúmula a destacamos perfeito, No que tange ao ato jurídico sem ponderar as que, decisã_o a perfeito jurídico ato do al constitucion garantia de a circunstânc ias do caso concreto, desconsidera a validez e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar n. 110/2001" (30.05.2007). Assim, os acordos feitos com base na LC n. 110/2001 estão mantidos (tendo em vista o princípio constitucional do ato jurídico perfeito), não se podendo presumir, para todos os casos, aplicando-se regra em abstrato, que tenha havido vício de consentimento em algum dos elementos formadores da vontade do trabalhador comum 83 ao assinar o acordo com a CEF em relação aos expurgos inflacionários do FGTS. Finalmente (cf. item 6.7.J.l7.4.2), analisando o instituto da coisa julgada, em situação excepciona líssima, o STF afastou a alegação de segurança jurídica (coisa julgada) para fazer valer o direito fundamental de que toda pessoa tem de conhecer as suas origens (princípio da busca da identidade genética), especialmente se, à época da decisão que se procura rescindir, não se pôde fazer o exame de DNA. A decisão foi tomada, em 02.06.2011, por 7 x 2, no julgamento do RE 363.889, concedendo à recorrente o direito de, depois de mais de 10 anos, voltar a pleitear, perante o suposto pai, a realização do exame de DNA, tendo em vista que, na primeira decisão, muito embora beneficiária da assistência judiciária, a recorrente não podia arcar com as custas para a sua realização. 83 0 A LC n. 110/2001, em seu art. 4. , autoriza, em caso de adesão facultativa do trabalhador ao termo de adesão (acordo) firmado com a CEF, o crédito, nas contas vinculadas do FGTS, do percentual de 0 16,64% equivalente ao período de 1. .12.1988 a 28.02.1989 e do percentual de 44,80% equivalente ao contudo, há várias decisões judiciais que fixaram para janeigeral, modo De mês de abril/1990. ro/1989 o percentual de 42,72%. Assim, o objetivo dos trabalhadores era conseguir a diferença entre o percentual do acordo (administrativo) e o que vem sendo fixado por quem fez a opção pela via judicial (cf. Enunciado 11. 21 das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais). Entretanto, como visto, sem a análise do caso concreto, não se pode simplesmente desconsiderar o acordo, sob pena de violar, entre outros, o princípio do ato jurídico perfeito. Sobre o assunto, vide lnf 381/STF. 14 lll Direitos e Garantias Fundamentais 1203 llll 14.10.23. Princípio do promotor natural (art. 5.0 , Llll) Já foi visto neste estudo que o acusado tem o direito e a garantia constitucional de somente ser processado por um órgão independente do Estado, vedando-se, por consequência, a designação arbitrária, inclusive, de promotores ad hoc ou por encomenda (art. 5.0 , LIII, e art. 129, I, c/c o art. 129, § 2.0). O STF aceitou a ideia de promotor natural no julgamento do HC 67.759 (leading case). Para aprofundamento, remetemos o nosso querido leitor para o item 12.2.6 da presente obra. m14.10.24. Princípio do juiz natural ou legal {art. 5. 0 , XXXVII e Llll) A Constituição estabelece que não haverá juízo ou tribunal de exceção, não podendo ninguém ser processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. Segundo a doutrina, "o conteúdo jurídico do princípio pode ser resumido na inarredável necessidade de predeterminação do juízo competente, quer para o processo, quer para o julgamento, proibindo-se qualquer forma de designação de tribunais para casos determinados. Na verdade, o princípio em estudo é um desdobra· mento da regra da igualdade. Nesse sentido Pontes de Miranda aponta que a 'proibição dos tribunais de exceção representa, no direito constitucional contemporâneo, garantia consti:ucional: é direito ao juízo legal comum', indicando vedação à discriminação de pessoas ou casos para efeito de submissão a juízo ou tribunal que não o recorrente por todos os indivíduos". 84 Nery, em interessante estudo, caracteriza a garantia do juiz natural como tridimensional: lill "não haverá juízo ou tribunal ad hoc, isto é, tribunal de exceção; liill todos têm o direito de submeter-se a julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na forma da lei; 11 o juiz competente tem de ser imparcial". 85 Assim, o que se veda é a designação ou criação, por deliberação legislativa ou outra, de tribunal (de exceção) para julgar, através de processo (civil, penal ou administrativo), determinado caso, tenha ele já ocorrido ou não, irrelevante a já existência de tribunal, 86 não abrangendo na aludida proibição a Justiça especializada, nem tampouco tribunais de ética, como o da OAB, cujas decisões administrativas (disciplinares) poderão ser revistas pelo Judiciário. Acrescentamos, ainda, que a prerrogativa de foro não afronta o princípio do juiz natural ou legal (gesetzlicher Richter). No mesmo sentido, nas hipóteses de competência 84 L. A. D. Araujo e V. Serrano Nunes Júnior, Curso de direito constitucional, 2002, p. 141. "' Nelson Nery Junior, Princípios do processo civil na Constituição Federal, 7. ed., p. 66-67. 86 Nelson Nery Junior, Princípios do processo civil na Constituição Federal, 61. p: 1204 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza relativa, por convenção das partes e dentro dos limites legai~, não há nenhum a vedação em relação aos foros de eleição. Conforme vimos (item 14.1C..21), também não se caracteriza nenhuma violação ao princípio do juiz natural a insticição do juízo arbitral . Outro ponto bastante polêmico, especialmente depois de terem sido fixadas metas de julgamento em razão da Reforma do Judiciário, tem ~ido a convoca ção de juízes de primeiro grau para atuar em Tribunal. A argumentação de afronta ao princíp io do juiz natural é bem razoável e consistente (cf. arts. 93, III, 94 e 98, 1), mas o STF, diante da ideia de efetividda de e celeridade process ual (art. 5.0 , LXXVIII), nessa ponderação de valores, vem fazendo prestigiar a agilidade, até porque, segundo analisado, as convocações estão sendo feitas com base em lei (cf. item 11.9 e 1nf 581/ST F- HC 96.821, Rei. Min. Lewandowski, j. 08.04.20 10, Plenário, DJE de 25.06.2010). Com o justo objetivo de garantir a segurança dos magistrados, resta alertar sobre a inconveniência e inconstitucionalidade de adoção da figura do "juiz se~ rosto", motivada, à época da discussão, pela onda de violência e assassinatos de juízes das execuções criminais de São Paulo e Espírito Santo, defendendo a omissão dos nomes dos juízes durante a tramitação do processo e na sentença. Com todo o respeito, a figura do '~uiz sem rosto" implica inconteste afronta à garantia do juiz natural, direito fundamental consagrado n.J Estado Democr ático de Direito P Por fim, destacamos a importante novidade introduzida pela EC n. 45/2004 ao estabelecer que "o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internac ional a cuja criação tenha manifestado adesão" (art. 5.0 , § 4.0). A nova regra, sem dúvida, surge em total consonância e em fortalecimento ao princíp io do juiz natural . Consoante assinalou Luiz Flávio Gomes, "o TPI terá uma grande vantagem em relação aos atuais Tribunais (ad hoc) criados pelo Conselho de Seguran ça da ONU, que é constituído de quinze membros (15 países, dos 189 que a integram). Terá legitimidade, força moral e poder jurídico, o que não ocorre h:Jje com os Tribunais em funcionamento que estão julgando os crimes ocorridos na antiga Iugosláv ia, Ruanda etc. Esses Tribunais satisfazem o senso de justiça, sinalizam oposição clara às arbitrariedades e atrocidades cometidas em praticamente todo o planeta, porém, não são Cortes predeterminadas em lei nem constituídas previamente (viola-se , assim, o princípio do juiz natural). A criação do TPI, dessa forma, significa respeito à garantia do princípio do juiz natural, que possui duas dimensões: a) ~uiz previam ente previsto 87 Conforme lembra Alexandre de Moraes, em audiência com o Ministro M1rco Aurélio do STF, "... há uma decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos entendendo a medJ:Ia como inconstitucional quando foi adotada pelo governo do Peru. E a ideia não é possível porque não identifica a pessoa ou o órgão julgador". Renato Nalini, presente à referida audiência, também se mostrou contra a técnica do '~uiz sem rosto". "A ideia, segundo Nalini, não é compatível com nada do que o direito brasileiro produziu até o momento. 'Temos é que equipar o Estado e tranquilizar o juiz para que de continue a decidir de acordo com a Lei, a Constituição e a sua consciência"' (Notícias STF, 19.03.200::., in). 14 1!1 Direitos e Garantias Fundamentais 1205 em lei ou Constituição Uuiz competente); b) proibição de juízos ou tribunais de exceção, isto é, ad hoc (cfr. CF, art. 5.0 , XXXVII e LIII)". 88 liii 14.10.25. Tribunal Penal Internacional- "TPI" (art. 5. 0 , § 4. 0 - EC n. 45/2004) Como acabamos de assinalar, a Reforma do Judiciário estabeleceu a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. 89 Já dispunha o art. 7. do ADCT da CF/88 que o Brasil lutaria em defesa da formação de um tribunal internacional dos direitos humanos. O Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, foi aprovado em 17.07.1998. O Brasil assinou o aludido estatuto em 07.02.2000 e o Congresso Nacional o aprovou, por meio do Decreto Legislativo n. 112, em 06.06.2002, promulgado, em 26.09.2002, pelo Decreto presidencial n. 4.388. A carta de ratificação fora depositada em 20.06.2002, entrando em vigor em 1.0 .07.2002. Para o Brasil, internacionalmente (art. 126), passou a vigorar em 1.0 de setembro de 2002. O "TPI" será. uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional (fixados nos termos do Estatuto), e será complementar às jurisdições penais nacionais (art. 1.0 do Estatuto). Consagra-se, dessa forma, o princípio da complementaridade, preservando-se o sistema jurídico interno, na medida em que o "TPI" só exercerá jurisdição em caso de incapacidade ou omissão dos Estados. Em respeito à soberania nacional (art. 1.0 , I), há sérias dúvidas sobre a aplicação, por exemplo, do art. 77, 1, "b", do Estatuto, que prevê a prisão perpétua, em contraposição ao art. 5.0 , XLVII, "b~', da CF/88. Se nem mesmo por emenda constitucional se poderia instituir a pena de caráter perpétuo (art. 60, § 4.0 , IV), o que dizer por tratado sobre direitos humanos que terá, no máximo, a teor do art. 5.0 , § 3.0 , equivalência às emendas se aprovado, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros?90 0 88 89 90 Luiz Flávio Gomes, Está nascendo o primeiro Tribunal Penal Internacional, Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002, disponível em: , acesso em: 2 fev. 2005. Para uma profunda crítica, inclusive em relação à inconstitucionalidade da EC n. 45/2004 nesse ponto, cf.: Dimitri Dimoulis, O art. s.•, § 4.•, da Constituição Federal: dois retrocessos políticos e um fracasso normativo, in André Ramos Tavares, Pedro Lenza, Pietro de Jesús Lora Alarcón (coord.), Reforma do Judiciário, p. 107. Cf. o site do "TPI": . Pelo afastamento da prisão perpétua, cf. Fábio Ramazzini Bechara, Tribunal Penal Internacional e o princípio da complementaridade, São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, dez. 2003, disponível em: . Sobre a relativa aceitação de outros tribunais internacionais (que não de natureza criminal), na medida em que, pela EC n. 45/2004, haveria "... a presunção de que a submissão à jurisdição a qualquer Corte judiciária internacional tenha que necessariamente decorrer de disposição da Constituição...", como expresso no art s.•, § 4.•, cf. Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari, Tratados internacionais na Emenda Constitucional n. 45, in André Ramos Tavares, Pedro Lenza, Pietro de Jesús Lora Alarcón (coord.), Reforma do Judiciário, p. 83. 1206 Direito Constitucional Esquematizado® Pedro Lenza Outros vários pontos polêmicos precisam ser resolvidos pelo STF, como a previsão de reexame de questões já decididas pelo TPI (art. 17 do Estatuto de Roma), em afronta à coisa julgada, direito fundamental previsto na CF/88. Outrossim, a distinção que deve ser feita entre extradição e entrega (surrender) ao TPI. Em nosso entender, existiram, basicamente, 3 jurisdições: a) a brasileira, cujos órgãos estão previstos no art. 92; b) a do TPI em relação à qual o Brasil a ela se submete; e c) a de Tribunais estrangeiros, cujas decisões deverão passar por um processo de homologação da sentença, já que estrangeira, e concessão de exequatur às cartas rogatórias. Esse processo de homologação não deverá ser observado em relação às decisões do TPI, porque o Brasil a elas se submete. Ainda, a entrega de brasileiro ou estrangeiro para o TPI não seguirá o mesmo procedimento da extradição, pois a entrega será para julgamento em Tribunal a cuja jurisdição o Brasil se submete. Contudo, alguns limites deverão existir, como a questão da comutação da pena, não se admitindo, por exemplo, a prisão perpétua etc., tema a ser_resolvido pelo STF na Pet. 4.625, interposta pelo TPI em 16.07.2009, e que requer a eventual prisão e entrega do Presidente do Sudão, caso ele entre no território-brasileiro, acusado de ter 91 cometido crimes contra a humanidade e de guerra. De acordo com o art. r do Estatuto, o Tribunal tem sede em Haia, Países Baixos ("o Estado anfitrião"), podendo funcionar em outro local sempre que se entender conveniente e nos termos do Estatuto. O art. 86 consagra o princípio da cooperação na medida em que os Estados-partes deverão cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da competência deste. Por fim, cabe destacar que a competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves que afetem a comunidade internacional no seu conjunto. O art. 5. do Estatuto estabelece que o Tribunal terá competência para julgar os 0 seguintes crimes: li! de genocídio; liB contra a humanidade; 1m de guerra; llD de agressão. O tema deverá ser aprofundado em compêndios de direitos humanos e em obras de direito penal e processual penal, imaginando os questionamentos nos concursos estarem mais nessas áreas do que na constitucional! 91 Leia a interessante íntegra do voto do Min. Celso de Mello em Notícias STF, 30.07.2009. 14 1!1 Direitos e Garantias Fundamentais ll 14.10.26. 1207 Federalização dos crimes contra direitos humanos (art. 109, V-A e s.• - EC n. 45/2004) - Incidente de deslocamento de competência -IDC § Como sabemos, a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil (art. t•, III), que, em suas relações internacionais, rege-se, dentre outros, pelos princípios da prevalência dos direitos humanos, do repúdio ao terrorismo e ao racismo e pela cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4.0 , li, VIII e IX). Os direitos da pessoa humana, nos termos do art. 34, VII, "b", foram erigidos a princípios sensh·eis, a ensejar até mesmo a intervenção federal nos Estados que os estiverem violando. Outrossim, nos termos do art. 21, I, a União é que se responsabiliza, em nome da República Federativa do Brasil, pelas regras e preceitos fixados nos tratados internacionais. Assim, na hipótese de descumprimento e afronta a direitos humanos no território brasileiro, a única e exclusiva responsável, no plano internacional, será a União, não podendo invocar a cláusula federativa, nem mesmo "lavar as mãos" dizendo ser problema do Estado ou do Município. Isso não é aceito no âmbito internacional. Acontece que, na maioria dos casos, antes da Reforma do Judiciário, a União não tinha competência para apurar, processar e julgar tais crimes. Essa problemática foi muito bem apontada pela Associação Nacional dos Procuradores da República- ANPR, que apresentou importantes sugestões aos membros da Comissão de Reforma, após avaliar o relatório do Deputado Aloysio Nunes Ferreira. Conforme sugerido pelaANPR, " ... é a União, na qualidade de ente federado com personalidade jurídica na esfera internacional, que tem o poder de contrair obrigações jurídicas internacionais em matéria de direitos humanos, mediante a ratificação de tratados. Consequentemente, a sistemática de monitoramento e fiscalização de tais obrigações recai na pessoa jurídica da União. Deste modo, por coerência, há de caber à União a responsabilidade para apurar, processar e julgar casos de violação de direitos humanos, uma vez que, por comandos internacionais, obrigou-se a fazer valerem tais direitos em todo o território nacional. Daí a imperiosidade de se atribuir à Justiça Federal competência para o julgamento das violações mais sérias aos direitos humanos". 92 Adequando o funcionamento do Judiciário brasileiro ao sistema de proteção internacional dos direitos humanos, a EC n. 45/2004 fez a seguinte previsão: "Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: (...) V-A- as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § s.• deste artigo; (...) 92 Boletim dos Procuradores da República, n. 14,jun. 1999, in . 1208 Direito Constitucional_Esquematizado® Pedro Lenza § 5.0 Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurad or-Geral da República, com a finalidade de assegura r o cumprim ento de obrigações decorren tes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal" (original sem grifos). Segundo o STJ (na decisão proferida no IDC 2), o deslocamento da competência do juízo estadual para o federal vai depender do preenchimento dos seguintes pressupo stos: O existência de grave violação a direitos humanos; lEI risco de responsabilização internacional decorrente do descumprimento de obrigações jurídicas assumidas em tratados internacionais; El incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas. Ainda, conforme ficou anotado na ementa do acórdão do IDC 5, "o incidente de deslocamento de. competência não pode ter o caráter de prima ratio, de primeira providência a ser tomada em relação a um fato (por mais grave que seja). Deve ser utilizado em situaçõe s excepcio nalíssim as, em que efetivamente demonstrada a sua necessidade e a sua imprescindibilidade, ante provas que revelem descaso, desinteresse, ausência de vontade política, falta de condições pessoais elou materiais das instituições - ou de uma ou outra delas - responsáveis por investigar, processa re punir os responsáveis pela grave violação a direito humano, em levar a cabo a responsabilização dos envolvidos na conduta criminosa, até para não se esvaziar a competência da Justiça Estadual e in viabilizar o funcionamento da Justiça Federal". Dessa forma, a fixação da competência da Justiça Federal parece-nos muito bem-vinda e acertada. O grande problema está no procedimento de deslocamento de competência da Justiça Estadual (ou Distrital) para a Federal. Perceba-se que isso acontecerá somente se o PGR, e exclusivamente ele, consegui r demonstrar que no âmbito Estadual ou Distrital está havendo descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte e, por consequência, grave violação de direitos humanos. Mas o que é grave violação de direitos humanos? E mais, sabendo que se trata de incidente de deslocamento de competência, nitidamente será fixado o Tribunal após a ocorrência do fato, em desrespeito ao princípio do juiz natural, já estudado (art. 5.0 , XXXVII e LIII). Nesse sentido, uma outra redação, vaga e indeterminada, ainda em tramitaçã o na Câmara (que pode ser aqui aproveitada), já tinha sido objeto de críticas do Deputado Jarbas Lima: "a norma proposta rompe, nesse passo, com a melhor tradição democrática de nossas cartas constitucionais, cria insegurança jurídica e, o que é mais grave, consagra juízos de exceção na medida em que atribui a determinada autoridade ou órgão, de forma discricionária, a escolha do juízo ou tribunal para, caso a caso, julgar um ou mais processos dados".93 93 Trata-se de proposta original do Executivo que, como se sabe, foi modificada por meio do Substitutivo do Deputado Aloysio Nunes, que deu a redação final que ora se critica. O texto modificado 14 r:J Direitos e Garantias Fundamentais 1209 No Relatório já citado, a ANPR assim se manifestou: "tal indeterminação de critérios para o deslocamento de competência, e, no mínimo, as candentes dúvidas quanto à constitucionalidade da proposta (à luz dos ines. XXXVII e LIII do art. 5.0 , CF, c/c o art. 60, § 4.0 , IV) trazem a probabilidade de que, se aprovada tal proposta, a CF será, no tocante a essa matéria, alterada inocuamente, perdendo-se uma oportunidade ímpar de o Brasil adotar uma solução mais efetiva para o gravíssimo quadro de desrespeito sistemático aos direitos humanos".94 Em referido relatório, levando em consideração as diversas convenções sobre direitos humanos de que o País já é parte, destacando, ainda, o reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos,95 a aludida Associação chegou a propor uma nova redação, definindo, previamente, o que entenderia por hipóteses de grave violação de direitos humanos e, também, permitindo que a lei ordinária, no futuro, em face de novas convenções que viessem a ser celebradas, estabelecesse outras hipóteses de crimes contra direitos humanos. Haveria, dessa forma, total respeito ao juiz natural. Apenas para exemplificar, o que poderá servir de nor~e para a interpretação dos estudiosos, foram considerados, pela ANPR, crimes contra direitos humanos os seguintes delitos: rn tortura; homicídio doloso praticado por agente de quaisquer dos entes federados no exercício de suas funções ou por grupo de extermínio; rnJ crimes praticados contra as comunidades indígenas ou seus integrantes; mhomicídio doloso, quando motivado por preconceito de origem, raça, sexo, opção sexual, cor, religião" opinião política, idade ou quaisquer outras formas de discriminação, ou quando decorrente de conflitos fundiários de natureza coletiva; @I 94 95 acrescentava dois incisos ao art. 109, nos seguintes termos: "Art. 109. (...)XII- os crimes praticados em detrimento de bens ou interesses sob a tutela de órgão federal de proteção dos direitos humanos; XIII- as causas civis ou criminais nas quais órgão federal de proteção dos direitos humanos ou o Procurador-Geral da República manifeste interesse". Boletim dos Procuradores da República, n. 14, jun. 1999, in . Pelo Decreto n. 678/92, foi promulgada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. O Congresso Nacional, por seu turno, aprovou, pelo Decreto-lei n. 89/98, solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção, de acordo com o previsto no art. 62 daquele instrumento. A Declaração de aceitação da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi depositada junto à Secretaria-Geral da OEA em 10 de dezembro de 1998. Por tudo isso, o Decreto presidencial n. 4.463/2002, nos termos de seu art. r.•, reconheceu como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998. 121 O Direito Constitu cional Esquematizado® Pedro Lenza s e adolesli! uso, intermediação e exploração de trabalho escravo ou de criança ionais. centes, em quaisquer das formas previstas em tratados internac cionaliTirando todos esses detalhes e desde que o STF não conteste a constitu termos: s seguinte nos n Piovesa com ente dade da nova regra, concordamos inteiram restará , omissas ou falhas em-se mostrar ões "para os Estados, ao revés, cujas instituiç o que: federal, esfera a para ência compet de mento configurada a hipótese de desloca a) assegu rará maior proteçã o à vítima; futub) estimu lará melhor funcion amento das institui ções locais em casos ros; c) gerará a expectativa de respost a efetiva das institui ções federais; ou omisd) se ambas as instituições - estadua l/feder al- mostrarem-se falhas possibia com , contudo laciona sas, daí, sim, será acionável a esfera intern esgotan , conflito ao er respond de União lidade de, ao menos, dar-se a chance à e abilidad respons a a ensejari que (o Estado do a do-se a responsabilidade primári a posição subsidiária da comunidade internacional). Isto equaéionará, ademais, direitos de matéria em ional internac e abilidad respons de contexto da União no humanos".96 ntos dos Finalmente, informamos (até o fechamento desta edição), os julgame o): (acolhid 5 e parte) IDCs ns. 1 (negado), 2 (acolhido), 3 (acolhido em nar que IE IDC 1/PA - assassi nato de Doroth y Stang: superando a prelimi pedido o u indeferi ... " STJ do discutia a constitucionalidade da nova regra, a 3." Seção oe process do Federal Justiça a para no incidente de deslocamento de competência em ocorrido Stang, Dorothy Irmã a religios da julgamento do crime de assassinato vinão presunç ada equivoc a ante ria avocató a el descabív Anapu-PA, por considerar da seguculada, mormente pela mídia, de haver, por parte dos órgãos institucionais acima citados, acrescentando que 'o tema está a merecer reflexão por esta Corte, sob o ponto de vista da proibição de excessos decorrentes da atividad e normativa do Estado"' (Notícias STF, 05.10.2009). ° Cf., no item 21.4.2, aprofundamento destacando o entendimento do STF no sentido de ter o novo 10 ordenamento recepcionado a Lei n. 6.683/79, a chamada "Lei de Anistia" (ADPF 153, Rei. Min. Eros Grau, j. 29.04.2010, Plenário, DJE de 06.08.2010). 14 c Direitos e Garantias Fundamentais 1217 Cada vez mais vinha sendo observada uma mudança de entendimento por parte do STF, podendo ser referido, por exemplo, voto do Min. Dias Toffoli nos HCs 92.687 e 100.949, em 03.12.2010. Essa tendência veio a ser confirmada, por 7 x 3, pelo Plenário do STF, no julgamento do HC 104.339, afetado à 2." Thrma, tendo sido declarada a inconstitucionalidade da proibição de concessão de liberdade provisória contida no art. 44 da Lei de Drogas (Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10.05.2012, DJE de 06.12.2012). O fato de serem crimes inafiançáveis não impede a liberdade provisória em razão de outros preceitos em ponderação, quais sejam, como já citado, os princípios da dignidade da pessoa humana (art. L0 , 111), da presunção de inocência (art. 5.0 , LVII) e do devido processo legal (art. 5.0 , LIV). Dessa forma, por ter sido a decisão proferida em controle difuso, afetado ao Plenário, o Tribunal deliberou autorizar os Senhores Ministros a decidirem monocraticamente os habeas corpus quando o único fundamento da impetração for o art. 44 da mencionada lei, nos termos do voto do Relator. mcrime inafiançável e imprescritível: ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucimil e o Estado Democrático. li!l 14.10.28.3. Regras constitucionais sobre as penas (art. 5. 0, XLV a XLVIII) El!l a pena é personalíssima: nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens, nos termos da lei, ser estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; lill tipos de pena: a lei r~gulará 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; Cumpre observar que o STF, consolidando o entendimento fixado no HC 82.959, ou seja, pela observância ao princípio da individualização da pena (art. 5.0 , XLVI), editou, em 16.12.2009, com efeito erga omnes e vinculante, a SV 26/2009 (DJE de 23.12.2009), que tem o seguinte teor: "para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2.0 da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico" (cf. item 6.6.5.1). Outro tema que pode vir a ser sumulado, em razão da importância, é a discussão sobre a possibilidade ou não de conversão de pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos na hipótese de tráfico de drogas. O art. 44 da Lei n. 11.34312006 (nova Lei de Drogas) prescreve que, em relação aos crimes previstos nos arts. 33, caput, e § L0 , e 34 a 37, está vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Essa proibição consta, também, no art. 33, § 4.0 , da referida lei. Pedro Lenza 1218 Direito Constit ucional Esquematizado® 4, declarou, inciContudo, em interessante julgamento, o Pleno do STF, por 6 x difuso), inconse control do dentalmente (já que se tratava de caso concreto e, assim, 010), elen15.12.2 de DJE 0, titucional a referida proibição (HC 97.256, j. 1. .09.201 pena. da ão ualizaç individ cando, dentre outros argumentos, o princíp io da internacionais, Ainda, observou que "... no plano dos tratados e convenções diferenciado nto tratame do aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferi ial ofenpotenc menor seu pelo rize ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracte eramenencarc ao tivas alterna litar sivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibi Subsde e s ecente Entorp de lícito o to. É o caso da Conve nção contra o Tráfic 26 de de 154, o Decret pelo interno direito ao tância s Psicotr ópicas , incorporada a autoriz que o, portant , ediária interm uia hierarq de junho de 1991. Norma supral egal ão aplicaç a ze viabili que a intern comum norma cada Estado soberano a adotar de tráfico ilícito da pena substit utiva (a restriti va de direitos) no aludid o crime te para remover o de entorp ecente s. 5. Ordem parcialmente concedida tão somen expressão análoga da óbice da parte fina.! do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como § 4. do art. 33 do do te 'vedad a a conversão. em penas restritivas de direitos', constan , com efeito ex. alidade titucion mesmo diploma legal. Declaração incidental de incons pena restritiva pela de liberda de a nunc, da proibição de substituição da pena privativ de direitos ..." (ementa do referido acórdão). 0 0 terra vedação das penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos ba- s; d) de mos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçado nimento; e) cruéis; s, de acordo com a naliil1 cumpr imento da pena: em estabelecimentos distinto o. apenad do tureza do delito, a idade e o sexo ~ 14.1 O. 28.4. 0 LXIII e LXIV) Direito s assegurados aos presos (art. 5. , XLIX, L, LXII, respeit o à integri dade física e moral; ecer com seus li'fl presid iárias: garantias de condições para que possam perman filhos durante o período de amamentação; re: ao juiz comffil comum icação imedia ta da prisão e o local onde se encont petente, à família do preso ou à pessoa por ele indicada; o de permanecer cam:1 inform ação ao preso de seus direito s: dentre os quais do; lado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advoga interro gatóri o seu por ou prisão sua por sáveis ll!iJ identif icação dos respon policial. ~ a 14.10.28.5. 0 Regras sobre extrad ição (art. 5. , LI e LI/) lil brasile iro nato: nunca será extraditado; de crime comum, pral!i1 brasile iro natura lizado : será extraditado: a) em caso em tráfico ticado antes da naturalização, ou b) de comprovado envolvimento 14 lil Direitos e Garantias Fundamentais 1219 ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei, praticado antes ou depois da naturalização: mil estrangeiros: poderão ser extraditados, exceto em caso de crime político ou de opinião. Remetemos o nosso ilustre leitor para o capítulo 16, no qual fizemos estudo aprofundado dos institutos em análise, diferenciando-os de asilo político, expulsão, deportação e banimento. Nl 14.10.28.6. Presunção de inocência (não culpabilidade) (art. 5. 0 , LVII) Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Assim,

preso, condenado ou provisório, sempre de modo excepcional e por prazo determinado, não podendo o período de transferência ser superior a 360 dias, renovável, excepcionalmente, quando solicitado motivadamente pelo juízo de origem, observados os requisitos da transferência. De acordo com a lei, são legitimados para requerer o processo de transferência, cujo início se dá com a admissibilidade pelo juiz da origem da necessidade da transferência do preso para estabelecimento penal federal de segurança máxima, a autoridade administrativa, o Ministério Público e o próprio preso. A admissão do preso, condenado ou provisório, dependerá de decisão prévia e fundamentada do juízo federal competente, após receber os autos de transferência enviados pelo juízo responsável pela execução penal ou pela prisão provisória. A lei determina ainda, por regra, que, antes da transferência, sejam ouvidos, no prazo de 5 dias cada, quando não requerentes, a autoridade administrativa, o Ministério Público e a defesa, bem como o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), ao qual é facultado indicar o estabelecimento penal federal mais adequado. Havendo extrema necessidade, contudo, o juiz federal poderá autorizar a imediata transferência do preso e, após a instrução dos autos, na forma do § 2.0 , do art. 5.0 , da Lei n. 11.67112008, decidir pela manutenção ou revogação da medida adotada (art. 5.0 , § 6.0). Essa oitiva postergada, desde que fundamentada, não viola, segundo o STF, o devido processo legal, a ampla defesa, a individualização da pena e a dignidade da pessoa humana. 106 106 Nesse sentido, cf. HC 115.539, Rei. Min. Luiz Fux, j. em 03.09.2013, Plenário, DJe de 17.09.2013. Pedro Lenza 1226 Direito Constitucional Esquematizado® w 14.10.29.4. Art. 98 do antigo Regimento Interno do CNJ: necessidade de intimação pessoal de terceiros que demonstrem interesse jurídico nos procedimentos de controle administrativo (PCAs). Correção no novo RI O art. 98 do antigo Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça RICNJ (Res. n. 2/2005) estabelecia que, em procedimento de controle dos atos administrativos (PCAs) praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, o Relator determinaria a oitiva da autoridade que praticou o ato impugnado e, por edital, dos eventuais beneficiários de seus efeitos, no prazo de 15 dias. O STF declarou, incidentalmente, em caso concreto, a inconstitucionalidade de referido dispositivo, que aceitava a intimação por edital, por ofender o art. 5. LV, da 0 , CF. Tratava-se de MS impetrado contra ato do CNJ que havia anulado o li/ Concurso das Serventias Extrajudiciais do Estado de Rondônia. "Ressaltou-se que, veiculada a classificação dos candidatos mediante edital, os impetrantes passaram a ter situação jurídica constituída que somente ·poderia ser afastada, presente o regular processo administrativo, se cientificados do pleito de irresignação de certos candidatos, para, querendo, oferecerem impugnação. ·Aduziu-se que, conhecidos os be• neficiários do ato, deveria ocorrer a ciência respectiva, não podendo esta se verificar de forma ficta, ou seja, por edital. Esclareceu-se que os beneficiários do ato não teriam sequer conhecimento da existência do processo no CNJ, não lhes competindo acompanhar a vida administrativa deste último, inclusive o que lançado em edital cuja veiculação se mostrou estritamente interna. Assentou-se que se deveria conferir a eficácia própria ao art. 100 do RICNJ a preceituar a aplicabilidade, no que couber, da Lei 9.784/99 que prevê a necessária intimação dos interessados (artigos 3_0, Ii; 26, §§ 3. e 4. e 28)" (MS 25.962, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.10.2008, 0 0 , · /nf. 525/STF). Nesse sentido, de maneira interessante, o novo Regimento Interno do CNJ (Resolução n. 67, de 03.03.2009), em seu art. 94, dispõe que o Relator, nos PCAs, ao determinar a notificação da autoridade que praticou o ato impugnado e dos eventuais interessados em seus efeitos, no prazo de 15 dias, poderá estabelecer as formas e os meios de notificação pessoal a estes últimos, sendo a utilização do edital apenas quando dirigida a eventuais interessados não identificados, desconhecidos ou com domicílio não informado nos autos. Devido processo legal substantivo ou material (arts. 5. LV, e 3. I) Segundo ensina Olavo Ferreira, "o princípio do devido processo legal tem duas facetas: 1) formal e 2) material. Esta segunda encontra fundamento nos artigos 5. inciso LV, e 3. inciso I, da Constituição Federal. Do devido processo legal substancial ou material são extraídos os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Não há repercussão prática na discussão sobre a origem do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando-se que os mesmos têm status constitucional, e !r!l 0 14.10.30. , 0 , 0 , 0 , 14 lil Direitos e Garantias Fundamentais 1227 diante de tal situação todos os atos infraconstitucionais devem com eles guardar relação de compatibilidade, sob pena de irremissível inconstitucionalidade, reconhecida no controle difuso ou concentrado ... A razoabilidade e proporcionalidade das leis e atos do Poder Público são inafastáveis, considerando-se que o Direito tem conteúdo justo". 107 Como parâmetro, devem ser observados três importantes requisitos: 108 IJl necessidade: por alguns denominada exigibilidade, a adoção da medida que possa restringir Cireitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder subs.tituí-la por outra menos gravosa; lill adequação: também denominada pertinência ou idoneidade, quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido; lill proporcionalidade em sentido estrito: em sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. Podemos falar em máxima efetividade e mínima restrição. lrll14.10.31. Provas ilícitas (art. 5. 0 , LVI) As provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis no processo. 109 Desse princípio decorre também o de que as provas derivadas de provas obtidas por meios ilícitos também estarão maculadas pelo vício da ilicitude, sendo, portanto, inadmissíveis (teoria dos frutos da árvore envenenada). Conforme aponta Alexandre de Moraes, citando jurisprudência do STF, "a regra deve ser a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, que só excepcionalmente deverão ser admitidas em juízo, em respeito às liberdades públicas e ao princípio da dignidade humana na colheita de provas e na própria persecução penal do Estado". 110 Essa convalidação da prova ilícita implementa-se em razão da legítima defesa e pode ser pensada na interceptação de uma carta de sequestrador, na gravação de uma triste e covarde cena de babá "espancando" uma criança etc. 107 108 109 110 O devido processo legal substantivo e o Supremo Tribunal Federal nos 15 anos da Constituição Federal, in André Ramos Tavares, Olavo A. V. Alves Ferreira, Pedro Lenza (coord.), in Constituição Federal: 15 anos: mutação e evolução, comentários e perspectivas, p. 103. Na jurisprudência do STF, cf. RE 197.917/SF~ Rei. Min. Maurício Corrêa, Inf 341/STF. Cf. item 3.6.8 desse nosso estudo e art. 156, I, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 11.690/2008. Mirabete divide as provas em: a) provas ilícitas: "... as que contrariam as normas de Direito Material, quer quanto ao meio ou quanto ao modo de obtenção"; b) provas ilegítimas: "... as que afrontam normas de Direito Processual, tanto na produção quanto na introdução da prova no processo". E conclui pela total inadmissibilidade, tanto no processo penal como no civil, das provas ilícitas e ilegítimas (Processo penal, p. 252). Direito constitucional, p. 116. 1228 Direito Constitucional Esquematizado® ~ 14.10.32. Pedro Lenza Publicid ade dos atos processu ais (e dever de motivaç ão das decisões judiciais) (art. 5. 0 , LX). Perspec tivas do CPC/2015 Dentre vários outros instrumentos garantidores da imparcialidade do juiz, mesmo com o aumento de seus poderes instrutórios, está o dever de motivar as decisões jurisdicionais. O art. 93, IX, da CF/88, na redação determinada pela EC n. 45/2004 , determin a que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade , podendo a lei limitar a presença , em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preserva ção do direito à intimida de do interess ado no sigilQ não prejudiq ue o interess e público à informa ção". Trata-se do denominado segredo de justiça, que, pela Reforma do Judiciário, foi limitado. Isso porque o direito subjetivo das partes e advogados à intimida de somente estará garantido se não prejudic ar o interess e público à informa ção. Complementando essa garantia geral do dever de motivação e publicidade das . decisões, o art. 5. LX, da CF/88 estabelece que a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. Assim, totalmente aceitáveis as regras fixadas, por exemplo, nos arts. 155, 444, 815 e 841 do CPC/73 (tendo os dois primeiros correspondências nos arts. 189 e 368 do CPC/2015) e 20 do CPP. Pelo exposto, o dever de motivar as decisões judiciais (o "livre convencimento motiva do"- CPC/73, arts. 131, 165,45 8- com corre>pondência nos arts. 371, 11 e 489 do CPC/2015; CPP, art. 381, UI etc.) deve ser entendido, numa visão moderna do direito processual, não somente como garantia das partes. Isso porque, em virtude da função política da motivaç ão das decisões, pode-se afirmar que os seus destinatá rios " ... não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas quisquis de populo, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcia lidade do juiz e a legalidade de justiça das decisões". 111 Conforme anota Streck, a substituição da expressão "o juiz apreciará livremen te a prova" (art. 131, CPC/73) pela "o juiz apreciará a prova" (CPC/2015), sem a palavra "livremente", tem um significado muito grance no sentido de combate ao "voluntarismo judicial" e em busca da concretização de uma jurisprudência íntegra e coerente (art. 926 do CPC/2015). 112 0 , 111 112 A. C. de A. Cintra, A. P. Grinover e C. R. Dinamarco, Teoria geral do processo, 12. ed., p. 69. Nesse sentido, ainda, J. C. Barbosa Moreira, A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito, in Temas de direito processu al- 2. • série, p. 86 e s., e M. Taruffo, La motivazione della sentenza civile, p. 405 e s. Lenio Luiz Streck, Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?, Revista Consultor Jurídico, 18.12.2014, p. 6. 14 8 Direitos e Garantias Fundamentais 1229 0 O art. 489, § 1. CPC/2015, estabelece parâmetros mínimos e de qualidade para que a decisão judicial (e o texto fala em "decisão judicial", e não apenas "sentença") seja considerada fundamentada. 113 Conforme destacou Gonçalves, "ao indicar os elementos da sentença, o legislador foi particularmente cuidadoso quanto à exigência de fundamentação. No CPC de 1973, ela também é indispensável, pois se trata de exigência constitucional. Mas o § 1. do art. 486 do CPC de 2015 enumera, em seis incisos, hipóteses em que não se considera fundamentada, não apenas a sentença, mas qualquer decisão judicial. A solução do legislador foi aqui bastante engenhosa, pois seria difícil indicar quais as exigências para que a decisão se considere fundamentada, sendo mais fácil enumerar as situações em que ela não será reputada como tal"." 4 Encontrando total consonância com a Constituição, o art. 11 do CPC/2015, mais amplo que o art. 165 do CPC/73, estabelece a regra geral: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade". , 0 ~ 14.10.33. Assistência jurídica integral e gratuita (art. 5. 0 , LXXIV) O art. 5. LXXIV, dispõe que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Esse direito e garantia fundamental instrumentaliza-se por meio da Defensoria Pública, instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do citado inciso LXXIV do art. 5. da Constituição Federal (art. 134, caput, da CF/88). A instituição é fortalecida pela EC n. 45/2004, que assegura às Defensorias Públicas Estaduais autonomia funcional e administrativa e fixa competência para proposta orçamentária, conforme o § 2. inserido no art. 134, com a seguinte redação: "às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e ad0 , 0 0 , 113 114 Art. 489, § 1.•, CPC/2015: "não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; 11 - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; Ill- invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V- se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento". Marcus Vinícius Rios Gonçalves, Direito processual civil esquematizado, 5. ed., p. 65. 1230 Direito Constituci onal Esquematizado® Pedro Lenza ministrati va e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabele0 cidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2. " . Em igual sentido, a EC n. 69/2012 altera os arts. 21, 22 e 48 da Constituição Federal, para transferir da União para o Distrito Federal as atribuições de organizar 0 e manter a Defensor ia Pública do Distrito Federal. De acordo com o art. 2. da Federal referida emenda constitucional, aplicam-se à Defensoria Pública do Distrito os mesmos princípios e regras que, nos termos da Constituição Federal, regem as Defensorias Públicas dos Estados. 0 Por sua vez, a EC n. 74/2013 determinou a aplicação do citado art. 134, § 2. (autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária), às Defensor ias Públicas da União e do Distrito Federal. Assim, inovou em relação à primeira e explicitou em relação à segunda o que já havia sido assegurado pela EC n. 69/2012. Finalmen te, a EC n. 80/2014, de maneira impressionante e histór!ca, aloca a defensoria pública em seção própria do capítulo. IV, do ,Título IV, da Constituição, desvincul ando-a da seção que trata da advocacia privada. Remetem os o leitor atento para o item 12.6, onde estudamos com maior detença o assunto. Esse tema é de fundamental importância àqueles que se concentram para concursos de Defensor Público. Vamos em frente ... 111 14.10.34. 0 Erro judiciário (art. 5. , LXXV) O Estado indenizar á o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença. Preponde ra o entendimento de que "o Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário, senão nos casos expressamente declarados em lei" (STF, · RDA 114/298; RT 150/363; RTJ 64/689), vale dizer, nas hipóteses prescritas no art. 116 115 49 da Lei Complem entar n. 35179, no art. 133 do CPC/73 e no art. 630 do CPP,ll7 0 tendo sido o § 2. deste último, na opinião deste autor, a despeito de posicionamentos funções, "Art. 49. Responderá por perdas e danos o magistrado, quando: I - no exercício de suas que providência motivo, justo sem retardar, ou omitir recusar, 11 fraude; ou proceder com dolo as deva ordenar de ofício, ou a requerimento das partes. Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas ao hipóteses previstas no inciso li somente depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer dias." magistrado que determine a providência, e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) 116 Dispõe de forma idêntica ao art. 49 da LC n. 35179, acima citado. No CPC/2015, a regra está contida no art. 143. 117 "Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa inde0 cível, nização pelos prejuízos sofridos. ~ 1. Por essa indenização, que será liquidada no juízo ou de Federal Distrito do justiça pela proferida sido tiver condenação a se União, a responderá 0 devida: Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça. § 2. A indenização não será impetrana) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio sido merate, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder; b) se a acusação houver mente privada." 115 14 IJ Direitos e Garantias Fundamentais 1231 em contrário, 118 revogado por falta de compatibilização com o art. 5.0 , LXXV, da CF/88, que tornou incondicional a indenização por erro judiciário. 119 Nelson Nery Junior observa: "Mais específica do que a garantia de indenização da CF, art. 37, § 6.0 , aqui foi adotada a responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco integral, de sorte que não pode invocar-se nenhuma causa de exclusão do dever de o Estado indenizar quando ocorrer o erro judiciário ou a prisão por tempo além do determinado na sentença". 120 Nessa linha: "Erro judiciário. Responsabilidade civil objetiva do Estado. Direito à indenização por danos morais decorrentes de condenação desconstituída em revisão criminal e de prisão preventiva. CF, art. 5.0 , LXXV. C. Pr. Penal, art. 630. O direito à indenização da vítima de erro judiciário e daquela presa além do tempo devido, previsto no art. 5.0 , LXXV, da Constituição, já era previsto no art. 630 do C. Pr. Penal, com a exceção do caso de ação penal privada e só urna hipótese de exoneração, quando para a condenação tivesse contribuído o próprio réu. A regra constitucional não veio para aditar pressupostos subjetivos à regra geral da responsabilidade fundada no risco administrativo, conforme o art. 37, § 6.0 , da Lei FunC:amental: a partir do entendimento consolidado de que a regra geral é a i.rresponsabilidade civil do Estado por atos de jurisdição, estabelece que, naqueles casos, a indenização é uma garantia individual e, manifestamente, não a submete à exigência de dolo ou culpa do magistrado. O art. 5.0 , LXXV, da Constituição: é uma garantia, um mínimo, que nem impede a lei, nem impede eventuais construções doutrinárias que venham a recon::-tecer a responsabilidade do Estado em hipóteses que não a de erro judiciário stricto sensu, mas de evidente falta objetiva do serviço publico da Justiça" (RE 505.393, Rei. Min. Sepulveda Pertence, j. 26.06.2007, DJ de 05.10.2007). 11 " " ••• o texto constitucional é linear, não condicionado, ao contrário do § 2.0 do artigo 630 do Código de Processo Penal. De qualquer maneira, é possível excluir-se a verba quando o dano decorre de ato do próprio réu da ação penal, surgindo apenas o conflito da alínea 'b' do § 2.0 do artigo 630 com os novos ares constitucionais ..." (j. 25.05.2004, Rei. Min. Marco Aurélio -AI 462.831/RJ). 119 Cf. Damásio E. de Jesus, Código de Processo Penal anotado, 18. ed., p. 487, comentários ao art. 630 do CPP. Sobre a responsabilidade do Estado no caso de erro judiciário, cf. interessante acórdão do STJ: "Ementa: Direito constitucional e administrativo. Responsabilidade objetiva. Prisão ilegal. Danos morais. L O Estado está obrigado a indenizar o particular quando, por atuação dos seus agentes, pratica contra o mesmo prisão ilegal. 2. Em caso de prisão indevida, o fundamento indenizatório da responsabilidade do Estado deve ser enfocado sobre o prisma de que a entidade estatal assume o dever de respeitar, integralmente, os direitos subjetivos constitucionais assegurados ao cidadão, especialmente, o de ir e vir. 3. O Estado, ao prender indevidamente o indivíduo, atenta contra os direitos humanos e provoca dano moral ao paciente, com reflexos em suas atividades profissionais e sociais. 4. A indenização por danos morais é uma recompensa pelo sofrimento vivenciado pelo cidadão, ao ver, publicamente, a sua honra atingida e o seu direito de locomoção sacrificado. 5. A responsabilidade pública por prisão indevida, no direito brasileiro, está fundamentada na expressão contida no art. 5.0 , LXXV, da CF. 6. Recurso especial provido" (REsp 220.982/RS (1999/0057692-6), DJ de 03.04.2000, p. 116, Rei. Min. José Delgado, data da decisão: 22.02.2000, I." Turma). 12 ° Código de Processo Civil comentado, p. 83. 1232 Direito Constitu cional Esquematizado® 1m/ 14.10.35. Pedro Lenza Gratuid ade das certidõ es de nascim ento e de óbito (art. 5.0 , LXXVI) O art. 5. , LXXVI , estatui serem gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei, o registro civil de nascimento e a certidão de óbito. O art. 236, por seu turno, fixa que os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, observando-se a regra específica do art. 32 do ADCT. Como se sabe, nos termos do art. 236, § r, o ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permiti ndo que qualquer serventia fique vaga, sem abertur a de concurso de provimento ou de remoção, por mais de 6 meses. Essa regra vem motivando vários candidatos a prestar o difícil concurs o público para o exercício da atividade notarial e de registro. Em relação à gratuidade das aludidas certidões, resta saber se seria somente para os reconhe cidame nte pobres ou para todos. Os arts. 1.0 , r e 5.0 da Lei n. 9.534/97, alterando o art. 30 da Lei n. 6.015/73 (Registros Públicos); acrescentando um inci~o VI ao art. 1.0 da Lei n. 9.265/96; e alterando o art. 4S da Lei n. 8.935/94, respectivamente, ao considerar como ato necessário ao exercício da cidadania, estabeleceu serem gratuito s os assento s do registro civil de nascim ento e o de óbito, bem como a primei ra certidã o respect iva. Percebe-se que a lei não fez nenhum a restrição, abrangendo os reconhe cidamente pobres ou não, ou seja, ampliativamente, estende-se a todos, brasilei ros e, inclusive, estrangeiros, pobres ou não. Referido dispositivo foi questionado perante o STF: "O Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de liminar em ação declaratória de constitucionalid ade promovida pelo Procurador-Geral para, com eficácia ex nunc e efeito vinculante, suspender, até decisão final da ação, a prolação de qualquer decisão, ass~m como os efeitos de todas as decisões não transitadas em julgado e de todos os atos normativos que digam respeito à legitimidade constitucional, eficácia e aplicação dos arts. 1.0 , J.O e 5.0 da Lei n. 9.534/97, que prevê a gratuidade do registro civil de nascimento, do assento de óbito, bem como da primeir a certidão respectiva. Considerou-se inexistir conflito da Lei 9.534/97 com os arts. 5.0 , LXXVI , e 236 da CF, dado que o inciso LXXVI do art. 5. o da CF, ao assegurar a gratuidade desses atos aos reconhecidamente pobres, determina o mínimo a ser observado pela lei, não impedindo que esta garanti a seja ampliada, e, também, pelo fato de que os atos relativos ao nascimento e ao óbito são a base para o exercício da cidadania, sendo assegurada pela CF a gratuid ade de todos os atos necessários ao seu exercício (CF, art. 5. 0, LXXVII). Saliento u-se, ainda, que os oficiais exercem um serviço público, prestado mediante delegaç ão, não havendo direito constitucional a percepç ão de emolumentos por todos os atos praticados, mas apenas o recebimento, de forma integral, da totalidade dos emolum entos que tenham sido fixados ..." (lnf 171/STF). Ao final, o STF julgou o mérito, tanto da ADI 1.800 como da ADC 5, e, nas duas, declarou constitucional a Lei n. 9.534/97, que isenta a todos, indepen dente0 14 IJ 1233 Direitos e Garantias Fundamentais mente de sua condição ou situação econômica, do pagamento dos emolumentos devidos pela expedição de registro civil de nascimento e de óbito, bem como a primeira certidão respectiva. 121 ;~ 0 Gratuidade nas ações de habeas corpus e habeas data (art. 5. , LXXVII) 14.10.36. O art. 5. LXXVII, prevê serem gratuitas as ações de habeas corpus e habeas data, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania. A nosso ver o constituinte deveria, de modo expresso, ter estendido esse benefício também às outras ações constitucionais. Em relação aos atos necessários ao exercício da cidadania, o art. 1. da Lei n. 9.265/96, que regulamenta o aludido direito fundamental, prescreve como gratuitos os seguintes atos: 0 , 0 [] os que capacitam o cidadão ao exercício da soberania popular, a que. se reporta o art. 14 da Constituição; .. [] aqueles referentes ao alistamento militar; 0 os pedidos de informações ao Poder Público, em todos os seus âmbitos, objetivando a instrução de defesa ou a denúncia de irregularidades administrativas na órbita pública; o as ações de impugnação de mandato eletivo por abuso do poder econômico, corrupção ou fraude; [3 quaisquer requerimentos ou petições que visem as garantias individuais e a defesa do interesse público; 1m o registro civil de nascimento e o assento de óbito, bem como a primeira certidão respectiva (acrescentado pelo art. 3. da Lei n. 9.534/97 - cf. comentários ao inciso LXXVI do art. 5. supra, e o julgamento final da constitucionalidade definitiva deste artigo- ADI 1.800-DF e ADC 5-DF). 0 0 , ~ 14.10.37. Celeridade processual (art. 5.0 , LXXVIII) m 14.10.37.1. Aspectos gerais Atualmente, muito se fala na busca da efetividade do processo em prol de sua missão social de eliminar conflitos e fazer justiça. 121 Cuidado: esse tema deve ser acompanhado por aqueles que prestam concursos para o exercício da atividade notarial e de registro! "Atividade notarial. Natureza. Lei n. 9.534/97. Registros públicos. Atos relacionados ao exercício da cidadania. Gratuidade. Princípio da proporcionalidade. Violação não observada. Precedentes. Improcedência da ação. A atividade desenvolvida pelos titulares das serventias de notas e registros, embora seja análoga à atividade empresarial, sujeita-se a um regime de direito público. Não ofende o princípio da proporcionalidade lei que isenta os 'reconhecidamente pobres' do pagamento dos emolumentos devidos pela expedição de registro civil de nascimento e de óbito, bem como a primeira certidão respectiva" (ADI 1.800, Rei. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, j. 11.06.2007, DJ de 28.09.2007). Em igual sentido, na linha da constitucionalidade, a ADC 5, Rei. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, j. 11.06.2007, DJ de 05.10.2007. 1234 Direito Constitu cional Esquema tizado® Pedro Lenza a demora, Em outro estudo 122 observamos que, "em algumas situações, contudo, gerar total causada pela duração do processo e sistemática dos procedimentos, pode u Bedaque, 'o inutilidade ou ineficácia do provimento requerido. Conforme constato em espeional, tempo constitui um dos grandes óbices à efetividade da tutela jurisdic cognitie cial no processo de conhecimento, pois para o desenvolvimento da atividad instrue ria ordinató va do julgado r é necessá ria a prática de vários atos, de natureza gerar pode que o o, tória. Isso impede a imedia ta concessão do provimento requerid a ser necessit ão satisfaç risco de inutilidade ou ineficácia, visto que muitas vezes a 123 do'". imediata, sob pena de perecimento mesmo do direito reclama enNesse sentido, a EC n. 45/2004, ampliando os direitos e garantias fundam straadmini e l judicia tais, estabeleceu, no art. 5. LXXVIII, que a todos, no âmbito 124 e os meios que garanta m o process do o duraçã l razoáve a ados assegur são tivo, a celerid ade de sua tramita ção. naturaTrata-se, sem dúvida, de garantia não só restrita a brasile iros natos ou rancorrobo lizados e a estrang eiros residen tes no País, mas que a.barca tambéd mCF/88, da 5. do entendimento do STF e da doutrina, interpretando ~ 'caput do art. analogia - os que proclama a igualda de de todos perante a lei c, aqui tomado por apátrid as e os), estrang eiros não residen tes (por exemplo, de passagem, a turismo as pessoa s jurídic as. já vinha A prestaç ão jurisdi cional dentro de um prazo razoável e efetivo nos ivos, prevista, como direito fundamental do ser humano, dentre outros disposit de (Pacto 0 os arts. 8.0 , L0 , e 25, L , da Convenção Americana sobre Direitos Human 125 San José da Costa Rica). 0 , 0 Pedro Lenza, Teoria geral da ação civil pública, p. 318. e de urgência (tentativa J. R. dos S. Bedaque , Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias , "o simples fato de o professor ilustre o seguida em observa e Conform 15. p. de sistemati zação), vimento do processo desenvol ao o necessári tempo o direito permane cer insatisfeito durante todo podem também se verificar entos acontecim disso, Além titular. seu ao dano a configur já cognitivo nal. Esse quadro representa nesse ínterim, colocand o em perigo a efetividade da tutela jurisdicio agravado pela duração do proaquilo que a doutrina identific a como o dano marginal, causado ao pelo processo, existe a cesso". E completa : " ... com o objetivo de evitar o dano marginal causado a tutela jurisdicional el admissív tornando , possibili dade de sumariza ção da atividade cognitiva 19-20). (p. e" exaurient não ento mediante conhecim Judiciário), destacou: 124 A Deputad a Zulaiê Cobra, em seu relatório à PEC n. 96-A/92 (Reforma do princípio de ordem como mos, introduzi Justiça, da de morosida a r combate do "também procuran 5.0 da Constituiart. ao inciso aditar fazendo processu al, o direito à razoável duração do processo, 20, n. 4) e do (art. Portugal ção Federal. Trata-se de direito consagrado pelas Constituições de Filho (org.), Calmon Petrônio (in adoção" sua sugerido OAB México (art. 17), tendo a AMB e a 70). p. o, Judiciári Poder do ional constituc Reforma 9. Entrou em vigor, in125 Adotada , no âmbito da Organiza ção dos Estados Americanos, em 22.11.196 0 depositado a carta de), tendo o Governo brasileiro 2. § 74, (art. 8 18.07.197 em almente, ternacion DOU de 09.ll.l99 2, 2, 06.ll.l99 de 678, n. federal Decreto o e 2, adesão à Convenç ão em 25.09.199 partir da Reforma do Judicip. 15562, determin ou o seu cumprimento no País. Nesse particular, a direitos humanos ganham ário (EC n. 4512004), os tratados e convenções internacionais sobre 122 123 14 t:l Direitos e Garant;as Fundamentais 1235 Resta não se conformar com a aludida previsão, já que, como o comando determina, são assegurados os meios que garantam a celeridade da tramitação do processo. Como sinalizou Grinover, "esses meios devem ser inquestionavelmente oferecidos pelas leis processuais, de modo que a reforma infraconstitucio nal fica umbilicalmente ligada à constitucional, derivando de ordem expressa da Emenda n. 45/2004. Trata-se, portanto, de fazer com que a legislação processual ofereça soluções hábeis à desburocratização e simplificação do processo, para garantia da celeridade de sua tramitação". 126 Dentro dessa perspectiva, em 15.12.2004, foi assinado pelos Presidentes do Executivo, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do STF, ou seja, pelos Presidentes dos três Poderes, o I Pacto Republicano, por um Judiciário mais Rápido e Republicano, buscando implementar a Reforma do Poder Judiciário, destacando-se 11 compromissos fundamentais no combate à morosidade processual. 127 Em 13.04.2009, considerando que o primeiro pacto "... permitiu a colaboração efetiva dos três Poderes na realização de indispensáveis reformas processuais e atualização de normas legais"; considerando que a efetividade das medidas adotadas indica que tais C O livro do Professor Pedro Lenza contém todas as atualizações ocorridas no Direito Constitucional, considerando as emendas constitucionais, as súmulas vinculantes e as principais decisões do STF.Trata-se de um verdadeiro método de ensino, com linguagem fácil e direta, e com recurso gráfico que auxilia o estudo e a memorização dos principais temas.O leitor conta com um ambiente pessoal de aprendizagem com material digital exclusivo, tais como: videoaulas, banco de questões, vídeo de resolução de questões, questões em formato PDF com a possibilidade de imprimir o conteúdo, e muito mais. Sucesso entre os concurseiros, esta obra, dada a sua clareza e objetividade, atende as necessidades dos estudantes de graduação, dos profissionais de direito e daqueles que buscam uma fonte de consulta prática.

- yuhocici
- juceha
- maquina de solda mig com gas
- https://uat-tunisia.com/userfiles/file/a24a7ec1-497e-407b-99f0-9923adcf929b.pdf
- rivoluzione francese schema pdf
- https://netiko.ge/img/Data/file/pibizizo.pdf