

DIREITO CONSTITUCIONAL

ALEXANDRE DE MORAES

DÉCIMA TERCEIRA EDIÇÃO
Atualizada com a EC n.º 39/02

São Paulo
Editora Atlas S.A. - 2003
Editora Atlas S.A.
Rua Conselheiro Nébias, 1384 (Campos Elísios)
01203-904 São Paulo (SP)
Tel.: (0--11)3357-9144 (PABX)
www.atlasnet.com.br

© 1996 by EDITORA ATLAS S.A.

1. ed. 1997; 2. ed. 1997; 3. ed. 1998; 4. ed. 1998; 5. ed. 1999;
6. ed. 1999; 7. ed. 2000; 8. ed. 2000; 9. ed. 2001; 10. ed. 2001;
11. ed. 2002; 12. ed. 2002; 13. ed. 2003

Foto da capa: Agência Keystone
Composição: Formato Serviços de Editoração S/C Ltda.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Moraes, Alexandre de Direito constitucional / Alexandre de Moraes. - 13. ed. - São Paulo:
Atlas, 2003.

ISBN 85-224-3352-6

1. Brasil - Direito constitucional 2. Direito constitucional I. Título.
96-5065 CDU-342

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito constitucional 342

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS - É proibida a reprodução total ou parcial, de
qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei n.º 9.610/98) é
crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Decreto n° 1.825, de 20 de dezembro
de 1907.

Impresso no Brasil/Printed in Brasil

O Senhor é meu pastor, e nada me faltará...
Guia-me pelas veredas da Justiça por amor ao Seu nome.
(SALMO de Davi 22-23)

AGRADECIMENTO

Para Viviane e nossos gêmeos Giuliana e Alexandre, agradecendo a paciência, a felicidade, o carinho e o amor.

E, a partir da 13.^a edição, novamente agradeço a Deus por dar mais luz à minha vida com a vinda de Gabriela.

SUMÁRIO

Nota à 13.^a edição

1 DIREITO CONSTITUCIONAL, 35

1 Constitucionalismo

2 Conceito de constituição

3 Classificação das constituições

3.1 Quadro geral

3.2 Quanto ao conteúdo: constituições materiais, ou substanciais, e formais

3.3 Quanto à forma: constituições escritas e não escritas

3.4 Quanto ao modo de elaboração: constituições dogmáticas e históricas

3.5 Quanto à origem: constituições promulgadas (democráticas, populares) e outorgadas

3.6 Quanto à estabilidade: constituições imutáveis, rígidas, flexíveis e semi-rígidas

3.7 Quanto à sua extensão e finalidade: constituições analíticas (dirigentes) e sintéticas (negativas, garantias)

3.8 Constituição Federal de 1988

3.9 Outras classificações

4 Aplicabilidade das normas constitucionais

4.1 Normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada

4.2 Normas constitucionais com eficácia absoluta, plena, relativa restringível e relativa complementável ou dependentes de complementação

4.3 Normas programáticas

5 Interpretação das normas constitucionais

5.1 Interpretação conforme a Constituição

5.2 Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto

6 Preâmbulo constitucional

7 Fundamentos da República Federativa do Brasil

8 Objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil

9 Princípios de regência das relações internacionais da República Federativa do Brasil

9.1 Asilo político

2 PODER CONSTITUINTE

1 Conceito e finalidade

2 Titularidade do poder constituinte

3 Espécies de poder constituinte

4 Poder constituinte originário

4.1 Conceito

4.2 Formas de expressão do poder constituinte originário

4.3 Características do poder constituinte originário

5 Poder constituinte derivado

5.1 Conceito e características

5.2 Espécies de poder constituinte derivado

3 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

1 Finalidade. Direitos fundamentais como direitos de defesa

1.1 Classificação dos direitos fundamentais

2 Natureza jurídica das normas que disciplinam os direitos e garantias fundamentais

2.1 Relatividade dos direitos e garantias individuais e coletivos

3 Direitos e garantias individuais

3.1 Diferenciação entre direitos e garantias individuais

3.2 Direitos fundamentais e garantias institucionais

4 Destinatários da proteção

5 Direito à vida

6 Princípio da igualdade

6.1 Princípio da igualdade e limitação de idade em concurso público

6.2 Tratamento isonômico entre homens e mulheres (art. 5.º, I)

6.2.1 Critérios de admissão para concurso público

6.2.2 Critérios para admissão de emprego

6.2.3 Constitucionalidade da prerrogativa do foro em favor da mulher e sua aplicação tanto para a ação de separação judicial quanto para a de divórcio direto

7 Princípio da legalidade

7.1 Princípios da legalidade e da reserva legal

8 Tratamento constitucional da tortura (art. 5.º, III e XLIII)

9 Liberdade de pensamento, direito de resposta e responsabilidade por dano material, moral ou à imagem (art. 5.º, IV e V)

10 Liberdade de consciência, crença religiosa, convicção filosófica ou política e escusa de consciência (art. 5.º, VI e VIII)

10.1 Liberdade religiosa e Estado laico ou leigo

10.2 Escusa de consciência e serviço militar obrigatório

10.3 Limitações ao livre exercício do culto religioso

10.4 Religião e cultura

10.5 Assistência religiosa

11 Indenização por dano material, moral ou à imagem

11.1 Direito de resposta ou de réplica

12 Expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5.º, IX)

13 Inviolabilidade à intimidade, vida privada, honra e imagem

14 Inviolabilidade domiciliar (art. 5.º, XI)

14.1 Questão do dia e da noite

14.2 Violação de domicílio por decisão administrativa ou parlamentar Impossibilidade - cláusula de reserva jurisdicional

14.3 Inviolabilidade domiciliar e fisco

15 Sigilo de correspondência e de comunicação (art. 5.º, XII)

15.1 Possibilidade de interceptação telefônica

15.2 Lei n.º 9.296, de 24-7-1996 - Interceptações telefônicas

15.3 Gravação clandestina

16 Inviolabilidade de dados (art. 5.º, X e XII): sigilos bancário e fiscal

16.1 Inviolabilidade constitucional da privacidade e do sigilo de dados

16.2 Características básicas das garantias dos sigilos bancário e fiscal

16.3 Possibilidade de quebra do sigilo por parte do Ministério Público

16.4 Supremo Tribunal Federal: sigilo/Ministério Público

16.5 Inviolabilidade à intimidade e sigilo de dados como cláusulas pétreas da Constituição Federal

16.6 Comissão Parlamentar de Inquérito e sigilo

17 Direito de reunião (art. 5.º, XVI)

17.1 Desnecessidade de autorização da autoridade pública e interferência da polícia

17.2 Tutela do direito de reunião

18 Direito de associação (art. 5.º, XVII, XVIII, XIX, XX e XXI)

18.1 Finalidade lícita

18.2 Caráter paramilitar

18.3 Vedação de interferência estatal

18.4 Conteúdo do direito de associação

18.5 Dissolução das associações

18.6 Representação dos associados

19 apreciação de lesão ou ameaça de direito pelo poder judiciário (art. 5.º, XXXV)

19.1 Inexistência da jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado

19.2 Acesso ao Judiciário e à justiça desportiva

19.3 Inexistência da obrigatoriedade de duplo grau de jurisdição

20 Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (art. 5.º, XXXVI)

20.1 Previdência Social e direitos adquiridos

21 Princípio do juiz natural (art. 5.º, XXXVII e LIII)

21.1 Justiças especializadas e tribunais de exceção

21.2 Tribunais de ética e tribunais de exceção

22 Tribunal do júri (art. 5.º, XXXVIII)

22.1 Plenitude de defesa

22.2 Sigilo de votações

22.3 Soberania dos veredictos e possibilidade de apelação

22.4 Competência constitucional do Tribunal de Júri

23 Extradicação (art. 5.º, LI e LII)

23.1 Hipóteses constitucionais para a extradicação

23.2 Requisitos infraconstitucionais para a extradicação

23.3 Procedimento e decisão

23.4 Prisão preventiva por extradicação

23.5 Atuação do judiciário na extradicação

23.6 Extradicação, princípio da especialidade e pedido de extensão

23.7 Extradicação e expulsão

23.8 Possibilidade de extradicação ou expulsão de pessoa casada com brasileiros ou com filhos brasileiros

23.9 Extradução e deportação

23.10 Expulsão e deportação de brasileiros

23.11 Desnecessidade de comutação da pena de prisão perpétua

24 Devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 5.º, LIV e LV)

24.1 Inquérito policial e contraditório

25 Provas ilícitas (art. 5.º, LVI)

25.1 Provas derivadas das provas ilícitas

25.2 Convalidação de provas obtidas por meios ilícitos com a finalidade de defesa das liberdades públicas fundamentais (legítima defesa)

25.3 Princípios da publicidade e moralidade administrativa e provas ilícitas

26 Princípio da presunção de inocência (art. 5.º, LVII)

27 Ação penal privada subsidiária (art. 5.º, LIX)

28 Prisão civil

29 Rol exemplificativo

30 Direitos fundamentais e tratados internacionais

4 TUTELA CONSTITUCIONAL DAS LIBERDADES

1 Habeas corpus

1.1 Origem

1.2 Conceito e finalidade

1.3 Natureza jurídica

1.4 Garantia constitucional da liberdade de locomoção

1.5 Legitimidade ativa

1.6 Legitimidade passiva

1.7 Hipóteses e espécies

1.7.1 Habeas corpus preventivo (salvo-conduto)

1.7.2 Habeas corpus liberatório ou repressivo

1.7.3 Liminar em habeas corpus

1.8 Possibilidade de supressão

1.9 Habeas corpus e assistente

1.10 Excesso de prazo

1.11 Habeas corpus impetrado contra coação ilegal atribuída à Turma do Supremo Tribunal Federal

1.12 Habeas corpus contra ato único ou colegiado de tribunais regionais federais ou estaduais

1.13 Habeas corpus contra ato ilegal imputado a promotor de justiça

1.14 Habeas corpus contra ato da Turma Recursal nos Juizados Especiais Criminais

1.15 Habeas corpus contra ato do juiz especial nos Juizados Especiais Criminais

1.16 Habeas corpus e recursos ordinários - concomitância

1.17 Habeas corpus - substituição de recurso ordinário constitucional prevista para denegação da ordem - viabilidade

1.18 Habeas corpus e punições disciplinares militares

1.19 Empate no habeas corpus

2 Habeas data

2.1 Conceito

2.2 Natureza jurídica

2.3 Finalidade

2.4 Cabimento

2.5 Legitimação ativa

2.6 Legitimação passiva

2.7 Procedimento (Lei n.º 9.507/97)

2.8 Direito ao conhecimento e à retificação

2.9 Competência

2.10 Habeas data e dados sigilosos

3 Mandado de segurança

3.1 Conceito e finalidade

3.2 Espécies

3.3 Natureza jurídica

3.4 Cabimento do mandado de segurança

3.5 Conceito de direito líquido e certo

3.6 Legitimação ativa - impetrante

3.7 Legitimação passiva - impetrado

- 3.8 Prazo para impetração do mandado de segurança
- 3.9 Competência, 170
- 3.10 Competência do mandado de segurança contra atos e omissões de tribunais
- 3.11 Mandado de segurança e liminares
- 4 Mandado de segurança coletivo
 - 4.1 Conceito
 - 4.2 Finalidade
 - 4.3 Objeto
 - 4.4 Legitimação ativa e passiva
 - 4.5 Beneficiários
 - 4.6 Mandado de segurança coletivo e individual
- 5 Mandado de injunção
 - 5.1 Histórico
 - 5.2 Conceito
 - 5.3 Objeto do mandado de injunção
 - 5.4 Requisitos
 - 5.5 Legitimidade ativa
 - 5.6 Legitimidade passiva
 - 5.7 Procedimento
 - 5.8 Competência
 - 5.9 Decisão e efeitos do mandado de injunção
- 6 Direito de certidão
- 7 Direito de petição
 - 7.1 Histórico e conceito
 - 7.2 Natureza
 - 7.3 Legitimidade ativa e passiva
 - 7.4 Finalidade
- 8 Ação popular
 - 8.1 Conceito
 - 8.2 Finalidade
 - 8.3 Requisitos

8.4 Objeto

8.5 Legitimação ativa

8.6 Legitimação passiva

8.7 Natureza da decisão

8.8 Competência

8.9 Sentença e coisa julgada

9 Texto integral dos direitos e garantias individuais da Constituição Federal de 1988

5 DIREITOS SOCIAIS

1 Conceito e abrangência

2 Direito à segurança no emprego

3 Rol dos direitos sociais

4 Liberdade de associação profissional ou sindical

4.1 Conceituação

4.2 Classificação dos direitos sindicais

4.3 Contribuições confederativa e sindical - diferenças e exigibilidade

5 Direito de greve

6 DIREITO DE NACIONALIDADE

1 Conceito

2 Definições relacionadas à matéria

3 Espécies de nacionalidade

4 Brasileiros natos

4.1 Critérios de atribuição de nacionalidade originária

5 Hipóteses de aquisição originária, 215

5.1 Os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país

5.2 Os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil

5.3 Nacionalidade potestativa: os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira

5.4 Opção, 218

5.5 Hipótese suprimida pela Emenda Constitucional de Revisão n.º 3, de 7-6-1994 - ius sanguinis + registro

6 Brasileiro naturalizado

6.1 Espécies de naturalização

6.1.1 Naturalização tácita ou grande naturalização

6.1.2 Naturalização expressa

6.2 Radicação precoce e curso superior

7 Tratamento diferenciado entre brasileiro nato e naturalizado

7.1 Brasileiro nato e naturalizado - diferenças

7.2 Cargos

7.3 Função

7.4 Extradicação

7.5 Direito de propriedade/manifestação de pensamento/informação

8 Perda do direito de nacionalidade

8.1 Ação de cancelamento de naturalização

8.2 Naturalização voluntária

8.2.1 Regra constitucional

8.2.2 Exceções constitucionais

7 DIREITOS POLÍTICOS

1 Conceito

2 Direitos políticos

3 Núcleo dos direitos políticos - direito de sufrágio

3.1 Conceituação

3.2 Classificação

4 Capacidade eleitoral ativa

5 Direito de voto

5.1 Natureza do voto

5.2 Caracteres do voto

6 Plebiscito e referendo: exercício do direito de voto

7 Elegibilidade

7.1 Conceito

7.2 Condições

8 DIREITOS POLÍTICOS NEGATIVOS

8.1 Conceito

8.2 Inelegibilidades

8.3 Quadro de inelegibilidades

8.4 Inelegibilidade absoluta

8.5 Inelegibilidade relativa

8.5.1 Por motivos funcionais

8.5.2 Por motivos de casamento, parentesco ou afinidade

8.5.2.1 Inelegibilidade reflexa e renúncia do detentor de mandato executivo

8.5.3 Militar

8.5.4 Previsões de ordem legal

9 Privação dos direitos políticos

9.1 Perda

9.1.1 Cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional (CF, art. 12, § 4.º)

9.1.2 Escusa de consciência

9.1.3 Outros casos de perda

9.2 Suspensão

9.2.1 Incapacidade civil absoluta

9.2.2 Condenação criminal com trânsito em julgado enquanto durarem seus efeitos

9.2.3 Improbidade administrativa

10 Partidos políticos

11 Língua e símbolos oficiais

8 ORGANIZAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA

1 Regras de organização

1.1 Adoção da federação

1.2 Princípio da indissolubilidade do vínculo federativo

1.3 Capital Federal

1.4 União

1.5 Estados-membros

- 1.5.1 Autonomia estadual
- 1.5.2 Regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões
- 1.6 Municípios
 - 1.6.1 Lei orgânica municipal
 - 1.6.2 Prefeito municipal - responsabilidade criminal e política
 - 1.6.3 Vereadores - imunidade material
- 1.7 Distrito Federal
- 1.8 Territórios
- 1.9 Formação dos Estados
 - 1.9.1 Fusão (incorporação entre si
 - 1.9.2 Subdivisão
 - 1.9.3 Desmembramento
- 1.10 Formação de municípios
- 1.11 Vedações constitucionais de natureza federativa
- 2 Repartição de competências
 - 2.1 Conceito
 - 2.2 Princípio básico para a distribuição de competências - predominância do interesse
 - 2.3 Repartição em matéria administrativa
 - 2.3.1 Quadro geral
 - 2.3.2 Competências administrativas da União
 - 2.3.3 Competências administrativas dos Estados-membros
 - 2.3.4 Competências administrativas dos municípios
 - 2.3.5 Competências administrativas do Distrito Federal
 - 2.3.6 Competência administrativa comum
 - 2.4 Repartição em matéria legislativa
 - 2.4.1 Quadro geral de repartição de competência legislativa
- 3 Intervenção
 - 3.1 Parte geral
 - 3.2 Intervenção federal
 - 3.2.1 Quadro geral
 - 3.2.2 Hipóteses³⁰⁵

3.2.3 Procedimento de intervenção federal

3.3 Intervenção estadual nos municípios

9 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1 Conceito

2 Princípios constitucionais da administração pública

2.1 Princípio da legalidade

2.2 Princípio da impessoalidade

2.3 Princípio da moralidade

2.4 Princípio da publicidade

2.5 Princípio da eficiência

2.5.1 Introdução

2.5.2 Princípio da eficiência e direito comparado

2.5.3 Conceito

2.5.4 Características do princípio da eficiência

2.5.5 Aplicabilidade e fiscalização

3 Preceitos de observância obrigatória a administração pública da União, Estados, Distrito Federal e Municípios

3.1 Fixação do teto salarial do funcionalismo

4 Concurso público

5 Direitos sociais dos servidores públicos civis (livre associação sindical e greve)

6 Servidor público e data-base - princípio da periodicidade

7 Cumulação de vencimentos no setor público

8 Licitação: interpretação de acordo com a finalidade constitucional

8.1 Da necessidade da licitação

8.2 Das hipóteses excepcionais de ausência de licitação

8.3 Da dispensa da licitação

8.4 Da inexigibilidade da licitação

8.5 Conclusão

9 Publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos

10 Improbidade administrativa

11 Ação civil pública por ato de improbidade

12 Responsabilidade civil objetiva do poder público

12.1 Responsabilidade civil do poder público por danos causados a alunos no recinto de estabelecimento oficial de ensino

13 Servidor público e mandato eletivo

14 Sistema remuneratório do servidor público

15 Regra geral de aposentadoria do servidor público civil

15.1 Regra de transição de aposentadoria voluntária integral e proporcional

15.1.1 Regra de transição e magistrados, membros do Ministério Público e Tribunal de Contas

15.1.2 Regra de transição para professor

15.2 Regime de previdência complementar no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios

15.3 Emenda Constitucional n.º 20/98 e o respeito aos direitos adquiridos

16 Estabilidade do servidor público civil

17 Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios

18 Militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios e cargo público civil

18.1 Cargo público civil permanente

18.2 Cargo, emprego ou função pública temporária

19 Militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios e Direitos Sociais

20 Emenda Constitucional n.º 19/98 e respeito aos direitos adquiridos

10 ORGANIZAÇÃO DOS PODERES E DO MINISTÉRIO PÚBLICO

1 Separação das funções estatais - limitação do poder e garantia dos direitos fundamentais

1.1 Introdução

1.2 Funções estatais, imunidades e garantias em face do princípio da igualdade

1.3 Funções estatais: Poder Legislativo, Poder Executivo, Poder Judiciário e Ministério Público

1.4 Conclusão inicial

2 Poder legislativo

2.1 Funções

2.2 Congresso Nacional

2.3 Câmara dos Deputados

- 2.3.1 Suplência e permanência no partido
- 2.4 Senado Federal
- 2.5 Função típica - fiscalização. Comissões parlamentares de inquérito
 - 2.5.1 Limitações constitucionais às Comissões Parlamentares de Inquérito
- 2.6 Tribunal de Contas
 - 2.6.1 Conceito, funções e finalidades
 - 2.6.2 Tribunal de Contas - escolha pelo Presidente da República (1/3)
 - 2.6.3 Tribunais de contas estaduais, distrital e municipais
 - 2.6.4 Tribunal de Contas e rejeição de contas do Chefe do Poder Executivo
- 2.7 Estatuto dos congressistas
 - 2.7.1 Introdução
 - 2.7.2 Finalidade democrática
 - 2.7.3 Histórico
 - 2.7.4 Conceito de imunidades
 - 2.7.5 Imunidades materiais
 - 2.7.6 Imunidade formal - definição histórica
 - 2.7.7 Imunidade formal em relação à prisão
 - 2.7.8 Imunidade formal em relação ao processo nos crimes praticados após a diplomação,
 - 2.7.9 Prerrogativa de foro em razão da função
 - 2.7.10 Vencimentos dos parlamentares
 - 2.7.11 Deputados Federais/Senadores da República e Forças Armadas
 - 2.7.12 Parlamentar e obrigação de testemunhar
 - 2.7.13 Irrenunciabilidade das imunidades
 - 2.7.14 Imunidades e Parlamentar licenciado para exercício de cargo executivo (Ministro de Estado, Secretário de Estado)
 - 2.7.15 Incompatibilidades
 - 2.7.16 Perda do mandato
 - 2.7.17 Conclusão
- 3 Poder executivo
 - 3.1 Estrutura do Poder Executivo
 - 3.1.1 Chefe de Estado e Chefe de Governo

- 3.1.2 Modo de investidura e posse no cargo de Presidente da República
- 3.1.3 Vacância da Presidência da República
- 3.1.4 Atribuições do Presidente da República
- 3.1.5 Vice-presidente da República
- 3.1.6 Órgãos auxiliares do Presidente da República. Ministros. Conselho da República e Conselho de Defesa Nacional
- 3.2 Responsabilidade do Presidente da República: prerrogativas e imunidades do Presidente da República
 - 3.2.1 Crimes de responsabilidade
 - 3.2.2 Crimes comuns
- 4 Poder judiciário
 - 4.1 Conceito
 - 4.2 Quadro de organização estrutural
 - 4.3 Funções típicas e atípicas
 - 4.4 Garantias do Poder Judiciário
 - 4.4.1 Garantias institucionais
 - 4.4.2 Garantias aos membros
 - 4.4.3 Independência do Poder Judiciário e controle externo
 - 4.4.4 Supremo Tribunal Federal e controle externo do Poder Judiciário
 - 4.5 Organização do Poder Judiciário
 - 4.5.1 Fixação de subsídios do Poder Judiciário
 - 4.6 Escolha dos membros dos Tribunais Superiores
 - 4.6.1 Supremo Tribunal Federal (art. 101 da CF)
 - 4.6.2 Superior Tribunal de Justiça (art. 104 da CF)
 - 4.6.3 Tribunal Superior Eleitoral (art. 118 da CF)
 - 4.6.4 Tribunal Superior do Trabalho (art. 111 da CF)
 - 4.6.5 Superior Tribunal Militar (art. 123 da CF)
 - 4.7 Distribuição de competências jurisdicionais
 - 4.7.1 Supremo Tribunal Federal
 - 4.7.2 Superior Tribunal de Justiça
 - 4.7.3 Justiça do Trabalho

4.7.4 Justiça Eleitoral

4.7.5 Justiça Militar

4.7.6 Justiça Federal

4.7.7 Justiça Estadual

4.7.8 Composição dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios: REGRA DO "QUINTO CONSTITUCIONAL"

4.8 Quadro de competência para julgamento de autoridades da República (os artigos referem-se à Constituição Federal)

4.9 Disciplina constitucional dos pagamentos devidos pela Fazenda Pública – Regra dos precatórios judiciais

5 Ministério Público

5.1 Histórico

5.2 Origem e desenvolvimento no Brasil

5.3 Posicionamento constitucional

5.4 Conceito

5.5 Princípios do Ministério Público

5.5.1 Unidade

5.5.2 Indivisibilidade

5.5.3 Princípio da independência ou autonomia funcional

5.5.4 Princípio do promotor natural

5.6 Funções

5.7 Ministério Público e legitimidade para defesa do patrimônio público e zelo dos direitos constitucionais do cidadão

5.8 Garantias do Ministério Público

5.8.1 Garantias da instituição

5.8.2 Garantias dos membros

5.9 Vedações constitucionais

5.10 Exercício da política partidária, salvo as exceções previstas em lei

5.11 Da impossibilidade de supressão ou alteração das funções, garantias e prerrogativas constitucionais do Ministério Público

5.12 Ministério Público junto aos Tribunais de Contas

6 Advocacia pública

7 Advocacia

7.1 Indispensabilidade do advogado

7.2 Imunidade do advogado

8 Defensoria pública

9 Questões processuais - foro privilegiado: aplicabilidade da Lei n.º 9.099/95 às infrações penais cometidas por autoridades com foro privilegiado

9.1 Representação nos crimes de lesão corporal dolosa de natureza leve e lesão corporal culposa e suspensão condicional do processo

9.2 Suspensão condicional do processo

9.3 Juizados Especiais na Justiça Federal

11 PROCESSO LEGISLATIVO

1 Conceito

2 Noções gerais

2.1 Conceitos iniciais

2.2 Processos legislativos

2.2.1 Classificação em relação às formas de organização política

2.2.2 Classificação em relação à seqüência das fases procedimentais

3 Processo legislativo ordinário

3.1 Fase introdutória

3.1.1 Iniciativa de lei do poder judiciário

3.1.2 Iniciativa privativa do Presidente da República - art. 61

3.1.3 Emenda que aumenta a despesa em projeto de iniciativa exclusiva do chefe do Poder Executivo

3.1.4 Vício de iniciativa e sanção

3.1.5 Iniciativa de lei do Ministério Público

3.1.6 Iniciativa popular de lei

3.1.7 Iniciativa conjunta de lei para fixação de subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (teto salarial)

3.2 Fase constitutiva

3.2.1 Deliberação parlamentar

3.2.2 Deliberação executiva

3.3 Fase complementar

3.3.1 Promulgação

3.3.2 Publicação

4 Espécies normativas

4.1 Emendas constitucionais

4.1.1 Quadro geral sobre limitações ao poder reformador

4.1.2 Limitações expressas

4.1.3 Limitações implícitas

4.2 Lei complementar

4.2.1 Lei complementar e lei ordinária - diferenças

4.2.2 Processo legislativo especial da lei complementar

4.2.3 Hierarquia - lei complementar e lei ordinária

4.3 Medidas provisórias

4.3.1 Procedimento da medida provisória - aprovação integral

4.3.2 Aprovação da medida provisória pelo Congresso Nacional com alterações

4.3.3 Rejeição expressa da medida provisória pelo Congresso Nacional

4.3.4 Rejeição tácita da medida provisória não deliberada no prazo de 60 dias pelo Congresso Nacional

4.3.5 Impossibilidade de o Presidente da República retirar da apreciação do Congresso Nacional medida provisória já editada

4.3.6 Medida provisória e lei anterior que trate do mesmo assunto

4.3.7 Efeitos e disciplina no caso de rejeição da medida provisória

4.3.8 Medidas provisórias e controle de constitucionalidade

4.3.9 Estados-membros e municípios - possibilidade de edição de medidas provisórias

4.3.10 Medida provisória e decreto-lei

4.3.11 Limites materiais à edição de medidas provisórias

4.4 Lei delegada

4.4.1 Natureza jurídica

4.4.2 Processo legislativo especial da lei delegada

4.4.3 O poder do Congresso Nacional de sustar a lei delegada

4.5 Decreto legislativo

4.5.1 Conceito

4.5.2 Processo legislativo especial previsto para a elaboração do decreto legislativo

4.5.3 Decreto legislativo e tratados e atos internacionais

4.6 Resolução

4.6.1 Conceito

4.6.2 Espécies

4.6.3 Processo legislativo especial para a elaboração das resoluções

4.7 Leis orçamentárias

4.7.1 Processo legislativo especial para as leis relativas ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais

4.7.2 Possibilidade de apresentação de emendas aos projetos de leis orçamentárias

4.7.3 Rejeição do projeto de lei de diretrizes orçamentárias e do projeto de lei orçamentária

12 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1 Idéia central

2 Conceito

3 Pressupostos ou requisitos de constitucionalidade das espécies normativas

3.1 Requisitos formais

3.1.1 Subjetivos

3.1.2 Objetivos

3.2 Requisitos substanciais ou materiais

4 O descumprimento da lei ou do ato normativo inconstitucional pelo poder executivo

5 Espécies de controle de constitucionalidade

5.1 Em relação ao momento de realização

5.2 Controle repressivo em relação ao órgão controlador

5.2.1 Político

5.2.2 Judiciário ou jurídico

5.2.3 Misto

5.3 Modelos clássicos de controle de constitucionalidade

6 Controle preventivo

6.1 Comissões de constituição e justiça

6.2 Veto jurídico

7 Controle repressivo de constitucionalidade

8 Controle repressivo realizado pelo poder legislativo

8.1 Art. 49, V, da Constituição Federal

8.2 Art. 62 da Constituição Federal

9 Controle repressivo realizado pelo poder judiciário

9.1 Difuso ou aberto

9.1.1 Questão do art. 97 - cláusula de reserva de plenário

9.1.2 Controle difuso e Senado Federal (art. 52, X, CF)

9.1.3 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade - controle difuso

9.1.4 Controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública

9.1.5 Controle difuso de constitucionalidade durante o processo legislativo

9.1.6 Supremo Tribunal Federal e controle difuso de constitucionalidade durante o processo legislativo

9.2 Controle concentrado ou via de ação direta

10 Ação direta de inconstitucionalidade genérica

10.1 Competência

10.2 Objeto

10.2.1 Conceito de leis e atos normativos

10.2.2 Impossibilidade do controle de constitucionalidade das normas originárias

10.2.3 Controle concentrado de lei ou ato normativo municipal ou estadual em face das constituições estaduais

10.2.4 Controle concentrado de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal

10.2.5 Controle concentrado de lei ou ato normativo distrital em face da Constituição Federal

10.2.6 Controle concentrado de lei ou ato normativo anterior à Constituição Federal

10.2.7 Controle concentrado e respeito à legalidade

10.2.8 Tratados internacionais e controle de constitucionalidade

10.2.9 Controle de constitucionalidade e decretos

10.3 Legitimação

10.3.1 Adin e pertinência temática

- 10.3.2 Adin e entidades de classe ou confederações sindicais
- 10.3.3 Partidos políticos com representação no Congresso Nacional
- 10.3.4 Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal
- 10.4 Finalidade da ação direta de inconstitucionalidade
- 10.5 Pedido de cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade
- 10.6 Ação direta de inconstitucionalidade e prazo decadencial
- 10.7 Advogado-Geral da União
- 10.8 Procedimento
- 10.9 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade - controle concentrado
- 10.9.1 Reclamações e garantia da eficácia das decisões do STF em sede de ação direta de inconstitucionalidade
- 11 Ação direta de inconstitucionalidade interventiva
- 12 Ação de inconstitucionalidade por omissão
- 12.1 Finalidade
- 12.2 Objeto
- 12.3 Inconstitucionalidade por omissão
- 12.3.1 Legitimidade e procedimento
- 12.4 Decisão do Supremo Tribunal Federal
- 12.5 Adin por omissão e medida liminar
- 13 Ação declaratória de constitucionalidade
- 13.1 Previsão
- 13.2 Finalidade
- 13.3 Legitimidade
- 13.4 Objeto
- 13.5 Procedimento e julgamento
- 13.6 Efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal
- 14 Argüição de descumprimento de preceito fundamental
- 14.1 Argüição de descumprimento de preceito fundamental preventiva e repressiva
- 14.2 Argüição de descumprimento de preceito fundamental por equiparação
- 13 DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS
- 1 Estado de defesa e estado de sítio

1.1 Quadro comparativo: estado de defesa e estado de sítio

2 Forças armadas

3 Segurança pública

14 ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA

1 Dos princípios gerais da atividade econômica

2 Intervenção do Estado no domínio econômico

3 Da política urbana

3.1 Competência para estabelecimento de políticas de desenvolvimento urbano

3.2 Usucapião constitucional de área urbana

4 Da política agrícola e fundiária e da reforma agrária

4.1 Preceitos da política agrícola

4.2 Destinação das terras públicas e devolutas

4.3 Reforma agrária

4.4 Usucapião constitucional de área rural

5 Do sistema financeiro nacional

15 ORDEM SOCIAL

1 Seguridade social

1.1 Parte geral

1.1.1 Conceito

1.1.2 Objetivos

1.2 Saúde

1.2.1 Conceito

1.2.2 Diretrizes e preceitos constitucionais relacionados à saúde

1.2.3 Atribuições constitucionais do Sistema único de Saúde

1.3 Previdência social

1.3.1 Plano de previdência social

1.3.2 Regras sobre aposentadoria

1.3.3 Regra de transição de aposentadoria voluntária integral e proporcional

1.3.4 Regra de transição para professor

1.3.5 Regime de previdência privada de caráter complementar

1.4 Assistência social

2 Educação, cultura e desporto

2.1 Educação

2.1.1 Conceito

2.1.2 Princípios constitucionais do ensino

2.1.3 Objetivos constitucionais da educação (art. 214 da CF)

2.1.4 Universidades

2.1.5 Preceitos constitucionais sobre a educação

2.1.6 Organização dos sistemas de ensino

2.1.7 Aplicação obrigatória de recursos à educação

2.2 Cultura

2.3 Desporto

2.3.1 Preceitos constitucionais

2.3.2 Justiça desportiva

3 Ciência e tecnologia

4 Comunicação social

4.1 Comunicação social e liberdade de informação

4.2 Garantia constitucional do sigilo da fonte, 678

5 Meio ambiente

5.1 Constituição e proteção ao meio ambiente

5.2 Regras constitucionais específicas sobre meio ambiente

6 Família, criança, adolescente e idoso

6.1 Conceituação

6.2 Regras de regência das relações familiares

6.2.1 Princípio da paternidade responsável e exame do DNA

6.3 Tutela das crianças e dos adolescentes

6.4 Tutela aos idosos

7 Índios

Anexo A - Quadro comparativo dos princípios fundamentais e dos direitos e garantias individuais e coletivos

Anexo B - Quadro comparativo dos direitos sociais

Anexo C - Quadro comparativo das prerrogativas populares (nacionalidade, cidadania e soberania)

Anexo D - Quadro comparativo do processo legislativo

Anexo E - Quadro comparativo da reforma administrativa - EC n.º 19/98

Bibliografia

Índice remissivo

NOTA À 13.^a EDIÇÃO

O encerramento da 13.^a edição desta obra coincidiu com um dos momentos de maior expressão no exercício dos direitos políticos, a transição de Governo, que demonstrou a maturidade e seriedade alcançada pela, ainda, jovem democracia brasileira.

O estrito cumprimento das regras constitucionais de alternância de poder, de exercício da capacidade eleitoral ativa e passiva e, principalmente, da responsabilidade dos governantes em dar seguimento à execução de um Brasil mais justo e igual são motivo de orgulho de nosso povo perante as demais democracias.

O contingente de eleitores, de aproximadamente 115 milhões, escolheu nossos novos representantes, segundo as regras constitucionais, confirmando o preceito do art. 1.º de nossa Constituição, que consagra o Brasil como um Estado Democrático de Direito.

Portanto, para todos nós estudantes e defensores do constitucionalismo, o ano de 2003 inicia-se com renovadas e fortes esperanças na manutenção, aprimoramento e fortalecimento de nossas Instituições, na defesa intransigente da probidade administrativa e dos Direitos Fundamentais.

São Paulo, novembro 2002.

O Autor

DIREITO CONSTITUCIONAL

1 CONSTITUCIONALISMO

A origem formal do constitucionalismo está ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a Independência das 13 Colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa, apresentando dois traços marcantes: organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais. Como ressaltado por Jorge Miranda, porém, "o Direito Constitucional norte-americano não começa apenas nesse ano. Sem esquecer os textos da época colonial (antes de mais, as Fundamental orders of Connecticut de 1639), integram-no, desde logo, no nível de princípios e valores ou de símbolos a Declaração de Independência, a Declaração de Virgínia e outras Declarações de Direitos dos primeiros Estados"¹.

O Direito Constitucional é um ramo do Direito Público, destacado por ser fundamental à organização e funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política.

Tem, pois, por objeto a constituição política do Estado, no sentido amplo de estabelecer sua estrutura, a organização de suas instituições e órgãos, o modo de aquisição e limitação do poder, através, inclusive, da previsão de diversos direitos e garantias fundamentais.

Jorge Miranda define o Direito Constitucional como: "a parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado, enquanto comunidade e enquanto poder. É o conjunto de normas (disposições e princípios) que recordam o contexto jurídico correspondente à comunidade política como um todo e aí situam os indivíduos e os grupos uns em face dos outros e frente ao Estado-poder e que, ao mesmo tempo, definem a titularidade do poder, os modos de formação e manifestação da vontade política, os órgãos de que esta carece e os actos em que se concretiza"².

Como produto legislativo máximo do Direito Constitucional encontramos a própria Constituição, elaborada para exercer dupla função: garantia do existente e programa ou linha de direção para o futuro.³

2 CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

Constituição, lato sensu, é o ato de constituir, de estabelecer, de firmar; ou, ainda, o modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas; organização, formação⁴. Juridicamente, porém, Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas⁵.

¹ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. t. 1. p. 138.

² MIRANDA, Jorge. Op. cit. p. 13-14.

³ CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 151.

⁴ Como ensinado por Mirkine Guetzévitch, "a Constituição de cada país é sempre um compromisso entre as tradições políticas existentes". (GUETZÉVITCH, B. Mirkine. As novas tendências do direito constitucional. São Paulo: Nacional, 1933. p. 45.)

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. Fundamentos da constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 41.

Analisando a área de abrangência da Constituição, Virgílio de Jesus Miranda Carvalho entende: "que melhor se definirá a Constituição como o estatuto jurídico fundamental da comunidade, isto é, abrangendo, mas não se restringindo estritamente ao político e porque suposto este, não obstante a sua hoje reconhecida aptidão potencial para uma tendencial totalização, como tendo, apesar de tudo, uma especificidade e conteúdo material próprios, o que não autoriza a que por ele (ou exclusivamente por ele) se defina toda a vida de relação e todas as áreas de convivência humana em sociedade e levará à autonomização do normativo jurídico específico (neste sentido, total - e não apenas tendencialmente - é o Direito), bem como à distinção, no seio da própria Constituição, entre a sua intenção ideológica-política e a intenção jurídica stricto sensu. Com este sentido também poderemos, então, definir a Constituição como a lei fundamental da sociedade"⁶.

Importante destacar o chamado conceito ideal de constituição, imposto a partir do triunfo do movimento constitucional no início do século XIX. Como ensina Canotilho, "este conceito ideal identifica-se fundamentalmente com os postulados políticos-liberais, considerando-os como elementos materiais caracterizadores e distintivos os seguintes: (a) a constituição deve consagrar um sistema de garantias da liberdade (esta essencialmente concebida no sentido do reconhecimento de direitos individuais e da participação dos cidadãos nos actos do poder legislativo através do parlamento); (b) a constituição contém o princípio da divisão de poderes, no sentido de garantia orgânica contra os abusos dos poderes estaduais; (c) a constituição deve ser escrita (documento escrito)"⁷.

3 CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES

3.1 Quadro geral

Classificação das Constituições:

Quanto ao conteúdo -> Materiais, Formais

Quanto à forma -> Escritas, Não escritas

Quanto ao modo de elaboração -> Dogmáticas, Históricas

Quanto à origem -> Promulgadas, Outorgadas

Quanto à estabilidade -> Imutáveis, Rígidas, Flexíveis, Semi-rígidas

Quanto à extensão e finalidade -> Analíticas, Sintéticas

3.2 Quanto ao conteúdo: constituições materiais, ou substanciais, e formais

Constituição material consiste no conjunto de regras materialmente constitucionais, estejam ou não codificadas em um único documento; enquanto a Constituição formal é aquela consubstanciada de forma escrita, por meio de um documento solene estabelecido pelo poder constituinte originário.

3.3 Quanto à forma: constituições escritas e não escritas

Constituição escrita é o conjunto de regras codificado e sistematizado em um único documento, para fixar-se a organização fundamental. Canotilho denomina-a de constituição instrumental, apontando seu efeito racionalizador, estabilizante, de segurança jurídica e de calculabilidade e publicidade⁸.

⁶ CARVALHO, Virgílio de Jesus Miranda. Os valores constitucionais fundamentais: esboço de uma análise axiológico-normativa. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. p. 13.

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional. Coimbra: Almedina, 1993.

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito... Op. cit. p. 65.

A Constituição escrita, portanto, é o mais alto estatuto jurídico de determinada comunidade, caracterizando-se por ser a lei fundamental de uma sociedade. A isso corresponde o conceito de constituição legal, como resultado da elaboração de uma Carta escrita fundamental, colocada no ápice da pirâmide normativa e dotada de coercibilidade⁹.

Como salienta Canotilho, "A garantia da força normativa da constituição não é tarefa fácil, mas se o direito constitucional é direito positivo, se a constituição vale como lei, então as regras e princípios constitucionais devem obter normatividade regulando jurídica e efetivamente as relações da vida, dirigindo as condutas e dando segurança a expectativas de comportamento"¹⁰.

Constituição não escrita é o conjunto de regras não aglutinadas em um texto solene, mas baseado em leis esparsas, costumes, jurisprudência e convenções (exemplo: Constituição Inglesa).

Salienta Jorge Miranda: "Diz-se muitas vezes que a Constituição inglesa é uma Constituição não escrita (unwritten Constitution). Só em certo sentido este asserto se afigura verdadeiro: no sentido de que uma grande parte das regras sobre organização do poder político é consuetudinária; e, sobretudo, no sentido de que a unidade fundamental da Constituição não repousa em nenhum texto ou documento, mas em princípios não escritos assentes na organização social e política dos Britânicos"¹¹.

3.4 Quanto ao modo de elaboração: constituições dogmáticas e históricas

Enquanto a constituição dogmática se apresenta como produto escrito e sistematizado por um órgão constituinte, a partir de princípios e idéias fundamentais da teoria política e do direito dominante, a constituição histórica é fruto da lenta e contínua síntese da História e tradições de um determinado povo (exemplo: Constituição Inglesa).

3.5 Quanto à origem: constituições promulgadas (democráticas, populares) e outorgadas

São promulgadas, também denominadas democráticas ou populares, as Constituições que derivam do trabalho de uma Assembléia Nacional Constituinte composta de representantes do povo, eleitos com a finalidade de sua elaboração (exemplo: Constituições brasileiras de 1891, 1934, 1946 e 1988) e constituições outorgadas as elaboradas e estabelecidas sem a participação popular, através de imposição do poder da época (exemplo: Constituições brasileiras de 1824, 1937, 1967 e EC n.º 01/1969).

Existem, ainda, as chamadas constituições cesaristas, que são aquelas que, não obstante outorgadas, dependem da ratificação popular por meio de referendo.

3.6 Quanto à estabilidade: constituições imutáveis, rígidas, flexíveis e semi-rígidas

São imutáveis as constituições onde se veda qualquer alteração, constituindo-se relíquias históricas. Em algumas constituições, a imutabilidade poderá ser relativa, quando se prevêem as chamadas limitações temporais, ou seja, um prazo em que não se admitirá a atuação do legislador constituinte reformador. Assim, a Constituição de 1824, em seu art. 174, determinava:

⁹ Cf. HESSE, Konrad. A força normativa da constituição (Die normative kraft der verfassung). Porto Alegre: Sergio Fabris, 1981.

¹⁰ Direito constitucional. Coimbra: Almedina, 1993. p. 183.

¹¹ MIRANDA, Jorge. Op. cit. t. 1, p. 126.

"Se passados quatro anos, depois de jurada a Constituição do Brasil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escrito, a qual deve ter origem na Câmara dos Deputados, e ser apoiada por terça parte deles."

Saliente-se, que apesar dessa previsão, a Constituição de 1824 era semi-flexível, como se nota por seu art. 178, que afirmava:

"É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, pode ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias."

Rígidas são as constituições escritas que poderão ser alteradas por um processo legislativo mais solene e dificultoso do que o existente para a edição das demais espécies normativas (por exemplo: CF/88 - art. 60); por sua vez, as constituições flexíveis, em regra não escritas, excepcionalmente escritas, poderão ser alteradas pelo processo legislativo ordinário.

Como um meio-termo entre as duas anteriores, surge a constituição semi-flexível ou semi-rígida, na qual algumas regras poderão ser alteradas pelo processo legislativo ordinário, enquanto outras somente por um processo legislativo especial e mais dificultoso.

Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada como super-rígida, uma vez que em regra poderá ser alterada por um processo legislativo diferenciado, mas, excepcionalmente, em alguns pontos é imutável (CF, art. 60, § 4.º - cláusulas pétreas).

3.7 Quanto à sua extensão e finalidade: constituições analíticas (dirigentes) e sintéticas (negativas, garantias)

As constituições sintéticas prevêm somente os princípios e as normas gerais de regência do Estado, organizando-o e limitando seu poder, por meio da estipulação de direitos e garantias fundamentais (por exemplo: Constituição Norte-americana); diferentemente das constituições analíticas que examinam e regulamentam todos os assuntos que entendam relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado (por exemplo: Constituição brasileira de 1988).

Como afirmado por José Afonso da Silva, o Constituinte "rejeitou a constituição sintética, que é constituição negativa, porque construtora apenas de liberdade-negativa ou liberdade-impedimento, oposta à autoridade, modelo de constituição que, às vezes, se chama de constituição garantia. (...) Assumiu o novo texto a característica de constituição-dirigente, enquanto define fins e programa de ação futura, menos no sentimento socialista do que no de uma orientação social-democrática imperfeita, reconheça-se"¹².

Em obra clássica sobre o assunto, Canotilho aponta a grande problemática em se definirem os limites de uma constituição-dirigente, sendo núcleo principal de estudo "o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais", implantando os planos traçados pelo legislador constituinte originário, em inter-relação com a realidade social¹³.

3.8 Constituição Federal de 1988

¹² SILVA, José Afonso. Curso... Op. cit. Prefácio, p. 8.

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição... Op. cit. p. 11, 69, 257.

Nossa atual Constituição Federal apresenta a seguinte classificação: formal, escrita, legal, dogmática, promulgada (democrática, popular), rígida, analítica.

3.9 Outras classificações

Doutrinariamente, podemos apontar outras classificações de constituições. Assim, as constituições dualistas ou pactuadas são aquelas em que se efetiva um compromisso entre o rei e o Poder Legislativo, sujeitando-se o monarca aos esquemas constitucionais, e resultando a constituição de dois princípios: o monárquico e o democrático.

Por sua vez, constituição nominalista é aquela cujo texto da Carta Constitucional já contém verdadeiros direcionamentos para os problemas concretos, a serem resolvidos mediante aplicação pura e simples das normas constitucionais. Ao intérprete caberia tão-somente interpretá-la de forma gramatical-literal. Por outro lado, constituição semântica é aquela cuja interpretação de suas normas depende da averiguação de seu conteúdo significativo, da análise de seu conteúdo sociológico, ideológico, metodológico, possibilitando uma maior aplicabilidade político-normativa-social do texto constitucional.

4. APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

4.1 Normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada

Tradicional a classificação das normas constitucionais, dada por José Afonso da Silva em relação a sua aplicabilidade em normas de eficácia plena, contida e limitada¹⁴.

São normas constitucionais de eficácia plena "aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular" (por exemplo: os "remédios constitucionais").

Normas constitucionais de eficácia contida são aquelas "que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados" (por exemplo: art. 5.º, XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer).

Por fim, normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que apresentam "aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade" (por exemplo: CF, art. 192, § 3.º: as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a 12% ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar).

4.2 Normas constitucionais com eficácia absoluta, plena, relativa restringível e relativa complementável ou dependentes de complementação

Maria Helena Diniz propõe uma nova espécie de classificação das normas constitucionais, tendo por critério a intangibilidade e a produção dos efeitos concretos¹⁵.

¹⁴ Sobre a aplicabilidade e interpretação das normas constitucionais, conferir FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Interpretação e estudos da Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1990. p. 11-20. / SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 89-91.

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. Norma constitucional e seus efeitos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 98-103.

Assim, propõe e explica a referida autora, que são normas constitucionais de eficácia absoluta "as intangíveis; contra elas nem mesmo há o poder de emendar. Daí conterem uma força paralisante total de toda a legislação que, explícita ou implicitamente, vier a contrariá-las. Distinguem-se, portanto, das normas constitucionais de eficácia plena, que, apesar de incidirem imediatamente sem necessidade de legislação complementar posterior, são emendáveis. Por exemplo, os textos constitucionais que amparam a federação (art. 1.º), o voto direto, secreto, universal e periódico (art. 14), a separação de poderes (art. 2.º) e os direitos e garantias individuais (art. 5.º, I a LXXVII), por serem insuscetíveis de emenda são intangíveis, por força dos arts. 60, § 4.º, e 34, VII, a e b".

As normas com eficácia plena "são plenamente eficazes..., desde sua entrada em vigor para disciplinarem as relações jurídicas ou o processo de sua efetivação, por conterem todos os elementos imprescindíveis para que haja a possibilidade da produção imediata dos efeitos previstos, já que, apesar de suscetíveis de emenda, não requerem normaçoão subconstitucional subsequente. Podem ser imediatamente aplicadas".

Por sua vez, as normas com eficácia relativa restringível correspondem "às de eficácia contida de José Afonso da Silva, mas, aceitando a lição de Michel Temer, preferimos denominá-la normas constitucionais de eficácia redutível ou restringível, por serem de aplicabilidade imediata ou plena, embora sua eficácia possa ser reduzida, restringida nos casos e na forma que a lei estabelecer; têm, portanto, seu alcance reduzido pela atividade legislativa. São preceitos constitucionais que receberam do constituinte normatividade capaz de reger os interesses, mas contêm, em seu bojo, a prescrição de meios normativos ou de conceitos que restringem a produção de seus efeitos. São normas passíveis de restrição".

Finalmente, "há preceitos constitucionais que têm aplicação mediata, por dependerem de norma posterior, ou seja, de lei complementar ou ordinária, que lhes desenvolva a eficácia, permitindo o exercício do direito ou do benefício consagrado. Sua possibilidade de produzir efeitos é mediata, pois, enquanto não for promulgada aquela lei complementar ou ordinária, não produzirão efeitos positivos, mas terão eficácia paralisante de efeitos de normas precedentes incompatíveis e impeditiva de qualquer conduta contrária ao que estabelecerem. Não recebem, portanto, do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação imediata, porque ele deixou ao Legislativo a tarefa de regulamentar a matéria, logo, por esta razão, não poderão produzir todos os seus efeitos de imediato, porém têm aplicabilidade mediata, já que incidirão totalmente sobre os interesses tutelados, após o regramento infraconstitucional. Por esse motivo, preferimos denominá-las normas com eficácia relativa dependente de complementação legislativa".

4.3 Normas programáticas

As normas programáticas, conforme salienta Jorge Miranda, "são de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-regras, explicitam comandos-valores; conferem elasticidade ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial - embora não único - o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem já (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, máxime os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjectivos;

aparecem, muitas vezes; acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados".

Portanto, o juízo de oportunidade e a avaliação da extensão do programa incumbem ao Poder Legislativo, no exercício de sua função legiferante e, como salientado por Tércio Sampaio Ferraz Jr., "a eficácia técnica, neste caso, é limitada. E a eficácia social depende da própria evolução das situações de fato. Daí resulta uma aplicabilidade dependente".

Maria Helena Diniz cita os arts. 21, IX, 23, 170, 205, 211, 215, 218, 226, § 2.º, da Constituição Federal de 1988 como exemplos de normas programáticas, por não regularem diretamente interesses ou direitos nelas consagrados, mas limitarem-se a traçar alguns preceitos a serem cumpridos pelo Poder Público, como "programas das respectivas atividades, pretendendo unicamente a consecução dos fins sociais pelo Estado"¹⁵.

INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

O conflito entre direitos e bens constitucionalmente protegidos resulta do fato de a Constituição proteger certos bens jurídicos (saúde pública, segurança, liberdade de imprensa, integridade territorial, defesa nacional, família, idosos, índios etc.), que podem vir a envolver-se numa relação do conflito ou colisão. Para solucionar-se esse conflito, compatibilizando-se as normas constitucionais, a fim de que todas tenham aplicabilidade, a doutrina aponta diversas regras de hermenêutica constitucional em auxílio ao intérprete.

Como definido por Vicente Ráo, "a hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para efeito de sua aplicação e interpretação; por meio de regras e processos especiais procura realizar, praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nelas contidos assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam".

A palavra intérprete, adverte Fernando Coelho, "tem origem latina - *interpres* - que designava aquele que descobria o futuro nas entranhas das vítimas. Tirar das entranhas ou desentranhar era, portanto, o atributo do *interpres*, de que deriva para a palavra interpretar com o significado específico de desentranhar o próprio sentido das palavras da lei, deixando implícito que a tradução do verdadeiro sentido da lei é algo bem guardado, entranhado, portanto, em sua própria essência".

Analisando a Constituição Federal, Raul Machado Horta aponta a precedência, em termos interpretativos, dos Princípios Fundamentais da República Federativa e da enunciação dos Direitos e Garantias Fundamentais, dizendo que "é evidente que essa colocação não envolve o estabelecimento de hierarquia entre as normas constitucionais, de modo a classificá-la em normas superiores e normas secundárias. Todas são normas fundamentais. A precedência serve à interpretação da Constituição, para extrair dessa nova disposição formal a impregnação valorativa dos Princípios Fundamentais, sempre que eles forem confrontados com atos do legislador, do administrador e do julgador", motivo pelo qual classifica-a de Constituição plástica.

A Constituição Federal há de sempre ser interpretada, pois somente por meio da conjugação da letra do texto com as características históricas, políticas, ideológicas do momento, se

encontrará o melhor sentido da norma jurídica, em confronto com a realidade sociopolítico-econômica e almejando sua plena eficácia.

Canotilho enumera diversos princípios e regras interpretativas das normas constitucionais:

- da unidade da constituição: a interpretação constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas;
- do efeito integrador: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deverá ser dada maior primazia aos critérios favorecedores da integração política e social, bem como ao reforço da unidade política;
- da máxima efetividade ou da eficiência: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda;
- da justeza ou da conformidade funcional: os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderão chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário;
- da concordância prática ou da harmonização: exige-se a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros;
- da força normativa da constituição: entre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais.

Aponta, igualmente, com Vital Moreira, a necessidade de delimitação do âmbito normativo de cada norma constitucional, vislumbrando-se sua razão de existência, finalidade e extensão¹⁶.

Esses princípios são perfeitamente completados por algumas regras propostas por Jorge Miranda:

- a contradição dos princípios deve ser superada, ou por meio da redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, ou, em alguns casos, mediante a preferência ou a prioridade de certos princípios;
- deve ser fixada a premissa de que todas as normas constitucionais desempenham uma função útil no ordenamento, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade;
- os preceitos constitucionais deverão ser interpretados tanto explicitamente quanto implicitamente, a fim de colher-se seu verdadeiro significado.

A aplicação dessas regras de interpretação deverá, em síntese, buscar a harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas, adequando-as à realidade e pleiteando a maior aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades públicas.

5.1 Interpretação conforme a Constituição

A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre

¹⁶ CANOTILHO e MOREIRA (Fundamentos... Op. cit. p. 136) dão-nos o seguinte exemplo: "não há conflito entre a liberdade de expressão e o direito ao bom nome em caso de difamação, dado que não está coberto pelo âmbito normativo-constitucional da liberdade de expressão o direito à difamação, calúnia ou injúria".

concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico.

Extremamente importante ressaltar que a interpretação conforme a constituição somente será possível quando a norma apresentar vários significados, uns compatíveis com as normas constitucionais e outros não, ou, no dizer de Canotilho, "a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um espaço de decisão (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela".

Portanto, não terá cabimento a interpretação conforme a constituição quando contrariar texto expresso da lei, que não permita qualquer interpretação em conformidade com a constituição, pois o Poder Judiciário não poderá, substituindo-se ao Poder Legislativo (leis) ou Executivo (medidas provisórias), atuar como legislador positivo, de forma a criar um novo texto legal. Nessas hipóteses, o Judiciário deverá declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo incompatível com a constituição.

A finalidade, portanto, dessa regra interpretativa é possibilitar a manutenção no ordenamento jurídico das leis e atos normativos editados pelo poder competente que guardem valor interpretativo compatível com o texto constitucional.

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, a técnica da denominada interpretação conforme "só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco"¹⁷, tendo salientado o Ministro Moreira Alves que "em matéria de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, admite-se, para resguardar dos sentidos que eles podem ter por via de interpretação, o que for constitucionalmente legítimo - é a denominada interpretação conforme a Constituição"¹⁸.

Para que se obtenha uma interpretação conforme a Constituição, o intérprete poderá declarar a inconstitucionalidade parcial do texto impugnado, no que se denomina interpretação conforme com redução do texto, ou, ainda, conceder ou excluir da norma impugnada determinada interpretação, a fim de compatibilizá-la com o texto constitucional. Essa hipótese é denominada interpretação conforme sem redução do texto. Vislumbram-se, portanto, três hipóteses:

- interpretação conforme com redução do texto: essa primeira hipótese ocorrerá quando for possível, em virtude da redação do texto impugnado, declarar a inconstitucionalidade de determinada expressão, possibilitando, à partir dessa exclusão de texto, uma interpretação compatível com a Constituição Federal. Assim, na Adin n.º 1.127-8, o STF, liminarmente, suspendeu a eficácia da expressão ou desacato contida no art. 7.º, § 2.º, do Estatuto da OAB (Lei n.º 8.906/94), concedendo à imunidade material dos advogados uma interpretação conforme o art. 133 da Constituição Federal;
- interpretação conforme sem redução do texto, conferindo à norma impugnada uma determinada interpretação que lhe preserve a constitucionalidade: nessas hipóteses, salienta

¹⁷ STF- Pleno - Adin n.º 1.344-1/ES - medida liminar- Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 19 abr. 1996, p. 12.212.

¹⁸ RTJ 151/331. Conferir, ainda, a interpretação conforme dada ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (STF - Pleno - Adin n.º 1.194-4/DF - Rel. Min. Maurício Corrêa, decisão: 14 fev. 1996).

o Pretório Excelso, "quando, pela redação do texto no qual se inclui a parte da norma que é atacada como inconstitucional, não é possível suprimir dele qualquer expressão para alcançar essa parte, impõe-se a utilização da técnica de concessão da liminar para a suspensão da eficácia parcial do texto impugnado sem a redução de sua expressão literal, técnica essa que se inspira na razão de ser da declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto em decorrência de este permitir interpretação conforme a Constituição"¹⁹ O STF julgou parcialmente procedente ação direta de inconstitucionalidade "para declarar-se inconstitucional a expressão contida no art. 276, § 2.º, da Lei n.º 10.098 do Estado do RS, bem como declarar-se que os §§ 3.º e 4.º desse mesmo artigo só são constitucionais com a interpretação que exclua da aplicação deles as funções ou empregos relativos a servidores celetistas que não se submeteram ao concurso aludido no art. 37, II, da parte permanente da CF, ou referido no § 1.º, art. 19 da ADCT";

- interpretação conforme sem redução do texto, excluindo da norma impugnada uma interpretação que lhe acarretaria a inconstitucionalidade: nesses casos, o Supremo Tribunal Federal excluirá da norma impugnada determinada interpretação incompatível com a Constituição Federal, ou seja, será reduzido o alcance valorativo da norma impugnada, adequando-a à Carta Magna. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, "por votação unânime, deferiu, em parte, o pedido de medida cautelar, para, sem redução de texto e dando interpretação conforme à Constituição, excluir com eficácia ex tunc, da norma constante do art. 90 da Lei n.º 9.099/95, o sentido que impeça a aplicação de normas de direito penal, com conteúdo mais favorável ao réu, aos processos penais com instrução iniciada à época da vigência desse diploma legislativo"²⁰ Assim, "A interpretação conforme é plenamente aceita e utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de dar ao texto do ato normativo impugnado compatibilidade com a Constituição Federal, mesmo se necessário for a redução de seu alcance"²¹. Nesse sentido, "o Tribunal, por votação majoritária, indeferiu o pedido de medida cautelar, para em interpretação conforme a Constituição e sem redução de texto, afastar qualquer exegese que incluía, no âmbito de compreensão da Lei Complementar n.º 87, de 13-9-96, a prestação de serviços de navegação ou de transporte aéreo"²².

5.2 Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto

A declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto pode ser utilizada como um mecanismo para atingir-se uma interpretação conforme a Constituição e, dessa forma, preservar-se a constitucionalidade da lei ou do ato normativo, excluindo-se algumas de suas interpretações possíveis.

Apesar da doutrina apontar as diferenças entre a interpretação conforme à Constituição - que consiste em técnica interpretativa - e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto - que configura técnica de decisão judicial - entendemos que ambas as hipóteses se completam, de forma que diversas vezes para se atingir uma interpretação

¹⁹ STF - Pleno - Adin n.º 1.344-1/ES - medida liminar - Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 19 abr. 1996, p. 12.212. No mesmo sentido: STF - Pleno - Adin n.º 1.719-9 - medida liminar - Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 27 fev. 1998, capa.

²⁰ STF - Pleno Adin n.º 1.719-9 - medida liminar - Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 27 fev. 1998, capa.

²¹ STF - Adin n.º 1.510-9/SC - medida liminar - Rel. Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça, Seção I, 25 fev. 1997.

²² STF - Pleno - Adin n.º 1.600-8/UF - medida liminar - Rel. Min. Sydney Sanches, Diário da Justiça, Seção I, 6 fev. 1998, p. 2.

conforme a Constituição, o intérprete deverá declarar a inconstitucionalidade de algumas interpretações possíveis do texto legal, sem contudo alterá-lo gramaticalmente²³.

Bryde, citado por Gilmar Ferreira Mendes, aponta a diferença teórica entre as duas espécies, sem porém recusar suas semelhanças quanto aos efeitos, bem como o fato do Tribunal Constitucional alemão utilizar-se da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, como instrumento para atingir-se uma interpretação conforme a Constituição. Assim, afirma Bryde que "Seria admissível que o Tribunal censurasse determinada interpretação por considerá-la inconstitucional. Isto resultaria, porém, da proximidade entre a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e a interpretação conforme à Constituição. A semelhança de efeitos dos dois instrumentos não altera a fundamental diferença existente entre eles. Eles somente poderiam ser identificados se se considerasse a interpretação conforme à Constituição não como regra normal de hermenêutica, mas como um expediente destinado a preservar leis inconstitucionais. Não se tem dúvida, outrossim, de que a Corte Constitucional utiliza muitas vezes, a interpretação conforme à Constituição com esse desiderato. É certo, também, que, nesses casos, mais adequada seria a pronúncia da declaração de nulidade parcial sem redução de texto. Se utilizada corretamente, a interpretação conforme à Constituição nada mais é do que interpretação da lei (Gesetzesauslegung), uma vez que qualquer intérprete está obrigado a interpretar a lei segundo as decisões fundamentais da Constituição".

Ressalte-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, conforme verificado no item anterior, utiliza-se da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto como instrumento decisório para atingir-se uma interpretação conforme a Constituição, de maneira a salvar a constitucionalidade da lei ou do ato normativo, sem contudo alterar seu texto.

6 PREÂMBULO CONSTITUCIONAL

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

O preâmbulo de uma Constituição pode ser definido como documento de intenções do diploma, e consiste em uma certidão de origem e legitimidade do novo texto e uma proclamação de princípios, demonstrando a ruptura com o ordenamento constitucional anterior e o surgimento jurídico de um novo Estado.

É de tradição em nosso Direito Constitucional e nele deve constar os antecedentes e enquadramento histórico da Constituição, bem como suas justificativas e seus grandes objetivos e finalidades.

²³ Gilmar Mendes Ferreira também se refere a essa semelhança, afirmando que "Identifica-se, assim, uma forte semelhança entre a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e interpretação conforme à Constituição, na qual, como se verá adiante, declara-se, muitas vezes, a inconstitucionalidade de determinadas possibilidades de interpretação com a eliminação de ampla constelação de casos do âmbito de aplicação da norma" (MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 199).

Jorge Miranda aponta a existência de preâmbulos em alguns dos mais importantes textos constitucionais estrangeiros: Estados Unidos (1787), Suíça (1874), Alemanha de Weimar (1919), Irlanda (1937), França (1946 e 1958), Japão (1946), Grécia (1975), Espanha (1978).

Podemos acrescentar as constituições do Peru (1979), da antiga Alemanha Ocidental (1949) e da Alemanha Oriental (1968, com as emendas de 7 de outubro de 1974), da Polônia (1952), Bulgária (1971), Romênia (1975), Cuba (1976), Nicarágua (1987), Moçambique (1978), São Tomé e Príncipe (1975) e Cabo Verde (1981).

Apesar de não fazer parte do texto constitucional propriamente dito e, conseqüentemente, não conter normas constitucionais de valor jurídico autônomo, o preâmbulo não é juridicamente irrelevante, uma vez que deve ser observado como elemento de interpretação e integração dos diversos artigos que lhe seguem.

Como ensina Juan Bautista Alberdi o preâmbulo deve sintetizar sumariamente os grandes fins da Constituição, servindo de fonte interpretativa para dissipar as obscuridades das questões práticas e de rumo para a atividade política do governo.

O preâmbulo, portanto, por não ser norma constitucional, não poderá prevalecer contra texto expresso da Constituição Federal, e tampouco poderá ser paradigma comparativo para declaração de inconstitucionalidade, porém, por traçar as diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas da Constituição, será uma de suas linhas mestras interpretativas²⁴.

No sentido inverso, admitindo a existência de força normativa no preâmbulo, manifestam-se: CAMPOS, G. Bidart. Derecho constitucional. t. 1. Ediar Buenos Aires, 1968. p. 314; NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro. Comentários à constituição federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 134. Pinto Ferreira também nos aponta: Lafferrière, Roger Pinto, Burdeau, Schmitt, Nawiaski, Paolo Biscaretti di Ruffia e Giese (FERREIRA, Pinto. Comentários à constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989. v 1. p. 4).

7 FUNDAMENTOS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

- a soberania: consiste, na definição de Marcelo Caetano, em "um poder político supremo e independente, entendendo-se por poder supremo aquele que não está limitado por nenhum outro na ordem interna e por poder independente aquele que, na sociedade internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceites e está em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos";

É a capacidade de editar suas próprias normas, sua própria ordem jurídica (a começar pela Lei Magna), de tal modo que qualquer regra heterônoma só possa valer nos casos e nos termos admitidos pela própria Constituição. A Constituição traz a forma de exercício da soberania popular no art. 14;

²⁴ No sentido do texto, afirmando a ausência de caráter normativo ao preâmbulo, e, conseqüentemente, da impossibilidade de ser paradigma comparativo para declaração de inconstitucionalidade, manifestam-se: CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. Fundamentos da constituição. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 45; LAVIÉ, Quiroga. Derecho constitucional. 3. ed. Depalma: Buenos Aires, 1993. p. 61; EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. Tratado de derecho constitucional. t. 1. Depalma: Buenos Aires, 1993. p. 76; MELLO FILHO, José Celso. Constituição Federal Anotada. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 20; BASTOS, Celso, GANDRA, Ives. Comentários à constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1. p. 409-410; DANTAS, Ivo. Constituição federal: teoria e prática. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. v 1. p. 221; FERREIRA, Pinto. Comentários à constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989. v 1. p. 3-4.

- a cidadania: representa um status e apresenta-se simultaneamente como objeto e um direito fundamental das pessoas;
- a dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos;
- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa: é através do trabalho que o homem garante sua subsistência e o crescimento do país, prevendo a Constituição, em diversas passagens, a liberdade, o respeito e a dignidade ao trabalhador (por exemplo: CF, arts. 5.º, XIII; 6.º; 7.º; 8.º; 194-204). Como salienta Paulo Barile, a garantia de proteção ao trabalho não engloba somente o trabalhador subordinado, mas também aquele autônomo e o empregador, enquanto empreendedor do crescimento do país;
- o pluralismo político: demonstra a preocupação do legislador constituinte em afirmar-se a ampla e livre participação popular nos destinos políticos do país, garantindo a liberdade de convicção filosófica e política e, também, a possibilidade de organização e participação em partidos políticos.

O Estado Democrático de Direito, que significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, proclamado no caput do artigo, adotou, igualmente, no seu parágrafo único, o denominado princípio democrático, ao afirmar que "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

Canotilho e Moreira informam o alcance do princípio democrático, dizendo: "A articulação das duas dimensões do princípio democrático justifica a sua compreensão como um princípio normativo multiforme. Tal como a organização da economia aponta, no plano constitucional, para um sistema econômico complexo, também a conformação do princípio democrático se caracteriza tendo em conta a sua estrutura pluridimensional. Primeiramente, a democracia surge como um processo de democratização, entendido como processo de aprofundamento democrático da ordem política, econômica, social e cultural. Depois, o princípio democrático recolhe as duas dimensões historicamente consideradas como antitéticas: por um lado, acolhe os mais importantes elementos da teoria democrática-representativa (órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes); por outro lado, dá guarida a algumas das exigências fundamentais da teoria participativa (alargamento do princípio democrático a diferentes aspectos da vida econômica, social e cultural, incorporação de participação popular direta, reconhecimento de partidos e associações como relevantes agentes de dinamização democrática etc.)".

Assim, o princípio democrático exprime fundamentalmente a exigência da integral participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país.

8 OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

O art. 3.º da Constituição Federal estabelece que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- garantir o desenvolvimento nacional;
- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A Emenda Constitucional n.º 31, de 14 de dezembro de 2000, atenta a um dos objetivos fundamentais da República - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais -, criou o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

O Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído no âmbito do Poder Executivo Federal, para vigorar até 2010, tem como objetivo viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, devendo a aplicação de seus recursos direcionar-se às ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida.

Ressalte-se que o referido fundo deverá ser regulamentado por lei complementar, contando em seu Conselho Consultivo e de Acompanhamento com representantes da Sociedade Civil.

Igualmente, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a EC n.º 31/00 determinou a instituição de Fundos de Combate à Pobreza, com a obrigatoriedade de participação da Sociedade Civil em suas gerências.

9 PRINCÍPIOS DE REGÊNCIA DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios (CF, art. 4.º)

- independência nacional;
- prevalência dos direitos humanos;
- autodeterminação dos povos;
- não-intervenção;
- igualdade entre os Estados;
- defesa da paz;
- solução pacífica dos conflitos;
- repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
 - concessão de asilo político.

A Constituição ainda determina que a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

9.1 Asilo político

Asilo político consiste no acolhimento de estrangeiro por parte de um Estado que não o seu, em virtude de perseguição por ele sofrida e praticada por seu próprio país ou por terceiro.

As causas motivadoras dessa perseguição, ensejadora da concessão do asilo, em regra são: dissidência política, livre manifestação de pensamento ou, ainda, crimes relacionados com a segurança do Estado, que não configurem delitos no direito penal comum.

Basicamente, o asilo político apresenta natureza territorial, ou seja, será concedido ao estrangeiro que tenha ingressado nas fronteiras do novo Estado, colocando-se no âmbito especial de sua soberania.

A concessão de asilo político a estrangeiro é ato de soberania estatal, de competência do Presidente da República, e, uma vez concedido, o Ministério da Justiça lavrará termo no qual serão fixados o prazo de estada do asilado no Brasil e, se for o caso, as condições adicionais aos deveres que lhe imponham o direito internacional e a legislação vigente, as quais ficará sujeito. No prazo de trinta dias a contar da concessão do asilo, o asilado deverá registrar-se no Departamento de Polícia Federal, bem como identificar-se pelo sistema datiloscópico. Em seu registro deverão constar os seguintes dados: nome, filiação, cidade e país de nascimento, nacionalidade, data de nascimento, sexo, estado civil, profissão, grau de instrução, local e data de entrada no Brasil, espécie e número de documento de viagem, número e classificação do visto consular, data e local de sua concessão, meio de transporte utilizado, bem como os dados relativos aos filhos menores e locais de residência, trabalho e estudo.

Como ensina Francisco Rezek, "conceder asilo político não é obrigatório para Estado algum, e as contingências da própria política - exterior e doméstica - determinam, caso a caso, as decisões do governo".

O asilado que desejar se ausentar do país e nele, posteriormente, reingressar, sem renúncia de sua condição, deverá solicitar autorização prévia do Ministro da Justiça. Igualmente, compete ao Ministro da Justiça a prorrogação dos prazos de estada do asilado.

A saída do país, sem prévia autorização do governo brasileiro, importará em renúncia ao asilo e impedirá o reingresso nessa condição²⁵.

Asilo político e extradição: ressalte-se que a concessão anterior de asilo político não é fator impeditivo de posterior análise, e conseqüente concessão, de pedido extradicional, desde que o fato ensejador do pedido não apresente características de crime político ou de opinião, pois nestes casos existirá expressa vedação constitucional (CF, art. 5.º, inc. LII).

2 PODER CONSTITUINTE

2.1 CONCEITO E FINALIDADE

O Poder Constituinte é a manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado.

A doutrina aponta a contemporaneidade da idéia de Poder Constituinte com a do surgimento de Constituições escritas, visando à limitação do poder estatal e a preservação dos direitos e garantias individuais.

2.2 TITULARIDADE DO PODER CONSTITUINTE

²⁵ Cf. sobre asilo: Lei n.º 6.815/80; Decreto n.º 86.715/81; Decreto n.º 678/92.

O titular do Poder Constituinte, segundo o abade Emmanuel Sieyès²⁶, um dos precursores dessa doutrina, é a nação, pois a titularidade do Poder liga-se à idéia de soberania do Estado, uma vez que mediante o exercício do poder constituinte originário se estabelecerá sua organização fundamental pela Constituição, que é sempre superior aos poderes constituídos, de maneira que toda manifestação dos poderes constituídos somente alcança plena validade se se sujeitar à Carta Magna.

Modernamente, porém, é predominante que a titularidade do poder constituinte pertence ao povo, pois o Estado decorre da soberania popular, cujo conceito é mais abrangente do que o de nação. Assim, a vontade constituinte é a vontade do povo, expressa por meio de seus representantes. Celso de Mello, corroborando essa perspectiva, ensina que as Assembléias Constituintes "não titularizam o poder constituinte. São apenas órgãos aos quais se atribui, por delegação popular, o exercício dessa magna prerrogativa"²⁷. Necessário transcrevermos a observação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, de que "o povo pode ser reconhecido como o titular do Poder Constituinte mas não é jamais quem o exerce. É ele um titular passivo, ao qual se imputa uma vontade constituinte sempre manifestada por uma elite". Assim, distingue-se a titularidade e o exercício do Poder Constituinte, sendo o titular o povo e o exercente aquele que, em nome do povo, cria o Estado, editando a nova Constituição.

3 ESPÉCIES DE PODER CONSTITUINTE

O Poder Constituinte classifica-se em Poder Constituinte originário ou de 1.º grau e Poder Constituinte derivado, constituído ou de 2.º grau.

4 PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

4.1 Conceito

O Poder Constituinte originário estabelece a Constituição de um novo Estado, organizando-o e criando os poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade. Tanto haverá Poder Constituinte no surgimento de uma primeira Constituição, quanto na elaboração de qualquer Constituição posterior.

A idéia da existência de um Poder Constituinte é o suporte lógico de uma Constituição superior ao restante do ordenamento jurídico e que, em regra, não poderá ser modificada pelos poderes constituídos. É, pois, esse Poder Constituinte, distinto, anterior e fonte da autoridade dos poderes constituídos, com eles não se confundindo.

4.2 Formas de expressão do poder constituinte originário

Inexiste forma prefixada pela qual se manifesta o poder constituinte originário, uma vez que apresenta as características de incondicionado e ilimitado. Pela análise histórica da constituição dos diversos países, porém, há possibilidade de apontar duas básicas formas de expressão do poder constituinte originário: Assembléia Nacional Constituinte e Movimento Revolucionário (outorga).

Tradicionalmente, a primeira Constituição de um novo país, que conquiste em sua liberdade política, será fruto da primeira forma de expressão: o movimento revolucionário. Entretanto,

²⁶ Emmanuel Joseph Sieyès (1748-1836) é o autor do livro *Qu'est-ce que le tiers État?* (O que é o terceiro Estado?), verdadeiro manifesto da Revolução Francesa, onde expõe as reivindicações da burguesia, definindo-a como a nação e, conseqüentemente, titular do poder constituinte.

²⁷ MELLO FILHO, José Celso. Op. cit. p. 14. No mesmo sentido: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...* Op. cit. p. 102. Contra: Nelson Saldanha afirma que "a complementaridade, modernamente, admitida, entre o povo e o governo, faz que se deva repartir entre os dois o título de portador do poder constituinte" (O poder constituinte. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 74).

as demais constituições desse mesmo país adotarão a segunda hipótese, ou seja, as assembleias nacionais constituintes.

Assim, são duas as formas básicas de expressão do Poder Constituinte: outorga e assembleia nacional constituinte/convenção.

A outorga é o estabelecimento da Constituição por declaração unilateral do agente revolucionário, que autolimita seu poder. (Exemplos: Constituições de 1824, 1937 e Ato Institucional n.º 1, de 9-4-1964.)

A assembleia nacional constituinte, também denominada convenção, nasce da deliberação da representação popular, devidamente convocada pelo agente revolucionário, para estabelecer o texto organizatório e limitativo de Poder. (Exemplo: Constituições de 1891, 1934, 1946, 1967 e 1988.)

4.3 Características do poder constituinte originário

O Poder Constituinte caracteriza-se por ser inicial, ilimitado, autônomo e incondicionado.

O Poder Constituinte é inicial, pois sua obra - a Constituição - é a base da ordem jurídica.

O Poder Constituinte é ilimitado e autônomo, pois não está de modo algum limitado pelo direito anterior, não tendo que respeitar os limites postos pelo direito positivo antecessor.

O Poder Constituinte também é incondicionado, pois não está sujeito a qualquer forma prefixada para manifestar sua vontade; não tem ela que seguir qualquer procedimento determinado para realizar sua obra de constitucionalização.

Canotilho sintetiza essas características dizendo que "o poder constituinte, na teoria de Sieyès, seria um poder inicial, autônomo e onipotente. É inicial porque não existe, antes dele, nem de facto nem de direito, qualquer outro poder. É nele que se situa, por excelência, a vontade do soberano (instância jurídico-política dotada de autoridade suprema). É um poder autônomo: a ele e só a ele compete decidir se, como e quando, deve 'dar-se' uma constituição à Nação. É um poder onipotente, incondicionado: o poder constituinte não está subordinado a qualquer regra de forma ou de fundo".

5 PODER CONSTITUINTE DERIVADO

5.1 Conceito e características

O Poder Constituinte derivado está inserido na própria Constituição, pois decorre de uma regra jurídica de autenticidade constitucional, portanto, conhece limitações constitucionais expressas e implícitas e é passível de controle de constitucionalidade.

Apresenta as características de derivado, subordinado e condicionado. É derivado porque retira sua força do Poder Constituinte originário; subordinado porque se encontra limitado pelas normas expressas e implícitas do texto constitucional, às quais não poderá contrariar, sob pena de inconstitucionalidade; e, por fim, condicionado porque seu exercício deve seguir as regras previamente estabelecidas no texto da Constituição Federal.

5.2 Espécies de poder constituinte derivado

O Poder Constituinte derivado subdivide-se em poder constituinte reformador e decorrente.

O Poder Constituinte derivado reformador, denominado por parte da doutrina de competência reformadora, consiste na possibilidade de alterar-se o texto constitucional, respeitando-se a

regulamentação especial prevista na própria Constituição Federal e será exercitado por determinados órgãos com caráter representativo. No Brasil, pelo Congresso Nacional. Logicamente, só estará presente nas Constituições rígidas e será estudado mais adiante no capítulo sobre emendas constitucionais.

O Poder Constituinte derivado decorrente, por sua vez, consiste na possibilidade que os Estados-membros têm, em virtude de sua autonomia político-administrativa, de se auto-organizarem por meio de suas respectivas constituições estaduais, sempre respeitando as regras limitativas estabelecidas pela Constituição Federal²⁸. No capítulo sobre organização do Estado Federal, estudar-se-á mais detalhadamente esta matéria.

6 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

6.1 FINALIDADE. DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DIREITOS DE DEFESA

Na visão ocidental de democracia, governo pelo povo e limitação de poder estão indissolúvelmente combinados. O povo escolhe seus representantes, que, agindo como mandatários, decidem os destinos da nação. O poder delegado pelo povo a seus representantes, porém, não é absoluto, conhecendo várias limitações, inclusive com a previsão de direitos e garantias individuais e coletivas, do cidadão relativamente aos demais cidadãos e ao próprio Estado. Assim, os direitos fundamentais cumprem, no dizer de Canotilho, "a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: 1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; 2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)".

Ressalte-se que o estabelecimento de constituições escritas está diretamente ligado à edição de declarações de direitos do homem. Com a finalidade de estabelecimento de limites ao poder político, ocorrendo a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário.

6.1.1 Classificação dos direitos fundamentais

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos. Assim, a classificação adotada pelo legislador constituinte estabeleceu cinco espécies ao gênero direitos e garantias fundamentais: direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos.

Modernamente, a doutrina apresenta-nos a classificação de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, baseando-se na ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos.

Como destaca Celso de Mello, "enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o

²⁸ Como explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho (O poder... Op. cit. p. 141), são os chamados princípios constitucionais limitativos.

princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade".

Assim, os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da Magna Charta.

Referindo-se aos hoje chamados direitos fundamentais de segunda geração, que são os direitos sociais, econômicos e culturais, surgidos no início do século, Themistocles Brandão Cavalcanti analisou que "o começo do nosso século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas da convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice etc."

Por fim, modernamente, protege-se, constitucionalmente, como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado²⁹, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, que são, no dizer de José Marcelo Vigliar, os interesses de grupos menos determinados de pessoas, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso.

Como conclui Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, complementar o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade".

Note-se que Celso Lafer classifica esses mesmos direitos em quatro gerações, dizendo que os direitos de terceira e quarta gerações transcendem a esfera dos indivíduos considerados em sua expressão singular e recaindo, exclusivamente, nos grupos primários e nas grandes formações sociais.

7 NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS QUE DISCIPLINAM OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

São direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma constituição cuja eficácia e aplicabilidade dependem muito de seu próprio enunciado, uma vez que a Constituição faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados entre os fundamentais. Em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. A própria Constituição Federal, em uma norma-síntese, determina tal fato dizendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Essa declaração pura e simplesmente não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torná-la eficiente (exemplo: mandado de injunção e iniciativa popular).

²⁹ Conforme afirmou o Supremo Tribunal Federal, "Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração" (RTJ 155/206).

7.1 Relatividade dos direitos e garantias individuais e coletivos

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5.º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Apontando a relatividade dos direitos fundamentais, Quiroga Lavié afirma que os direitos fundamentais nascem para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição, sem contudo desconhecem a subordinação do indivíduo ao Estado, como garantia de que eles operem dentro dos limites impostos pelo direito.

A própria Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, expressamente, em seu art. 29 afirma que "toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, serem exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes a supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados nessa Declaração".

8 DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

8.1 Diferenciação entre direitos e garantias individuais

Diversos doutrinadores diferenciam direitos de garantias fundamentais. A distinção entre direitos e garantias fundamentais, no direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito.

Para Canotilho, rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção dos direitos. As garantias traduzem-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus

direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade (exemplo: direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos, princípios do *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine crimen*, direito de *habeas corpus*, princípio do *non bis in idem*). A mesma diferenciação faz Jorge Miranda afirmando que "clássica e bem actual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias por outro lado. Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se".

8.2 Direitos fundamentais e garantias institucionais

Trata-se de clássica distinção da doutrina alemã, como lembra Canotilho, para a qual as garantias institucionais (*Einrichtungsgarantien*) compreendiam as garantias jurídico-públicas (*Institutionnelle Garantien*) e as garantias jurídico-privadas (*Institutsgarantie*).

As garantias institucionais, apesar de muitas vezes virem consagradas e protegidas pelas leis constitucionais, não seriam verdadeiros direitos atribuídos diretamente às pessoas, mas a determinadas instituições que possuem sujeito e objeto diferenciado.

Assim, a maternidade, a família, a liberdade de imprensa, o funcionalismo público, os entes federativos, são instituições protegidas diretamente como realidades sociais objetivas e só, indiretamente, se expandem para a proteção dos direitos individuais. Concluindo esse raciocínio, Canotilho afirma que "a protecção das garantias institucionais aproxima-se, todavia, da protecção dos direitos fundamentais quando se exige, em face das intervenções limitativas do legislador, a salvaguarda do 'mínimo essencial' (núcleo essencial) das instituições".

9 DESTINATÁRIOS DA PROTEÇÃO

O art. 5.º da Constituição Federal afirma que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Observe-se, porém, que a expressão residentes no Brasil deve ser interpretada no sentido de que a Carta Federal só pode assegurar a validade e gozo dos direitos fundamentais dentro do território brasileiro, não excluindo, pois, o estrangeiro em trânsito pelo território nacional, que possui igualmente acesso às ações, como o mandado de segurança e demais remédios constitucionais. Igualmente, as pessoas jurídicas são beneficiárias dos direitos e garantias individuais, pois reconhece-se às associações o direito à existência, o que de nada adiantaria se fosse possível excluí-las de todos os seus demais direitos. Dessa forma, os direitos enunciados e garantidos pela constituição são de brasileiros, pessoas físicas e jurídicas.

Assim, o regime jurídico das liberdades públicas protege tanto as pessoas naturais, brasileiros ou estrangeiros no território nacional, como as pessoas jurídicas, pois têm direito

à existência, à segurança, à propriedade, à proteção tributária e aos remédios constitucionais³⁰.

Miguel Ángel Ekmekdjian e Calogero Pizzolo observam que o art. 25.1 da Convenção Européia de Direitos Humanos habilita tanto as pessoas físicas como as jurídicas a reclamar a proteção de direitos humanos, da mesma forma que o Tribunal Constitucional da Espanha, que reconheceu expressamente a existência de direitos fundamentais relacionados à pessoa jurídica, respeitando-se, por óbvio, suas características próprias.

Igualmente, a Lei Fundamental alemã consagra que os direitos fundamentais são válidos para pessoas jurídicas, à medida que, pela sua essência, sejam aplicáveis às mesmas.

10 DIREITO À VIDA

A Constituição Federal garante que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.

A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo³¹ e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência³².

O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão-somente, dar-lhe o enquadramento legal, pois do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando um ovo ou zigoto. Assim a vida viável, portanto, começa com a nidação, quando se inicia a gravidez³³. Conforme adverte o biólogo Botella Lluziá, o embrião ou feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai, nem com a da mãe, sendo inexato afirmar que a vida do embrião ou do feto está englobada pela vida da mãe. A constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive uterina.

11 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio

³⁰ RF 226/81. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, reconhece o direito a pleno acesso à Justiça gratuita às pessoas jurídicas (STF - Pleno - Reclamação (AgR-ED) n.º 1.905/SP - Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 15-8-02. Informativo STF n.º 277).

³¹ Anote-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90), em seu art. 7.º, afirma que "a criança e o adolescente têm a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência". E o art. 8.º complementa esta garantia, afirmando que "incumbe ao Poder Público propiciar apoio alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitem".

³² Acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça, relatado pelo Desembargador Renan Lotufo, in Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n.º 04, p. 299-302.

³³ RJTJRS 104/418. "EMENTA: Ao nascituro assiste, no plano do Direito Processual, capacidade para ser parte, como autor ou como réu. Representando o nascituro, pode a mãe propor a ação investigatória, e o nascimento com vida investe o infante da titularidade da pretensão de direito material, até então apenas uma expectativa resguardada."

constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém, como ressaltado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal.

A igualdade se configura como uma eficácia transcendente de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a constituição, como norma suprema, proclama.

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.

Importante, igualmente, apontar a tríplice finalidade limitadora do princípio da igualdade - limitação ao legislador, ao intérprete/autoridade pública e ao particular. O legislador, no exercício de sua função constitucional de edição normativa, não poderá afastar-se do princípio da igualdade, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Assim, normas que criem diferenciações abusivas, arbitrárias, sem qualquer finalidade lícita, serão incompatíveis com a Constituição Federal.

O intérprete/autoridade pública não poderá aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias. Ressalte-se que, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas. Nesse sentido a intenção do legislador constituinte ao prever o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (uniformização na interpretação da Constituição Federal) e o recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça (uniformização na interpretação da legislação federal). Além disso, sempre em respeito ao princípio da igualdade, a legislação processual deverá estabelecer mecanismos de uniformização de jurisprudência a todos os Tribunais.

Finalmente, o particular não poderá pautar-se por condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas, sob pena de responsabilidade civil e penal, nos termos da legislação em vigor.

Sobre o princípio da igualdade, indispensável recordarmos a lição de San Tiago Dantas: "Quanto mais progredem e se organizam as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge seu sistema legislativo. A lei raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos, quase sempre atende a diferenças de sexo, de profissão, de atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior; raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase sempre se distingue conforme a natureza, a utilidade, a raridade, a intensidade de valia que ofereceu a todos; raramente qualifica de um modo único as múltiplas ocorrências de um mesmo fato, quase sempre os distingue conforme as circunstâncias em que se produzem, ou conforme a repercussão que têm no interesse geral. Todas essas situações, inspiradas no agrupamento natural e racional dos indivíduos e dos fatos, são essenciais ao processo legislativo, e não ferem o princípio da igualdade. Servem, porém, para indicar a necessidade de uma construção teórica, que permita distinguir as leis arbitrárias das leis conforme o direito, e eleve até esta alta triagem a tarefa do órgão do Poder Judiciário."

É esta a direção interpretativa do princípio da igualdade na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

11.1 Princípio da igualdade e limitação de idade em concurso público

A proibição genérica de acesso a determinadas carreiras públicas, tão-somente em razão da idade do candidato, consiste em flagrante inconstitucionalidade, uma vez que não se encontra direcionada a uma finalidade acolhida pelo direito, tratando-se de discriminação abusiva, em virtude da vedação constitucional de diferença de critério de admissão por motivo de idade (CF, art. 7.º, XXX), que consiste em corolário, na esfera das relações do trabalho, do princípio fundamental da igualdade (CF, art. 5.º, caput), que se entende, a falta de exclusão constitucional inequívoca, como ocorre em relação aos militares (CF, art. 42, § 1.º), a todo o sistema de pessoal civil.

É certo que ficarão ressaltadas, por satisfazer a uma finalidade acolhida pelo direito, uma vez examinada à luz da teleologia que informa o princípio da igualdade, as hipóteses em que a limitação de idade se possa legitimar como imposição de natureza e das atribuições do cargo a preencher.

11.2 Tratamento isonômico entre homens e mulheres (art. 5.º, I)

Afirma o art. 5.º, I, da Constituição Federal, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

A correta interpretação desse dispositivo torna inaceitável a utilização do *discrimen* sexo, sempre que o mesmo seja eleito com o propósito de desnivelar materialmente o homem da mulher; aceitando-o, porém, quando a finalidade pretendida for atenuar os desníveis. Conseqüentemente, além de tratamentos diferenciados entre homens e mulheres previstos pela própria constituição (arts. 7.º, XVIII e XIX; 40, § 1.º, 143, §§ 1.º e 2.º; 201, § 7.º), poderá a legislação infraconstitucional pretender atenuar os desníveis de tratamento em razão do sexo.

11.2.1 Critérios de admissão para concurso público

A interpretação jurisprudencial direciona no sentido da inconstitucionalidade da diferença de critério de admissão considerado o sexo (art. 5.º, inciso I, e § 2.º do art. 39 da Carta Federal), permitindo-se exceções tendo em vista a ordem socioconstitucional.

11.2.2 Critérios para admissão de emprego

A Lei n.º 9.029, de 13-4-1995, proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência de relação jurídica de trabalho. Igualmente, fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7.º da Constituição Federal, constituindo crime a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez; a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem indução ou instigamento à esterilização genética; promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema único de Saúde - SUS.

11.2.3 Constitucionalidade da prerrogativa do foro em favor da mulher e sua aplicação tanto para a ação de separação judicial quanto para a de divórcio direto

A Constituição anterior, em seu art. 153, § 1.º, também já vedava qualquer tipo de distinção entre as pessoas; o que a vigente constituição fez foi apenas e tão-somente reforçar a igualdade do tratamento que pessoas de sexos diferentes devem receber. Assim, inexistente diferença entre os dois dispositivos.

Ambos expressam o mesmo princípio, de forma diversa. Tanto faz dizer todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, quanto todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, destacando-se que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. O princípio da isonomia não pode ser entendido em termos absolutos; o tratamento diferenciado é admissível e se explica do ponto de vista histórico, também considerado pelo constituinte de 1988, já que a mulher foi, até muito pouco tempo, extremamente discriminada. O que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas. Além disso, a visão instrumentalista do processo, preocupação dos modernos estudiosos do direito processual, reestuda os institutos básicos do direito processual (jurisdição, ação, defesa, a relação jurídico-processual e o procedimento), para demonstrar que a ciência processual, em que pese sua autonomia em relação ao direito material, deve ser encarada como um instrumento daquele mesmo direito material e, assim, o procedimento, que integra o conceito do processo, deve atender a essa visão teleológica. Daí o legislador prever, como no caso, regra específica de competência, para corrigir um defeito histórico de opressão do homem sobre a mulher, permitindo a esta demandar em seu foro, pois, "técnica do direito processual, foro significa território; é palavra de uso freqüente na teoria da competência. Na organização das justiças locais brasileiras, foro vem a ser; afinal de contas, o mesmo que comarca (município ou pluralidade de municípios contíguos), que estão sujeitos à competência de um ou vários juízes de primeiro grau".

Dessa forma, aplicar-se-ia o art. 100, I, do Código de Processo Civil tanto à separação judicial quanto ao divórcio direto (instituído pela Constituição Federal, que, por meio de seu art. 226, § 6.º, ampliou as hipóteses até então previstas pela Lei n.º 6.515, de 26-12-1977 - Lei do Divórcio). Em relação, especificamente, ao divórcio direto, o assunto é pacífico no Estado de São Paulo, perante a Câmara Especial, que é a competente para, nos termos do

art. 187 do Regulamento Interno³⁴, julgar os conflitos de competência suscitados em primeira instância³⁵.

12 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O art. 5.º, II, da Constituição Federal, preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional, podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral. Com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei. Conforme salientam Celso Bastos e Ives Gandra Martins, no fundo, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei, pois como já afirmava Aristóteles, "a paixão perverte os Magistrados e os melhores homens: a inteligência sem paixão - eis a lei".

Como ressaltado por Garcia de Enterría, "quanto ao conteúdo das leis, a que o princípio da legalidade remete, fica também claro que não é tampouco válido qualquer conteúdo (dura lex, sed lex), não é qualquer comando ou preceito normativo que se legitima, mas somente aqueles que se produzem 'dentro da Constituição' e especialmente de acordo com sua 'ordem de valores' que, com toda explicitude, expressem e, principalmente, que não atentem, mas que pelo contrário sirvam aos direitos fundamentais".

Importante salientarmos as razões pelas quais, em defesa do princípio da legalidade, o Parlamento historicamente detém o monopólio da atividade legislativa, de maneira a assegurar o primado da lei como fonte máxima do direito:

- trata-se da sede institucional dos debates políticos;
- configura-se em uma caixa de ressonância para efeito de informação e mobilização da opinião pública;
- é o órgão que, em tese, devido a sua composição heterogênea e a seu processo de funcionamento, torna a lei não uma mera expressão dos sentimentos dominantes em determinado setor social, mas a vontade resultante da síntese de posições antagônicas e pluralistas da sociedade.

12.1 Princípios da legalidade e da reserva legal

O princípio da legalidade é de abrangência mais ampla do que o princípio da reserva legal. Por ele fica certo que qualquer comando jurídico impondo comportamentos forçados há de provir de uma das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional.

Por outro lado, encontramos o princípio da reserva legal. Este opera de maneira mais restrita e diversa. Ele não é genérico e abstrato, mas concreto. Ele incide tão-somente sobre os

³⁴ V. também a Lei Complementar estadual n.º 225/79, art. 11, II, e parágrafo único, e o Provimento n.º 35/92 do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

³⁵ Contra este posicionamento, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já entendeu, como noticia Theotônio Negrão (Código de processo civil e legislação processual em vigor. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 143), que "o art. 100, I, do CPC, não se aplica ao Divórcio Direto, eis que tendo a Constituição da República instituído o Divórcio Direto e, na mesma, ter-se proclamado a igualdade jurídica entre os cônjuges, não se pode aceitar a interpretação extensiva do dispositivo..." (REsp n.º 17.999-0, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo).

campos materiais especificados pela constituição. Se todos os comportamentos humanos estão sujeitos ao princípio da legalidade, somente alguns estão submetidos ao da reserva da lei. Este é, portanto, de menor abrangência, mas de maior densidade ou conteúdo, visto exigir o tratamento de matéria exclusivamente pelo Legislativo, sem participação normativa do Executivo.

José Afonso da Silva ensina que a doutrina não raro confunde ou não distingue suficientemente o princípio da legalidade e o da reserva legal. O primeiro significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal. Encontramos o princípio da reserva legal quando a constituição reserva conteúdo específico, caso a caso, à lei. Por outro lado, encontramos o princípio da legalidade quando a constituição outorga poder amplo e geral sobre qualquer espécie de relação. Assim, "tem-se, pois, reserva de lei, quando uma norma constitucional atribui determinada matéria exclusivamente à lei formal (ou a atos equiparados, na interpretação firmada na praxe), subtraindo-a, com isso, à disciplina de outras fontes, àquela subordinada".

A Constituição Federal estabelece essa reserva de lei, de modo absoluto ou relativo.

Assim, temos a reserva legal absoluta quando a norma constitucional exige para sua integral regulamentação a edição de lei formal, entendida como ato normativo emanado do Congresso Nacional elaborado de acordo com o devido processo legislativo constitucional.

Por outro lado, temos a reserva legal relativa quando a Constituição Federal, apesar de exigir edição de lei formal, permite que esta fixe tão-somente parâmetros de atuação para o órgão administrativo, que poderá complementá-la por ato infralegal, sempre, porém, respeitados os limites ou requisitos estabelecidos pela legislação.

Como salienta Canotilho, "quanto a certas matérias, a Constituição preferiu a lei como meio de actuação das disposições constitucionais, mas não proibiu a intervenção de outros actos legislativos, desde que a lei formal isso mesmo autorize e estabeleça, previamente, os princípios e objecto de regulamentação das matérias (reserva relativa)".

As hipóteses de reserva legal relativa são estabelecidas diretamente pela Constituição Federal, que permitirá, excepcionalmente, a complementação da legislação por atos normativos infraconstitucionais³⁶, pois em caso contrário, como salienta Canotilho, "a lei deve estabelecer ela mesmo o respectivo regime jurídico, não podendo declinar a sua competência normativa a favor de outras fontes (proibição da incompetência negativa do legislador)".

13 TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA TORTURA (ART. 5.º, III E XLIII)

O art. 5.º da Constituição Federal prevê que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (inc. III); bem como que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. O art. 5.º, XLIII, da Constituição Federal é uma norma constitucional de eficácia limitada, pois

³⁶ Como salientado por Nuno Piçarra, é essencial na separação dos poderes que se evite a excessiva delegação legislativa ao órgão executivo (Cf. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 71).

necessita da atuação do legislador infraconstitucional para que sua eficácia se produza. Assim, quanto à inafiançabilidade e insuscetibilidade de graça ou anistia foi editada a lei dos crimes hediondos³⁷, porém, no tocante à definição do crime de terrorismo e tortura, foi, ainda, necessária a edição de lei infraconstitucional, de competência da União (art. 22, I, da CF), tipificando-os, em razão do próprio preceito constitucional do art. 5.º, XXXIX.

Questão controversa, decidida pelo Supremo Tribunal Federal, considerou por maioria de votos (6 x 5), que já existe lei tipificando o delito de tortura, quando praticado contra criança ou adolescente, ao analisar a constitucionalidade do art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente³⁸.

A controvérsia, porém, foi solucionada pelo legislador que, ao editar a Lei n.º 9.455, de 7-4-1997, definiu os crimes de tortura (art. 1.º) e, expressamente em seu art. 4.º, revogou o art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90).

Assim, o crime de tortura exige o constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental³⁹.

14 LIBERDADE DE PENSAMENTO, DIREITO DE RESPOSTA E RESPONSABILIDADE POR DANO MATERIAL, MORAL OU A IMAGEM (ART. 5.º, IV E V)

A manifestação do pensamento é livre e garantida em nível constitucional, não aludindo a censura prévia em diversões e espetáculos públicos. Os abusos porventura ocorridos no exercício indevido da manifestação do pensamento são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário com a conseqüente responsabilidade civil e penal de seus autores, decorrentes inclusive de publicações injuriosas na imprensa, que deve exercer vigilância e controle da matéria que divulga. Atualmente, como ressalta Pinto Ferreira, "o Estado democrático defende o conteúdo essencial da manifestação da liberdade, que é assegurado tanto sob o aspecto positivo, ou seja, proteção da exteriorização da opinião, como sob o aspecto negativo, referente à proibição de censura".

15 LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA, CRENÇA RELIGIOSA, CONVICÇÃO FILOSÓFICA OU POLÍTICA E ESCUSA DE CONSCIÊNCIA (ART. 5.º, VI E VIII)

A Constituição Federal prevê que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei, pois "a liberdade de consciência constitui o núcleo básico de onde derivam as demais liberdades do pensamento. É nela que reside o fundamento de toda a atividade político-partidária, cujo exercício regular não pode gerar restrição aos direitos de seu titular".

Igualmente, o art. 15, IV, da Carta Federal, prevê que a recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa acarretará a perda dos direitos políticos.

³⁷ Lei n.º 8.072/90.

³⁸ STF - Pleno - HC n.º 70.389-5/SP, Rel. Min. Celso de Mello; j. 23-7-94, v. u. "EMENTA: Tortura contra criança ou adolescente - Existência jurídica desse crime no Direito Penal Positivo brasileiro - Necessidade de sua repressão - Convenções internacionais subscritas pelo Brasil - Previsão típica constante do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90, art. 233) - Confirmação da constitucionalidade dessa norma de tipificação penal - Delito imputado a policiais militares - Infração penal que não se qualifica como crime militar - Competência da Justiça comum do Estado-membro - Pedido deferido em parte." Nesse sentido também: HC 74.332-RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, 24 set. 96 - Informativo STF n.º 47.

³⁹ Cf. MALHEIROS, Sylvania Helena Steiner. Princípio da reserva legal e o crime de tortura na legislação brasileira. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º 13, p. 163, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

Dessa forma, dois são os requisitos para privação de direitos em virtude de crença religiosa ou convicção filosófica ou política: não-cumprimento de uma obrigação a todos imposta e descumprimento de prestação alternativa, fixada em lei.

O direito à escusa de consciência não está adstrito simplesmente ao serviço militar obrigatório, mas pode abranger quaisquer obrigações coletivas que conflitem com as crenças religiosas, convicções políticas ou filosóficas, como, por exemplo, o dever de alistamento eleitoral aos maiores de 18 anos e o dever de voto aos maiores de 18 anos e menores de 70 anos (CF, art. 14, § 1.º, I e II), cujas prestações alternativas vêm estabelecidas nos arts. 7.º e 8.º do Código Eleitoral (justificação ou pagamento de multa pecuniária), e, ainda, à obrigatoriedade do Júri.

15.1 Liberdade religiosa e Estado laico ou leigo

A conquista constitucional da liberdade religiosa é verdadeira consagração de maturidade de um povo, pois, como salientado por Themistocles Brandão Cavalcanti, é ela verdadeiro desdobramento da liberdade de pensamento e manifestação.

A abrangência do preceito constitucional é ampla, pois sendo a religião o complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, acaba por compreender a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto. O constrangimento à pessoa humana de forma a renunciar sua fé representa o desrespeito à diversidade democrática de idéias, filosofias e a própria diversidade espiritual.

Saliente-se que na história das constituições brasileiras nem sempre foi assim, pois a Constituição de 25 de março de 1824 consagrava a plena liberdade de crença, restringindo, porém, a liberdade de culto, pois determinava em seu art. 5.º que "a Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de Templo". Porém, já na 1.ª Constituição da República, de 24 de fevereiro de 1891, no art. 72, § 3.º, foram consagradas as liberdades de crença e de culto, estabelecendo-se que "todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum". Tal previsão foi seguida por todas as nossas constituições. Assim, a Constituição Federal, ao consagrar a inviolabilidade de crença religiosa, está também assegurando plena proteção à liberdade de culto e a suas liturgias.

Salienta Canotilho que a quebra de unidade religiosa da cristandade deu origem à aparição de minorias religiosas que defendiam o direito de cada um à verdadeira fé, concluindo que "esta defesa da liberdade religiosa postulava, pelo menos, a idéia de tolerância religiosa e a proibição do Estado em impor ao foro íntimo do crente uma religião oficial. Por este facto, alguns autores, como G. Jellinek, vão mesmo ao ponto de ver na luta pela liberdade de religião a verdadeira origem dos direitos fundamentais. Parece, porém, que se tratava mais da idéia de tolerância religiosa para credos diferentes do que propriamente da concepção da liberdade de religião e crença, como direito inalienável do homem, tal como veio a ser proclamado nos modernos documentos constitucionais".

Ressalte-se que a liberdade de convicção religiosa abrange inclusive o direito de não acreditar ou professar nenhuma fé, devendo o Estado respeito ao ateísmo.

15.2 Escusa de consciência e serviço militar obrigatório

O art. 143 da Lei Magna prevê que o serviço militar é obrigatório nos termos da lei (Lei n.º 4.375, de 17-8-1964, regulamentada pelo Decreto n.º 57.654, de 20-1-1966), competindo às Forças Armadas, na forma da lei, atribuir serviços alternativos aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar. A Lei n.º 8.239, de 4-10-1991, regulamentando o art. 143, §§ 1.º e 2.º, da Constituição Federal, dispõe sobre a prestação de serviço alternativo ao serviço militar obrigatório. Assim, ao Estado-Maior das Forças Armadas compete, na forma da lei e em coordenação com o Ministério da Defesa e os comandos militares, atribuir serviços alternativos aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência decorrente de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar. Entende-se por "serviço militar alternativo o exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial filantrópico ou mesmo produtivo, em substituição às atividades de caráter essencialmente militar".

O serviço alternativo será prestado em organizações militares da atividade e em órgãos de formação de reservas das Forças Armadas ou em órgãos subordinados aos ministérios civis, mediante convênios entre estes e o Ministério da Defesa, desde que haja interesse recíproco e, também, que sejam atendidas as aptidões do convocado. Ao final do período de atividades previsto, será conferido certificado de prestação alternativa ao serviço militar obrigatório, com os mesmos efeitos jurídicos do certificado de reservista. A recusa ou cumprimento incompleto do serviço alternativo, sob qualquer pretexto, por motivo de responsabilidade pessoal do convocado, implicará o não-fornecimento do certificado correspondente, pelo prazo de dois anos após o vencimento do período estabelecido. Findo o prazo previsto no parágrafo anterior, o certificado só será emitido após a decretação, pela autoridade competente, da suspensão dos direitos políticos do inadimplente, que poderá, a qualquer tempo, regularizar sua situação mediante cumprimento das obrigações devidas. A citada lei foi regulamentada pela Portaria n.º 2.681 - Cosemi, de 28-7-1992, aprovando o Regulamento da Lei de Prestação do Serviço Alternativo ao Serviço Militar Obrigatório.

15.3 Limitações ao livre exercício do culto religioso

A Constituição Federal assegura o livre exercício do culto religioso, enquanto não for contrário à ordem, tranqüilidade e sossego públicos, bem como compatível com os bons costumes.

Dessa forma, a questão das pregações e curas religiosas deve ser analisada de modo que não obstaculize a liberdade religiosa garantida constitucionalmente, nem tampouco acoberte práticas ilícitas.

Obviamente, assim como as demais liberdades públicas, também a liberdade religiosa não atinge grau absoluto, não sendo, pois, permitidos a qualquer religião ou culto atos atentatórios à lei, sob pena de responsabilização civil e criminal.

15.4 Religião e cultura

O ensino religioso poderá, desde que sempre de matrícula facultativa, constituir disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental (CF, art. 210, § 1.º). Ressalte-se que essa previsão constitucional deverá adequar-se às demais liberdades públicas, dentre elas a liberdade de culto religioso e a previsão do Brasil como um Estado laico.

Dessa forma, destaca-se uma dupla garantia constitucional. Primeiramente, não se poderá instituir nas escolas públicas o ensino religioso de uma única religião, nem tampouco pretender-se doutrinar os alunos a essa ou àquela fé. A norma constitucional pretende, implicitamente, que o ensino religioso deverá constituir-se de regras gerais sobre religião e princípios básicos da fé. Em segundo lugar, a Constituição garante a liberdade das pessoas em matricularem-se ou não, uma vez que, conforme já salientado, a plena liberdade religiosa consiste também na liberdade ao ateísmo.

Em relação à cultura, a lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas, inclusive feriados religiosos, de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais (CF, art. 215, § 2.º).

15.5 Assistência religiosa

A previsão constitucional do inciso VII, do art. 5.º ("é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva"), encerra um direito subjetivo daquele que se encontra internado em estabelecimento coletivo.

Assim, ao Estado cabe, nos termos da lei, a materialização das condições para a prestação dessa assistência religiosa, que deverá ser multiforme, ou seja, de tantos credos quanto aqueles solicitados pelos internos.

Logicamente, não se poderá obrigar nenhuma pessoa que se encontrar nessa situação, seja em entidades civis ou militares, a utilizar-se da referida assistência religiosa, em face da total liberdade religiosa vigente no Brasil. No entanto, dentro dessa limitação natural, a idéia do legislador constituinte foi fornecer maior amparo espiritual às pessoas que se encontram em situações menos favorecidas, afastadas do convívio familiar e social. Além disso, visa-se, por meio da assistência religiosa, a melhor ressocialização daquele que se encontra em estabelecimento de internação coletiva em virtude de sua natureza pedagógica.

Trata-se de uma norma constitucional de eficácia limitada, cuja regulamentação em relação às Forças Armadas foi dada pela Lei n.º 6.923/81, parcialmente alterada pela Lei n.º 7.672, de 23-9-1988, ambas recepcionadas pela nova ordem constitucional.

No tocante aos estabelecimentos prisionais, a Lei n.º 7.210/84 (Lei das Execuções Penais), igualmente recepcionada, em seu art. 24, estabelece que a assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa. Além disso, prevê-se que no estabelecimento prisional haverá local apropriado para os cultos religiosos e que nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividades religiosas.

Não nos parece procedente a crítica que alguns doutrinadores fazem a esse inciso da Constituição Federal, afirmando que não há compatibilidade entre um Estado laico e a previsão, como direito individual, de prestação de assistência religiosa, uma vez que o Estado brasileiro, embora laico, não é ateu, como comprova o preâmbulo constitucional, e, além disso, trata-se de um direito subjetivo e não de uma obrigação, preservando-se, assim, a plena liberdade religiosa daqueles que não professam nenhuma crença.

16 INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL, MORAL OU A IMAGEM

A Constituição Federal prevê o direito de indenização por dano material, moral e à imagem, consagrando, no inciso V, do art. 5.º, ao ofendido a total reparabilidade em virtude dos prejuízos sofridos.

A norma pretende a reparação da ordem jurídica lesada, seja por meio de ressarcimento econômico, seja por outros meios, por exemplo, o direito de resposta⁴⁰.

O art. 5.º, V não permite qualquer dúvida sobre a obrigatoriedade da indenização por dano moral⁴¹, inclusive a cumulatividade dessa com a indenização por danos materiais⁴².

Como decidiu o Superior Tribunal de Justiça, "sobrevindo, em razão de ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentimentos e nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral, passível de indenização", inclusive em relação aos danos estéticos⁴³.

Como ensina Rui Stocco, "pacificado, hoje, o entendimento de que o dano moral é indenizável e afastadas as restrições, o preconceito e a má vontade que a doutrina pátria e alienígena impunham à tese, com o advento da nova ordem constitucional (CF/88), nenhum óbice se pode, a priori, antepor à indenizabilidade cumulada".

Limongi França traz-nos o conceito de dano moral, afirmando ser aquele que, direta ou indiretamente, a pessoa física ou jurídica, bem assim a coletividade, sofre no aspecto não econômico dos seus bens jurídicos.

Ressalte-se, portanto, que a indenização por danos morais terá cabimento seja em relação à pessoa física, seja em relação à pessoa jurídica e até mesmo em relação às coletividades (interesses difusos ou coletivos); mesmo porque são todos titulares dos direitos e garantias fundamentais desde que compatíveis com suas características de pessoas artificiais.

15.1 Direito de resposta ou de réplica

A consagração constitucional do direito de resposta proporcional ao agravo é instrumento democrático moderno previsto em vários ordenamentos jurídico-constitucionais, e visa proteger a pessoa de imputações ofensivas e prejudiciais a sua dignidade humana e sua honra.

A abrangência desse direito fundamental é ampla, aplicando-se em relação a todas as ofensas, configurem ou não infrações penais.

Nesse sentido, lembremo-nos da lição de Rafael Bielsa, para quem existem fatos que, mesmo sem configurar crimes, acabam por afetar a reputação alheia, a honra ou o bom nome da pessoa, além de também vulnerarem a verdade, cuja divulgação é de interesse geral. O cometimento desses fatos pela imprensa deve possibilitar ao prejudicado instrumentos que permitam o restabelecimento da verdade, de sua reputação e de sua honra, por meio do exercício do chamado direito de réplica ou de resposta.

⁴⁰ Conferir: art. 1.538, § 1.º, Código Civil de 1916, atual 949; Lei n.º 5.250/67 (Lei de Imprensa); Lei n.º 8.389/91 (Política nacional de arquivos públicos e privados); Lei n.º 9.507/97 (regula o direito de acesso à informação e disciplina o rito processual do habeas data).

⁴¹ Conferir, em relação à possibilidade de indenização exclusivamente por danos morais: STF -1.ª T - REExt. n.º 105.157/SP - Rel. Min. Octávio Gallotti, Diário da Justiça, Seção I, 18 out. 1983, p. 18.459.

⁴² Súmula STJ n.º 37 - "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato" (cf. tb. RSTJ n.ºs 23/260, 27/268 e 289, 33/526, 542 e 599, 34/445, 50/305, 57/286; JTJ 146/253, 152/88; RT 586/210, 683/188, 700/213, 703/57).

⁴³ Como decidiu o Supremo Tribunal Federal, "não afronta o princípio da legalidade a reparação de lesões deformantes a título de dano moral (art. 1.538, § 1.º, do Código Civil)" (2.ª T - REExt. n.º 116.447/DF - Rel. Min. Célio Borja-RTJ 141/611). No mesmo sentido: STJ - "A indenização relativa ao dano moral abrangerá a pertinente ao dano estético, ressalvadas eventuais repercussões econômicas. Juros - Ilícito extracontratual - Súmula 54" (3.ª T - REsp n.º 41.492-0/RJ - Rel. Min. Eduardo Ribeiro - Ementário STJ, 10/157).

O exercício do direito de resposta, se negado pelo autor das ofensas, deverá ser tutelado pelo Poder Judiciário, garantindo-se o mesmo destaque à notícia que o originou. Anote-se que o ofendido poderá desde logo socorrer-se ao Judiciário para a obtenção de seu direito de resposta constitucionalmente garantido, não necessitando, se não lhe aprouver, tentar entrar em acordo com o ofensor.

A Constituição Federal estabelece como requisito para o exercício do direito de resposta ou réplica a proporcionalidade, ou seja, o desagravo deverá ter o mesmo destaque, a mesma duração (no caso de rádio e televisão), o mesmo tamanho (no caso de imprensa escrita), que a notícia que gerou a relação conflituosa. A responsabilidade pela divulgação do direito de resposta é da direção do órgão de comunicação, e não daquele que proferiu as ofensas.

Ressalte-se que o conteúdo do exercício do direito de resposta não poderá acobertar atividades ilícitas, ou seja, ser utilizado para que o ofendido passe a ser o ofensor, proferindo, em vez de seu desagravo, manifestação caluniosa, difamante, injuriosa.

17 EXPRESSÃO DA ATIVIDADE INTELECTUAL, ARTÍSTICA, CIENTÍFICA E DE COMUNICAÇÃO (ART. 5.º, IX)

A liberdade de expressão e de manifestação de pensamento não pode sofrer nenhum tipo de limitação prévia, no tocante a censura de natureza política, ideológica e artística. Contudo, é possível à lei ordinária a regulamentação das diversões e espetáculos, classificando-os por faixas etárias a que não se recomendem, bem como definir locais e horários que lhes sejam inadequados. Caberá também à lei estabelecer meios de defesa das pessoas e das famílias quanto a programas de rádio e televisão que descumpram os princípios determinados no art. 221, I a IV, como respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (arts. 220, § 3.º, e 221). A inviolabilidade prevista no inciso X do art. 5.º, porém, traça os limites tanto para a liberdade de expressão do pensamento como para o direito à informação, vedando-se o atingimento à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas.

A censura prévia significa o controle, o exame, a necessidade de permissão a que se submete, previamente e com caráter vinculativo, qualquer texto ou programa que pretende ser exibido ao público em geral. O caráter preventivo e vinculante é o traço marcante da censura prévia, sendo a restrição à livre manifestação de pensamento sua finalidade antidemocrática.

O texto constitucional repele frontalmente a possibilidade de censura prévia. Essa previsão, porém, não significa que a liberdade de imprensa é absoluta, não encontrando restrições nos demais direitos fundamentais, pois a responsabilização posterior do autor e/ou responsável pelas notícias injuriosas, difamantes, mentirosas sempre será cabível, em relação a eventuais danos materiais e morais.

Como salienta Miguel Ángel Ekmekdjian, a proibição à censura prévia, como garantia à liberdade de imprensa, implica forte limitação ao controle estatal preventivo, mas não impede a responsabilização posterior em virtude do abuso no exercício desse direito.

O autor, inclusive, cita julgado da Corte Suprema de Justiça argentina no qual se afirmou: "apesar de no regime democrático a liberdade de expressão ter um lugar eminente que obriga a particular cautela enquanto se trata de decidir responsabilidades por seu desenvolvimento, pode-se afirmar sem vacilação que ela não se traduz no propósito de assegurar a impunidade da imprensa".

A liberdade de imprensa em todos os seus aspectos, inclusive mediante a vedação de censura prévia, deve ser exercida com a necessária responsabilidade que se exige em um Estado Democrático de Direito, de modo que o desvirtuamento da mesma para o cometimento de fatos ilícitos, civil ou penalmente, possibilitará aos prejudicados plena e integral indenização por danos materiais e morais, além do efetivo direito de resposta.

18 INVIOABILIDADE À INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM

Os direitos à intimidade e a própria imagem formam a proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas.

A proteção constitucional consagrada no inciso X do art. 5.º refere-se tanto a pessoas físicas quanto a pessoas jurídicas⁴⁴, abrangendo, inclusive, à necessária proteção à própria imagem frente aos meios de comunicação em massa (televisão, rádio, jornais, revistas etc.)⁴⁵.

Os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada apresentam grande interligação, podendo, porém, ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro, que encontra-se no âmbito de incidência do segundo.

Assim, intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc.

Encontra-se em clara e ostensiva contradição com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1.º, III), com o direito à honra, à intimidade e à vida privada (CF, art. 5.º, X) converter em instrumento de diversão ou entretenimento assuntos de natureza tão íntima quanto falecimentos, padecimentos ou quaisquer desgraças alheias, que não demonstrem nenhuma finalidade pública e caráter jornalístico em sua divulgação. Assim, não existe qualquer dúvida de que a divulgação de fotos, imagens ou notícias apelativas, injuriosas, desnecessárias para a informação objetiva e de interesse público (CF, art. 5.º, XIV), que acarretem injustificado dano à dignidade humana autoriza a ocorrência de indenização por danos materiais e morais⁴⁶, além do respectivo direito à resposta.

No restrito âmbito familiar, os direitos à intimidade e vida privada devem ser interpretados de uma forma mais ampla, levando-se em conta as delicadas, sentimentais e importantes relações familiares, devendo haver maior cuidado em qualquer intromissão externa. Dessa forma, concluímos como Antonio Magalhães, no sentido de que "as intromissões na vida familiar não se justificam pelo interesse de obtenção de prova, pois, da mesma forma do que sucede em relação aos segredos profissionais, deve ser igualmente reconhecida a função social de uma vivência conjugal e familiar à margem de restrições e intromissões".

⁴⁴ O Superior Tribunal de Justiça já consagrou o cabimento de indenização por danos morais às pessoas jurídicas: A honra objetiva da pessoa jurídica pode ser ofendida pelo protesto indevido de título cambial, cabendo indenização pelo dano extrapatrimonial daí decorrente" (STJ - 4.ª T. - REsp n.º 60033/MG - Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, Diário da Justiça, Seção I, 27 nov. 1995, p. 40.893).

⁴⁵ Em relação ao direito à própria imagem, decidiu o STF que "Direito à proteção da própria imagem, diante da utilização de fotografia em anúncio com fim lucrativo, sem a devida autorização da pessoa correspondente. Indenização pelo uso indevido da imagem. Tutela jurídica resultante do alcance do direito positivo" (2.ª T. - Rextr. n.º 91328/SP - v. u. - Rel. Min. Djaci Falcão, Diário da Justiça, Seção I, 11 dez. 1981, p. 12.605). No mesmo sentido: STF - 1.ª T. - Rextr. n.º 95872/RJ - Rel. Min. Rafael Mayer, Diário da Justiça, Seção I, 1.º out. 1982, p. 9.830.

⁴⁶ Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo: A Constituição da República é expressa no garantir a indenizabilidade da lesão moral, independente de estar, ou não, associada a dano ao patrimônio físico. A indenização por dano moral é arbitrável, pois, nada dispondo a lei a respeito, não há critérios objetivos para cálculo, e esse dano nada tem com as repercussões econômicas do ilícito" (2.ª CCivil - AC n.º 170376-1 - Rel. Des. Cezar Peluzo - JTJ/SP - LEX 142/94).

Por outro lado, essa proteção constitucional em relação àqueles que exercem atividade política ou ainda em relação aos artistas em geral deve ser interpretada de uma forma mais restrita, havendo necessidade de uma maior tolerância ao se interpretar o ferimento das inviolabilidades à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, pois os primeiros estão sujeitos a uma forma especial de fiscalização pelo povo e pela mídia⁴⁷, enquanto o próprio exercício da atividade profissional dos segundos exige maior e constante exposição à mídia.

Essa necessidade de interpretação mais restrita, porém, não afasta a proteção constitucional contra ofensas desarrazoadas, desproporcionais e, principalmente, sem qualquer nexo causal com a atividade profissional realizada⁴⁸.

19 INVIOABILIDADE DOMICILIAR (ART. 5.º, XI)

O preceito constitucional consagra a inviolabilidade do domicílio, direito fundamental enraizado mundialmente, a partir das tradições inglesas, conforme verificamos no discurso de Lord Chatham no Parlamento britânico: O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar.

No sentido constitucional, o termo domicílio tem amplitude maior do que no direito privado ou no senso comum, não sendo somente a residência, ou ainda, a habitação com intenção definitiva de estabelecimento. Considera-se, pois, domicílio todo local, delimitado e separado, que alguém ocupa com exclusividade, a qualquer título, inclusive profissionalmente, pois nessa relação entre pessoa e espaço, preserva-se, mediatamente, a vida privada do sujeito.

Como já pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, domicílio, numa extensão conceitual mais larga, abrange até mesmo o local onde se exerce a profissão ou a atividade, desde que constitua um ambiente fechado ou de acesso restrito ao público, como é o caso típico dos escritórios profissionais. Como salientado por Gianpaolo Smanio, "aquilo que for destinado especificamente para o exercício da profissão estará dentro da disposição legal".

A Constituição Federal, porém, estabelece exceções à inviolabilidade domiciliar. Assim, a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, ainda durante o dia, por determinação judicial.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que mesmo sendo a casa o asilo inviolável do indivíduo, não pode ser transformado em garantia de impunidade de crimes, que em seu interior se praticam.

⁴⁷ Nesse sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo: "Os políticos estão sujeitos de forma especial às críticas públicas, e é fundamental que se garanta não só ao povo em geral larga margem de fiscalização e censura de suas atividades, mas sobretudo à imprensa, ante a relevante utilidade pública da mesma, e em contrapartida dá-lhes a sistemática constitucional de imunidade para, por sua vez, criticarem e censurarem outrem" (Apelação Cível n.º 235. 627-1- Barretos - Rel. Marco César - CCIV 5 – v. u. - 20 out. 1994).

⁴⁸ Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal: "Crime contra a honra e discussão político-eleitoral: limites de tolerância. As discussões políticas, particularmente as que se travam no calor de campanhas eleitorais renhidas, são inseparáveis da necessidade de emissão de juízos, necessariamente subjetivos, sobre qualidades e defeitos dos homens públicos nelas diretamente envolvidos, impondo critério de especial tolerância na sua valoração penal, de modo a não tolher a liberdade de crítica, que os deve proteger; mas a tolerância há de ser menor, quando, ainda que situado no campo da vida pública ou da vida privada de relevância pública do militante político, o libelo do adversário ultrapassa a linha dos juízos desprimorosos para a imputação de fatos mais ou menos concretos, sobretudo, se invadem ou tengenciam a esfera da criminalidade" (Pleno - Inquérito n.º 503/RJ - questão de ordem – v. u. - Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 26 mar. 1993, p. 5.001). No mesmo sentido: STF - Pleno - Inquérito n.º 496/DF – v. u. - Rel. Min. Ilmar Galvão, Diário da Justiça, Seção I, 12 nov. 1993, p. 24.022; STJ – 1.ª Seção - CC n.º 22/PR - Rel. Min. José de Jesus - Ementário n.º 01/267.

Assim, violação de domicílio legal, sem consentimento do morador, é permitida, porém somente nas hipóteses constitucionais:

- Dia: flagrante delito ou desastre ou para prestar socorro, ou, ainda, por determinação judicial. Somente durante o dia, a proteção constitucional deixará de existir por determinação judicial.
- Noite: flagrante delito ou desastre ou para prestar socorro.

19.1 Questão do dia e da noite

Para José Afonso da Silva, dia é o período das 6:00 horas da manhã às 18:00, ou seja, "sol alto, isto é, das seis às dezoito", esclarecendo Alcino Pinto Falcão que durante o dia a tutela constitucional é menos ampla, visto que a lei ordinária pode ampliar os casos de entrada na casa durante aquele período, que se contrapõe ao período da noite. Para Celso de Mello, deve ser levado em conta o critério físico-astronômico, como o intervalo de tempo situado entre a aurora e o crepúsculo.

É o mesmo entendimento de Guilherme de Souza Nucci, ao afirmar que noite "é o período que vai do anoitecer ao alvorecer, pouco importando o horário, bastando que o sol se ponha e depois se levante no horizonte".

Entendemos que a aplicação conjunta de ambos os critérios alcança a finalidade constitucional de maior proteção ao domicílio durante a noite, resguardando-se a possibilidade de invasão domiciliar com autorização judicial, mesmo após as 18:00 horas, desde que, ainda, não seja noite (por exemplo: horário de verão).

19.2 Violação de domicílio por decisão administrativa ou parlamentar. Impossibilidade - cláusula de reserva jurisdicional

A possibilidade de invasão domiciliar, durante o dia, sujeita-se a denominada cláusula de reserva jurisdicional⁴⁹, consistente na expressa previsão constitucional de competência exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário, com total exclusão de qualquer outro órgão estatal, para a prática de determinados atos.

Como salientado pelo Ministro Celso de Mello, "nem a Polícia Judiciária, nem o Ministério Público, nem a administração tributária, nem a Comissão Parlamentar de Inquérito ou seus representantes, agindo por autoridade própria, podem invadir domicílio alheio com o objetivo de apreender, durante o período diurno, e sem ordem judicial, quaisquer objetos que possam interessar ao Poder Público. Esse comportamento estatal representará inaceitável afronta a um direito essencial assegurado a qualquer pessoa, no âmbito de seu espaço privado, pela Constituição da República".

Conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, "a essencialidade da ordem judicial para efeito de realização das medidas de busca e apreensão domiciliar nada mais representa, dentro do novo contexto normativo emergente da Carta Política de 1988, senão a plena concretização da garantia constitucional pertinente à inviolabilidade do domicílio".

⁴⁹ O Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência constitucional da cláusula de reserva jurisdicional, afirmando: "As Comissões Parlamentares de Inquérito não podem determinar a busca e apreensão domiciliar, por se tratar de ato sujeito ao princípio constitucional da reserva de jurisdição, ou seja, ato cuja prática a CF atribui com exclusividade aos membros do Poder Judiciário" (STF - Pleno - MS n.º 23.642/DF - Rel. Min. Néri da Silveira, decisão: 29-11-2000 - Informativo STF n.º 212. Conferir transcrições nos Informativos STF n.º 151, 162, 163).

Daí a advertência - que cumpre ter presente - feita por Celso Ribeiro Bastos, no sentido de que "é forçoso reconhecer que deixou de existir a possibilidade de invasão por decisão de autoridade administrativa, de natureza policial ou não. Perdeu portanto a Administração a possibilidade da auto-executoriedade administrativa".

19.3 Inviolabilidade domiciliar e fisco

Como destaca o Ministro Celso de Mello, "esse amplo sentido conceitual da noção jurídica de 'casa' revela-se plenamente consentâneo com a exigência constitucional de proteção à esfera de liberdade individual e de privacidade pessoal (RT, 214/409; RT, 467/385; RT, 637/341). É por essa razão que a doutrina - ao destacar o caráter abrangente desse conceito jurídico - adverte que o princípio da inviolabilidade estende-se ao espaço em que alguém exerce, com exclusão de terceiros, qualquer atividade de índole profissional (Pontes de Miranda, Comentários à constituição de 1967 com a emenda n.º 1 de 1969, tomo V/187, 2.ª ed./2.ª tir., 1974, RT; José Cretella Júnior, Comentários à constituição de 1988, v. I/261, item n.º 150, 1989, Forense Universitária; Pinto Ferreira, Comentários à constituição brasileira, v. 1/82, 1989, Saraiva; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Comentários à constituição brasileira de 1988, v. 1/36-37, 1990, Saraiva; Carlos Maximiliano, Comentários à constituição brasileira, v. III/91, 1948, Freitas Bastos; Dinorá Adelaide Musetti Grotti, Inviolabilidade do domicílio na constituição, p. 70-78, 1993, Malheiros, v.g.). Sendo assim, nem a Polícia Judiciária e nem a administração tributária podem, afrontando direitos assegurados pela Constituição da República, invadir domicílio alheio com o objetivo de apreender, durante o período diurno, e sem ordem judicial, quaisquer objetos que possam interessar ao Poder Público. A Constituição Federal prescreve, no art. 145, § 1.º, que a administração tributária está sujeita, na efetivação das medidas e na adoção de providências que repute necessárias, ao respeito incondicional aos direitos individuais, dentre os quais avulta, por sua indiscutível importância, o direito à inviolabilidade domiciliar. Daí a observação de Ives Gandra Martins - reiterada por Sacha Calmon Navarro Coelho - no sentido de que os poderes de investigação do Fisco estão essencialmente limitados pelas cláusulas subordinantes da Constituição Federal cujas prescrições proclamam a necessidade de efetiva submissão do Poder estatal aos direitos individuais assegurados pela Lei Fundamental. Por isso mesmo, assinala Ives Gandra Martins (Comentários à Constituição do Brasil, v. 6.º, tomo I, p. 64, 1990, Saraiva). De início, o direito de fiscalizar é um direito inerente à Administração dentro das regras próprias do direito administrativo. E como a Constituição garante os direitos individuais, à evidência, garante a inviolabilidade do domicílio nos termos do art. 5.º, XI, com o que o Fisco, pela nova Constituição, não tem mais direitos do que aqueles que tinha com a Constituição pretérita".

20 SIGILO DE CORRESPONDÊNCIA E DE COMUNICAÇÃO (ART. 5.º, XII)

É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Ocorre, porém, que apesar de a exceção constitucional expressa referir-se somente à interceptação telefônica, entende-se que nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências e comunicações telegráficas e de dados sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal pela possibilidade excepcional de interceptação de carta de presidiário pela administração penitenciária, entendendo que a "inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas".

A análise do direito comparado reforça a idéia de relatividade dessas inviolabilidades. O art. 72 da Constituição do Reino da Dinamarca, promulgada em 5-6-1953, expressamente prevê que qualquer violação do segredo de correspondência postal, telegráfica e telefônica somente poderá ocorrer se nenhuma lei justificar exceção particular, após decisão judicial.

O art. 12 da Lei Constitucional da Finlândia prevê que será inviolável o segredo das comunicações postais, telegráficas e telefônicas, salvo as exceções estabelecidas em lei.

Igualmente, o art. 15 da Constituição Italiana prevê que a liberdade e o segredo da correspondência e de qualquer outra forma de comunicação são invioláveis. Sua limitação pode ocorrer somente por determinação da autoridade judiciária, mantidas as garantias estabelecidas em lei.

Importante destacar que a previsão constitucional, além de estabelecer expressamente a inviolabilidade das correspondências e das comunicações em geral, implicitamente proíbe o conhecimento ilícito de seus conteúdos por parte de terceiros. O segredo das correspondências e das comunicações é verdadeiro princípio corolário das inviolabilidades previstas na Carta Maior.

O preceito que garante o sigilo de dados engloba o uso de informações decorrentes da informática. Essa nova garantia, necessária em virtude da existência de uma nova forma de armazenamento e transmissão de informações, deve coadunar-se com as garantias de intimidade, honra e dignidade humanas, de forma que se impeçam interceptações ou divulgações por meios ilícitos.

201 Possibilidade de interceptação telefônica

Interceptação telefônica é a captação e gravação de conversa telefônica, no mesmo momento em que ela se realiza, por terceira pessoa sem o conhecimento de qualquer dos interlocutores. Essa conduta afronta o inciso XII do art. 5.º da Constituição Federal.

Nos casos de interceptações telefônicas, a própria Constituição Federal, no citado inciso XII, do art. 5.º, abriu uma exceção, qual seja, a possibilidade de violação das comunicações telefônicas, desde que presentes três requisitos:

- ordem judicial;
- para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;
- nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer.

Em relação ao último requisito (nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer), a doutrina dividia-se sobre a recepção e a possibilidade de utilização do Código de Telecomunicações, enquanto não fosse editada lei regulamentando as interceptações telefônicas, tendo porém o Plenário do Supremo Tribunal Federal, decidindo a questão, afirmado a não-recepção do art. 57, II, e, da Lei n.º 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações), vedando-se qualquer espécie de interceptação telefônica, até edição da legislação exigida constitucionalmente, sob pena de decretar-se a ilicitude da prova por esse meio obtida.

Ressalte-se que o entendimento do Pretório Excelso sobre a impossibilidade de interceptação telefônica, mesmo com autorização judicial para, na investigação criminal ou instrução processual penal, ausente a edição da lei exigida constitucionalmente, foi mantido até a edição da Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996, quando então a hipótese foi regulamentada.

20.2 Lei n.º 9.296, de 24-7-1996 - Interceptações telefônicas

A Lei n.º 9.296, de 24-7-1996, foi editada para regulamentar o inciso XII, parte final do art. 5.º, da Constituição Federal, determinando que a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça, aplicando-se, ainda, à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática⁵⁰, cessando assim a discussão sobre a possibilidade ou não deste meio de prova e, conseqüentemente, sobre sua licitude, desde que realizado após a edição da lei, que não contém efeito retroativo⁵¹.

A citada lei vedou a realização de interceptação de comunicações telefônicas quando não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal ou a prova puder ser feita por outros meios disponíveis, consagrando a necessidade da presença do *fumus boni iuris*, pressuposto exigível para todas as medidas de caráter cautelar, afirmando Antonio Magalhães Gomes Filho que deve ser perquirida a exclusividade deste meio de prova, "diante da forma de execução do crime, da urgência na sua apuração, ou então da excepcional gravidade da conduta investigada, a ponto de justificar-se a intromissão".

Importante ressaltar, ainda, que somente será possível a autorização para a interceptação quando o fato investigado constituir infração penal punida com reclusão.

Assim, a partir da edição da citada lei, fixando as hipóteses e a forma para a interceptação das comunicações telefônicas, a mesma poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da autoridade policial (somente na investigação criminal) ou do representante do Ministério Público (tanto na investigação criminal, quanto na instrução processual penal), sempre descrevendo-se com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada,

Feito o pedido de interceptação de comunicação telefônica, que conterà a demonstração de que sua realização é necessária à apuração de infração penal e a indicação dos meios a serem empregados, o juiz terá o prazo máximo de 24 horas para decidir, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de 15 dias, renovável por

⁵⁰ O Supremo Tribunal Federal negou medida liminar em sede de ação direta de inconstitucionalidade proposta em face do art. 1.º da Lei n.º 9.296/97, que instituiu a possibilidade de interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática (STF - Pleno - Adin n.º 1.488-9/DF - medida liminar - Rel. Min. Néri da Silveira, Diário da Justiça, Seção I, 26 nov. 1999, p. 63). Entendemos inexistir qualquer inconstitucionalidade no citado artigo da lei (conforme salientado em MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 150-152). Nesse mesmo sentido: GOMES, Luiz Flávio, CERVINI, Raúl. Interceptação telefônica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 171-176; STREK, Lenio Luiz. As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 42; JESUS, Damásio E. Interceptação de comunicações telefônicas: notas à Lei n.º 9.296, de 24-9-1996. RT 735/458.

⁵¹ STF - 2.ª T. - HC n.º 74.116/SP - Rel. Min. Néri da Silveira, Diário da Justiça, Seção I, 14 mar. 1997, p. 06.903. "É ilícita a prova induzida mediante escuta telefônica autorizada por magistrado, antes do advento da Lei n.º 9.296, de 24-7-96, que regulamentou o art. 5.º, inc. XII, da Constituição Federal; são igualmente ilícitas, por contaminação, as dela decorrentes: aplicação da doutrina norte-americana dos frutos da árvore venenosa." No mesmo sentido: STF - 2.ª T. - HC n.º 73.250-0/SP - Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 17 out. 1997, p. 52.490.

igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova⁵². Haverá autuação em autos apartados, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Como observado pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, a lei adotou o sistema de verificação prévia da legalidade condicionando a interceptação à autorização judicial, ressaltando, porém, como nossa posição que "melhor seria se a lei houvesse optado, como exceção, pelo sistema da verificação posterior da legalidade. Em outras palavras, a autoridade policial e o representante do Ministério Público poderiam tomar a iniciativa; concluída a diligência encaminhariam-na ao magistrado; se não contivesse vício e fosse pertinente, seria anexada aos autos. Caso contrário, destruída, implicando eventual responsabilidade criminal. Nessa direção, o moderno Código de Processo Penal da Itália (art. 267.2). Com efeito a prova é caracterização de um fato; poderá ser passageiro. O crime não tem hora marcada. Acontece a qualquer momento, mesmo fora do expediente Judiciário. Se não for tomada medida imediata, perderá importância. Não creio que a autorização verbal (art. 4.º, § 1.º) possa cobrir todas as hipóteses".

A diligência será conduzida pela autoridade policial, que poderá requisitar auxílio aos serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público, sempre com prévia ciência do Ministério Público, que poderá acompanhá-la, se entender necessário. Se houver possibilidade de gravação da comunicação interceptada, será determinada sua transcrição, encaminhando-se ao juiz competente, acompanhada com o devido auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

Após o término da diligência, a prova colhida permanecerá em segredo de Justiça, devendo então, caso já haja ação penal, ser possibilitado ao defensor sua análise, em respeito aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Ressalte-se que a natureza da diligência impede o conhecimento anterior do investigado e de seu defensor, pois, como ressalta Antonio Scarance Fernandes, "obviamente, se informado o réu ou o investigado, nunca iria ele efetuar qualquer comunicação comprometedor. O contraditório será diferido, garantindo-se, após a gravação e transcrição, ao investigado e ao acusado o direito de impugnar a prova obtida e oferecer contra-prova".

Dessa forma, a produção dessa espécie de prova em juízo está em plena consonância com o princípio do contraditório e da ampla defesa, permitindo-se à defesa impugná-la amplamente⁵³.

Ressalte-se, por fim, que não haverá possibilidade de interceptação da comunicação telefônica entre o acusado e seu defensor, pois o sigilo profissional do advogado, no exercício da profissão, é garantia do próprio devido processo legal. A interceptação somente

⁵² Adotamos novo posicionamento, diverso das três primeiras edições dessa obra onde defendíamos a possibilidade de uma única renovação da medida. Entendemos, melhor refletindo sobre o tema, que há circunstâncias onde a indispensabilidade desse meio de prova possibilitará sucessivas renovações (por exemplo: tráfico ilícito de entorpecentes).

⁵³ Cf. MAILLO, Alfonso Serrano. Valor de las escuchas telefónicas como prueba en el sistema español. Nulidad de la prueba obtenida ilegalmente. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º 15, p. 13, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. Contra o sentido do texto: Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Junior afirmam que "apesar da nova lei estar em aparente consonância com o art. 5.º, XII, da CF/88, que permite a violação das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, parece-nos que a interceptação telefônica durante a instrução judicial colide com as garantias constitucionais da igualdade (art. 5.º, caput), do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, LV), do direito à lealdade processual (fair play), abrangido pela garantia do devido processo legal (art. 5.º, LIV), e da própria inviolabilidade do exercício da advocacia (art. 133), esta última no caso de interceptação de comunicação telefônica entre o acusado e seu defensor" (A permissão constitucional e a nova lei de interceptação telefônica. Boletim IBCCrim, n.º 47, p. 2, out. 1996).

será possível se o advogado estiver envolvido na atividade criminosa, pois nesta hipótese não estará atuando como defensor, mas como participante da infração penal.

20.3 Gravação clandestina

Diferentemente da gravação resultante de interceptação telefônica, as gravações clandestinas são aquelas em que a captação e gravação da conversa pessoal, ambiental ou telefônica se dão no mesmo momento em que a conversa se realiza, feita por um dos interlocutores, ou por terceira pessoa com seu consentimento, sem que haja conhecimento dos demais interlocutores. Dessa forma, não se confunde interceptação telefônica com gravação clandestina de conversa telefônica, pois enquanto na primeira nenhum dos interlocutores tem ciência da invasão de privacidade, na segunda um deles tem pleno conhecimento de que a gravação se realiza. Essa conduta afronta o inciso X do art. 5.º da Constituição Federal, diferentemente das interceptações telefônicas que, conforme já analisado, afrontam o inciso XII do art. 5.º da Carta Magna.

Elimar Szaniawski, ao expor as diferenças entre as gravações lícitas e ilícitas, afirma que "as primeiras (gravações lícitas) consistem na realização do registro de conversações, depoimentos, conferências ou narrativas dos mais diversos fatos como a ocorrência de acidente, desabamentos, homicídios, fenômenos naturais etc. Nesta espécie de gravação, as lícitas, verificamos que sua principal característica é que, no momento em que foi realizada a captação do som, voz ou imagem do indivíduo, tinha este o pleno conhecimento da feitura das gravações ou dos interlocutores, tratando-se de fixação de uma conversação. Pode, ainda, a gravação ser realizada perante autoridade policial ou administrativa onde se assegurem todas as garantias constitucionais de respeito à liberdade da pessoa humana, de sua dignidade e o respeito à sua pessoa. Já o segundo grupo, o das gravações ilícitas, se caracteriza pelo fato do desconhecimento por parte do indivíduo, interlocutores, ou grupos de pessoas, de que sua voz ou imagem estejam sendo captadas e registradas por intermédio de algum aparelho em fitas para poder ser reproduzida. Inclui-se na espécie a captação da imagem por meio de fotografias do tipo chapa fotográfica, filme negativo, dispositivos (slides) ou outros meios de fixação da imagem. As gravações ilícitas podem ser classificadas em: interpolações, montagens e gravações sub-reptícias".

Em relação à gravação sub-reptícia, continua dizendo ser aquela "que se dá clandestinamente, isto é, quando a voz, a imagem ou a imagem e a voz, simultaneamente, são fixadas por aparelhos sem o conhecimento da pessoa que fala e cuja imagem aparece. São captações clandestinas geralmente realizadas por aparelhos ocultos ou disfarçados. A maioria dos autores denomina de gravações ilícitas aquelas que são realizadas às ocultas sem conhecimento por parte daquele cuja voz ou imagem estejam sendo gravadas. Para nós, qualquer desses meios de se captar a voz ou a imagem, clandestinamente, bem como qualquer tipo de distorção de uma gravação, constitui-se em gravação ilícita, nesta última, mesmo que a gravação original tenha sido realizada com o conhecimento e expressa autorização da pessoa cuja voz ou imagem tenham sido captadas, qualquer espécie de corte ou outro tipo de distorção ou alteração caracterizam sua ilicitude".

Assim, a tutela constitucional das comunicações pretende tornar inviolável a manifestação de pensamento que não se dirige ao público em geral, mas a pessoa, ou pessoas determinadas. Consiste, pois, no direito de escolher o destinatário da transmissão.

Nelson Nery Júnior relata que no tocante ao processo civil, houve caso líder decidido pelo Supremo Tribunal Federal, não admitindo prova de adultério obtida por gravação clandestina em fita magnética, em ação de antigo desquite.

O plenário da Corte Suprema, novamente, decidiu pela inadmissibilidade, como prova, de laudo de gravação de conversa telefônica obtido por meios ilícitos (art. 5.º, LVI, da Constituição Federal), por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, havendo a gravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório, e utilizada com violação à privacidade alheia (art. 5.º, X, da CF). Como salientou o Ministro Celso de Mello, "a gravação de conversação com terceiros, feita através de fita magnética, sem o conhecimento de um dos sujeitos da relação dialógica, não pode ser contra este utilizada pelo Estado em juízo, uma vez que esse procedimento - precisamente por realizar-se de modo sub-reptício - envolve quebra evidente de privacidade, sendo, em conseqüência, nula a eficácia jurídica da prova coligida por esse meio. O fato de um dos interlocutores desconhecer a circunstância de que a conversação que mantém com outrem está sendo objeto de gravação atua, em juízo, como causa obstativa desse meio de prova. O reconhecimento constitucional do direito à privacidade (CF, art. 5.º, X) desautoriza o valor probante do conteúdo de fita magnética que registra, de forma clandestina, o diálogo mantido com alguém que venha a sofrer a persecução penal do Estado. A gravação de diálogos privados, quando executada com total desconhecimento de um dos seus partícipes, apresenta-se eivada de absoluta desvalia, especialmente quando o órgão da acusação penal postula, com base nela, a prolação de um decreto condenatório".

Em conclusão, não se pode deixar de reconhecer que toda gravação apresenta grandes possibilidades de manipulações, através de sofisticados meios eletrônicos e computadorizados, pelos quais se podem suprimir trechos da gravação, efetuar montagens com textos diversos, alterar completamente o sentido de determinadas conversas ou, ainda, utilizando-se de aparelhos moderníssimos, realizar montagens de frases utilizando-se de padrões vocais de determinada pessoa, motivos pelos quais, como regra geral, devem ser inadmitidas como prova.

Além dessa possibilidade de manipulação probatória, também é mister reconhecer que a gravação clandestina de conversas acaba por atentar frontalmente com diversos direitos constitucionalmente garantidos e, principalmente, contra a inviolabilidade da vida privada e da intimidade.

Excepcionalmente se admite a possibilidade de gravação clandestina com autorização judicial, mesmo ausente lei específica que regulamente o assunto⁵⁴.

21 INVIOABILIDADE DE DADOS (ART. 5.º, X E XII): SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL

21.1 Inviolabilidade constitucional da privacidade e do sigilo de dados

A garantia do sigilo de dados como norma constitucional é previsão recente, pois foi trazida com a Constituição Federal de 1988. Com a inovação vieram inúmeras dúvidas e conseqüências jurídicas⁵⁵.

⁵⁴ Conforme afirmou o Ministro Moreira Alves: "Penso que o sistema brasileiro é similar ao italiano, onde a tutela do sigilo das comunicações não abrange a gravação, descabe cogitar da exigência da interposição de qualquer outro provimento legislativo regulamentador" - voto-relator no HC n.º 74.678-1/SP - Ementário STF n.º 1.878-02. Cf. sobre o tema, nesse mesmo capítulo, item 23.1.

⁵⁵ A Lei Complementar n.º 105, de 10-1-2001, dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras. Essa lei complementar foi regulamentada pelo Decreto n.º 3.724, de 10-1-2001, relativamente à aquisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas.

A inviolabilidade do sigilo de dados (art. 5.º, XII) complementa a previsão ao direito à intimidade e vida privada (art. 5.º, X), sendo ambas as previsões de defesa da privacidade regidas pelo princípio da exclusividade, que pretende assegurar ao indivíduo, como ressalta Tercio Ferraz a "sua identidade diante dos riscos proporcionados pela niveladora pressão social e pela incontrastável impositividade do poder político. Aquilo que é exclusivo é o que passa pelas opções pessoais, afetadas pela subjetividade do indivíduo e que não é guiada nem por normas nem por padrões objetivos. No recôndito da privacidade se esconde pois a intimidade. A intimidade não exige publicidade porque não envolve direitos de terceiros. No âmbito da privacidade, a intimidade é o mais exclusivo dos seus direitos".

Desta forma, a defesa da privacidade deve proteger o homem contra: a) a interferência em sua vida privada, familiar e doméstica; b) a ingerência em sua integridade física ou mental, ou em sua liberdade intelectual e moral; c) os ataques à sua honra e reputação; d) sua colocação em perspectiva falsa; e) a comunicação de fatos relevantes e embaraçosos relativos à sua intimidade; f) o uso de seu nome, identidade e retrato; g) a espionagem e a espreita; h) a intervenção na correspondência; i) a má utilização de informações escritas e orais; j) a transmissão de informes dados ou recebidos em razão de segredo profissional.

Com relação a esta necessidade de proteção à privacidade humana, não podemos deixar de considerar que as informações fiscais e bancárias, sejam as constantes nas próprias instituições financeiras, sejam as constantes na Receita Federal ou organismos congêneres do Poder Público, constituem parte da vida privada da pessoa física ou jurídica.

Como salienta Celso Bastos, "não é possível atender-se tal proteção (intimidade) com a simultânea vigilância exercida sobre a conta bancária ou as despesas efetuadas com cartões de crédito pelo cidadão", pois "a doação feita a um partido político ou a uma seita religiosa(...) poderia ser identificada pelos órgãos fazendários que estariam desvendando uma vontade secreta do benemérito", e continua sua exposição dizendo "do atraso de pagamento da fatura de um cartão de crédito, ou de uma duplicata por dificuldades financeiras, ou da existência de saldo bancário desfavorável poderia ter ciência a União se houvesse a quebra do sigilo bancário e creditício, implicando, senão a comunicação a outros órgãos ou a adoção de medidas, ao menos o conhecimento de fatos relevantes e embaraçosos relativos à intimidade".

Lembre-mos, ainda, que inúmeras informações bancárias são fornecidas pelos Correios (extratos, contas a pagar, comprovante de depósitos etc.), bem como dados relativos à Receita Federal (confirmação da restituição ou saldo devedor ao Fisco), e caso não estivessem protegidos pelo sigilo bancário e fiscal, respectivamente, estar-se-ia, sobretudo, desrespeitando-se a inviolabilidade das correspondências.

Igualmente ao sigilo bancário, as informações relativas ao sigilo fiscal somente poderão ser devassadas em caráter excepcional e nos estritos limites legais, pois as declarações prestadas para fins de imposto de renda revestem-se de caráter sigiloso, e somente motivos excepcionais justificam a possibilidade de acesso por terceiros, havendo necessidade de autorização judicial, no interesse da Justiça.

Importante observar que o Poder Público, por meio de declarações de rendas anuais enviadas à Receita Federal, obtém dados relativos à vida privada e aos negócios de todos os contribuintes, sejam pessoas físicas ou jurídicas. Informações essas, como lembra Antonio Vital Ramos Vasconcelos, que a princípio deveriam contar com rigorosa e exata declaração

de rendas e patrimônio, e que contam com a garantia de guarda de rigoroso sigilo sobre a situação de riqueza dos contribuintes.

Não há dúvida, portanto, de que o desrespeito ao sigilo constitucionalmente protegido acarretaria violação a diversas garantias constitucionais.

21.2 Características básicas das garantias dos sigilos bancário e fiscal

Os sigilos bancário e fiscal, consagrados como direitos individuais constitucionalmente protegidos, somente poderão ser excepcionados por ordem judicial fundamentada ou de Comissões Parlamentares de Inquérito, desde que presentes requisitos razoáveis, que demonstrem, em caráter restrito e nos estritos limites legais, a necessidade de conhecimento dos dados sigilosos.

As características básicas dos sigilos bancário e fiscal são:

- indispensabilidade dos dados constantes em determinada instituição financeira. Assim, a quebra do sigilo bancário ou fiscal só deve ser decretada, e sempre em caráter de absoluta excepcionalidade, quando existentes fundados elementos de suspeita que se apóiem em indícios idôneos, reveladores de possível autoria de prática ilícita por parte daquele que sofre a investigação;
- individualização do investigado e do objeto da investigação;
- obrigatoriedade de manutenção do sigilo em relação às pessoas estranhas ao procedimento investigatório;
- utilização dos dados obtidos de maneira restrita, somente para a investigação que lhe deu causa⁵⁶;
- os sigilos bancário e fiscal são relativos e apresentam limites, podendo ser devassados pela Justiça Penal ou Civil, pelas Comissões Parlamentares de Inquérito e pelo Ministério Público uma vez que a proteção constitucional do sigilo não deve servir para detentores de negócios não transparentes ou de devedores que tiram proveito dele para não honrar seus compromissos;
- o mandado de segurança, e não o habeas corpus, é a ação constitucional adequada para resguardar direito líquido e certo, portanto idôneo para o Judiciário reconhecer o direito de não quebrar os sigilos bancário e fiscal, salvo em hipóteses excepcionais;
- impossibilidade de quebra do sigilo bancário por requisição fiscal de informações bancárias, havendo necessidade de intervenção judicial⁵⁷;
- a quebra do sigilo bancário, desde que presentes os requisitos já estudados, não afronta o art. 5.º incisos X e XII, da Constituição Federal⁵⁸;

⁵⁶ O Supremo Tribunal Federal indeferiu pedido de autoridade fiscal formulado em inquérito em que se apuravam fatos relacionados com o chamado "escândalo do orçamento", no sentido de que fosse autorizada a extração de cópia de documentos que chegaram aos autos em virtude de quebra do sigilo bancário do indiciado, e que poderiam ser úteis à fiscalização tributária (Inq. n.º 923/DF - Rel. Min. Moreira Alves, decisão: 18-4-96. Informativo STF, Brasília, n.º 27, 15 a 19 abr. 1996).

⁵⁷ Conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça, "o sigilo bancário do contribuinte não pode ser quebrado com base em procedimento administrativo-fiscal, por implicar indevida intromissão na privacidade do cidadão, garantia esta expressamente amparada pela Constituição Federal - art. 5.º, inciso X" (STJ -1.ª T. - Resp. n.º 121.642/DF - Rel. Min. Demócrito Reinaldo, Diário da Justiça, Seção I, 22 set. 1997, p. 46.337). No mesmo sentido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Apelação Cível n.º 263.121-2 - São José do Rio Preto -15.ª Câmara Civil - Rel. Des. Maurício Vidigal - 3-10-95 - v. u.

⁵⁸ Supremo Tribunal Federal, PET; 577. No mesmo sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que "A ordem jurídica autoriza a quebra do sigilo bancário, em situações excepcionais. Implicando, entretanto, na restrição do direito à privacidade do cidadão, garantida pelo

- o princípio do contraditório não prevalece na fase inquisitorial, permitindo-se a quebra do sigilo sem oitiva do investigado⁵⁹;
- o próprio Código Tributário Nacional, ao estabelecer o sigilo, não o faz de forma absoluta. Dessa forma, não há qualquer ofensa à Constituição Federal, nem ao art. 144 do Código Civil de 1916, atual 229, a quebra desta inviolabilidade por decisões judiciais;
- a Justiça competente para a decretação da quebra do sigilo bancário será estabelecida pelas regras normais previstas tanto pela Constituição Federal, quanto pelas leis infraconstitucionais, não tendo sido fixado como critério a natureza do estabelecimento que deverá fornecer os dados, pois o pedido não se reveste, em relação a estes, de caráter contencioso, não se enquadrando nos casos previstos no art. 109, da Constituição Federal. Assim, ora será competente a Justiça Federal, ora a Comum.

Em respeito ao princípio do juiz natural, somente a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra de sigilo bancário ou fiscal do investigado. Dessa forma, nos casos de competências originárias dos tribunais, o juiz de 1.^a instância não poderá determinar a medida. Neste sentido orientou-se o Supremo Tribunal Federal, que decidiu pela impossibilidade de decretação de quebra de sigilo bancário de parlamentar por parte de Tribunal Regional Eleitoral em investigação criminal, uma vez que a competência originária é do próprio pretório Excelso.

21.3 Possibilidade de quebra do sigilo por parte do Ministério Público

A Lei Complementar n.º 75, de 20-5-1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, prevê no art. 8.º, § 2.º⁶⁰, que nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.

Igualmente, com base no art. 80 da Lei n.º 8.625/93⁶¹, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que dispõe a aplicabilidade subsidiária aos Ministérios Públicos dos Estados às normas da Lei Complementar n.º 75, não se pode alegar sigilo às requisições dos Ministérios Públicos Estaduais.

Devemos nos lembrar que as requisições do Ministério Público têm fulcro constitucional (CF, art. 129), como afirmam Nelson Nery Junior e Rosa Nery: "Em nenhuma hipótese a requisição pode ser negada, sendo que o desatendimento pode caracterizar crime de prevaricação ou desobediência (RT 499/304), conforme o caso."

Dessa forma, conclui-se que a Constituição Federal ao dispor no art. 129, VI, que é função institucional do Ministério Público expedir notificações nos procedimentos administrativos de

princípio constitucional, é imprescindível demonstrar a necessidade das informações solicitadas, com o estrito cumprimento das condições legais autorizadas" (STJ – 2.^a T. - Resp. n.º 124.272-0/RO - Rel. Min. Hélio Mosimann, Diário da Justiça, Seção I, 2 fev. 1998).

⁵⁹ Supremo Tribunal Federal habeas corpus n.ºs 55.447 e 69.372; RE 136.239; STF - Tribunal Pleno, Agravo regimental em Inquérito n.º 897, Rel. Ministro Francisco Rezek, Diário da Justiça, 24 mar. 1995, p. 6.806.

⁶⁰ LC n.º 75/93 - art. 8.º, II, IV, VIII e § 2.º: "Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta; IV - requisitar informações e diligência investigatórias; VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública; § 2.º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido."

⁶¹ Lei n.º 8.625/93 – art. 80. Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União.

sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, somente limitou esta possibilidade a eventuais formas estabelecidas na lei complementar respectiva.

A citada Lei Complementar n.º 75/93 e, conseqüentemente, a Lei n.º 8.625/93 (em virtude de seu art. 80), atendendo ao permissivo constitucional, concederam tanto ao Ministério Público da União, quanto aos Ministérios Públicos Estaduais, a possibilidade de requisitarem informações bancárias e fiscais que importassem quebra de sigilo, desde que para instruir procedimentos administrativos no âmbito de sua atribuição, bem como resguardando o necessário sigilo.

Devemos nos lembrar que a única limitação proposta pelo legislador constituinte ao poder de requisição do Ministério Público foi regulamentá-lo na "forma da respectiva lei complementar". O Congresso Nacional regulamentou tal dispositivo, impedindo que se alegue ao Ministério Público a exceção do sigilo, para que se negue o fornecimento de informações necessárias aos procedimentos de sua área de atribuição.

Nesse sentido, decidiu o Tribunal Regional Federal da 2.^a Região, afirmando que "o artigo 8.º, parágrafos 1.º e 2.º, da Lei Complementar n.º 75/93, confere ao Ministério Público o acesso a informes bancários, atribuindo-lhe, porém, o dever legal de utilizar os dados obtidos, apenas, para os fins a que se destinam. Assim, não há que se falar em violação à intimidade e à vida privada, posto que, está resguardado o caráter sigiloso das informações, garantindo-se, inclusive a responsabilização civil e penal, do órgão do Ministério Público, no caso de uso indevido das informações requeridas".

Veja-se, ainda, que os incisos X e XI, do art. 5.º, da Constituição Federal, como todas as demais liberdades públicas, não são absolutos, podendo, em virtude do critério da proporcionalidade (Verhältnismassigkeitsprinzip), ser atenuados. A própria Constituição Federal acaba por permitir não só a quebra do sigilo pela autoridade judicial, como também pelo Ministério Público (CF, art. 129, VI) e pelas Comissões Parlamentares de Inquérito (CF, art. 58, § 3.º)⁶².

Este assunto, porém, ainda não se encontra pacífico na jurisprudência, em relação à possibilidade do Ministério Público requisitar diretamente informações acobertadas pelos sigilos bancários.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela impossibilidade de quebra do sigilo por requisição do Ministério Público, cumprindo, porém, anotar que, apesar da data do julgado, o julgamento refere-se à vigência da antiga Lei Complementar n.º 40/81 (Lei Orgânica do Ministério Público), que, diferentemente da atual, fazia ressalva ao poder de requisição, em relação ao sigilo.

21.4 Supremo Tribunal Federal: sigilo/Ministério Público

A questão sobre a possibilidade de quebra do sigilo bancário diretamente por parte do Ministério Público foi posta no Supremo Tribunal Federal, a partir de requisição feita pela Procuradoria-Geral da República ao Banco do Brasil S.A., que ajuizou mandado de segurança arguindo como ato de constrangimento o referido ofício, que requisitava o

⁶² Conforme salientado pelo Superior Tribunal de Justiça, "É certo que a proteção ao sigilo bancário constitui espécie do direito à intimidade consagrado no art. 5.º, X, da Constituição, direito esse que revela uma das garantias do indivíduo contra o arbítrio do Estado. Todavia, não consubstancia ele direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior. Sua relatividade, no entanto, deve guardar contornos na própria lei, sob pena de se abrir caminho para o descumprimento da garantia à intimidade constitucionalmente assegurada" (STJ - Corte Especial - AgReg no IP n.º 187/DF - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - Diário da Justiça, Seção I, 16 set. 1996).

atendimento a pedidos da Coordenadoria da Defesa dos Direitos da Pessoa Humana da Procuradoria da República no Distrito Federal, visando ao fornecimento da lista dos beneficiários de liberação de recursos, em caráter emergencial, ao setor sucro-alcooleiro, bem como dados sobre eventuais débitos para com o banco.

O Banco do Brasil sustentava que o art. 38 da Lei n.º 4.595, de 31-12-1964, obriga-o a guardar sigilo de suas operações ativas e passivas, bem como dos serviços prestados, impondo, inclusive, sanções criminais ao eventual desrespeito. Alegava, ainda, que a Lei Complementar n.º 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), em seu art. 8.º, § 2.º não derogou aquela determinação de guarda do sigilo, pois ao prever a impossibilidade de opor-se a exceção do sigilo, refere-se somente às autoridades, enquanto o Banco do Brasil tem personalidade de direito privado, atuando como gestor.

O Ministro Marco Aurélio, em 6-8-1993, deferiu a liminar no citado mandado de segurança, solicitando informações à autoridade coatora (Procurador-Geral da República).

No julgamento do mérito, os Ministros Marco Aurélio, Maurício Corrêa, Ilmar Galvão e Celso de Mello votaram pela inviolabilidade do sigilo bancário, com exceção de autorização judicial.

O Ministro Francisco Rezek votou pela inexistência de previsão do sigilo bancário dentro do art. 5.º, ou seja, dentre os direitos e garantias individuais.

A maioria dos Ministros do Pretório Excelso, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira, Moreira Alves, Octávio Gallotti, Sidney Sanches, Carlos Velloso, votou pela possibilidade do Ministério Público requisitar diretamente as informações às instituições financeiras quando tratar-se de envolvimento de dinheiro ou verbas públicas, com base no poder de requisição e na publicidade dos atos governamentais (art. 37, CF)⁶³.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do referido mandado de segurança impetrado pelo Banco do Brasil contra requisição de informações sobre empréstimos concedidos a usineiros, formulada pelo Procurador-Geral da República, com base no art. 8.º, § 2.º, da LC 75/93, entendeu ser inoponível, na espécie, a exceção de sigilo bancário pela instituição financeira, tendo em vista a origem pública de parte do dinheiro envolvido nas questionadas operações e o princípio da publicidade inscrito no art. 37, caput, da CF. Com esse fundamento, indeferiu-se a ordem.

21.5 Inviolabilidade à intimidade e sigilo de dados como cláusulas pétreas da Constituição Federal

A interpretação da maioria do Supremo Tribunal Federal considerando o sigilo bancário direito individual coloca-o na condição de "cláusula pétrea" (CF, art. 60, § 4.º, IV), impedindo, dessa forma, a aprovação de emenda constitucional tendente a aboli-lo ou mesmo modificá-lo estruturalmente.

21.6 Comissão Parlamentar de Inquérito e sigilo

⁶³ Informativo STF, n.º 8, 2 a 6 out. 1995, e Informativo STF, Brasília, n.º 27, 15 a 19 abr. 1996. No mesmo sentido decisão da Justiça Federal, para quem o Pretório Excelso "outorgou ao Ministério Público o direito de pedir quebra do mesmo, quando o indicado ou réu estiver sendo acusado de apropriação de bens públicos" (TRF – 1.ª Região – 4.ª T; Ap. em MS n.º 92.01.20115-0-RO; Rel. Juíza Eliana Calmon; j. 18-12-1995; v.u.; ementa - AASP n.º 1979 - 27-11 a 3-12-96, p. 95-e) e ainda, "o artigo 8.º, parágrafos 1.º e 2.º, da Lei Complementar n.º 75/93, confere ao Ministério Público o acesso a informes bancários, atribuindo-lhe, porém, o dever legal de utilizar os dados obtidos, apenas, para os fins a que se destinam. Assim, não há que se falar em violação à intimidade e à vida privada, posto que, está resguardado o caráter sigiloso das informações, garantindo-se, inclusive, a responsabilização civil e penal, do órgão do Ministério Público, no caso de uso indevido das informações requeridas" (TRF – 2.ª Região – 1.ª T - HC n.º 96.02.98460-9/RJ, Rel. Des. Chalu Barbosa, Diário da Justiça, Seção II, 19 jun. 1997, p. 45.735).

Nos termos do art. 58, § 3.º, as Comissões Parlamentares de Inquérito poderão decretar a quebra de sigilo bancário ou fiscal de seus investigados:

"Art. 58 ...

§ 3.º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores."

A Lei n.º 1.579/52 dispõe sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito e prevê que terão ampla ação nas pesquisas destinadas a apurar os fatos determinados que deram origem a sua formação.

Dessa forma, não resta dúvidas de que as Comissões Parlamentares de Inquérito poderão decretar o afastamento do sigilo bancário de seus investigados, conforme inclusive ocorreu na CPI da Privatização da Vasp, ocorrida no âmbito do Congresso Nacional.

Convém, porém, notar que essas provas somente serão lícitas quando a Comissão Parlamentar de Inquérito estiver de acordo com seus limites constitucionais:

- Os inquéritos parlamentares só podem existir para a apuração de fatos determinados, pois somente os "fatos determinados, concretos e individuais, ainda que múltiplos, que sejam de relevante interesse para a vida política, econômica, jurídica e social do Estado, são passíveis de investigação parlamentar. Constitui verdadeiro abuso instaurar-se inquérito legislativo com o fito de investigar fatos genericamente enunciados, vagos ou indefinidos".
- A atividade fiscal ou investigatória das comissões de inquérito há de desenvolver-se no estrito âmbito de competência do órgão dentro do qual elas são criadas.
- As Comissões Parlamentares de Inquérito são criadas com prazo fixo (CF, art. 58, § 3.º).
- Em relação ao conteúdo, não pode haver inquérito parlamentar para a apuração de questões que não sejam de interesse público, ou que careçam de suficiente precisão material, sob pena de usurpação das funções do Poder Judiciário.

22 DIREITO DE REUNIÃO (ART. 5.º, XVI)

O art. 16 da Declaração de Pensilvânia, de 1776, já previa o direito de reunião, afirmando que O povo tem o direito de se reunir, de deliberar para o bem comum, de dar instruções a seus representantes e de solicitar à legislatura, por meio de mensagens, de petições ou de representações, a emenda dos erros que considere por ela praticados.

A Constituição Federal garante que todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente, tratando-se, pois, de direito individual o coligar-se com outras pessoas, para fim lícito.

O direito de reunião é um direito público subjetivo de grande abrangência, pois não se compreenderia a liberdade de reuniões sem que os participantes pudessem discutir, tendo

que limitar-se apenas ao direito de ouvir, quando se sabe que o direito de reunião compreende não só o direito de organizá-la e convocá-la, como o de total participação ativa.

Paolo Barile bem qualifica o direito de reunião como, simultaneamente, um direito individual e uma garantia coletiva, uma vez que consiste tanto na possibilidade de determinados agrupamentos de pessoas reunirem-se para livre manifestação de seus pensamentos, quanto na livre opção do indivíduo de participar ou não dessa reunião.

Alcino Pinto Falcão lembra que a doutrina norte-americana, após a Emenda Constitucional n.º 1, passou a admitir que o direito de reunião é um desdobramento do antigo direito de petição, tendo inclusive a Suprema Corte afirmado que "a verdadeira idéia de governo na forma republicana implica no direito de se reunirem pacificamente os cidadãos para se consultarem sobre os negócios públicos e requererem reparação de agravos".

São elementos da reunião: pluralidade de participantes, tempo, finalidade e lugar:

- Pluralidade de participantes: a reunião é considerada forma de ação coletiva.
- Tempo: toda reunião deve ter duração limitada, em virtude de seu caráter temporário e episódico.
- Finalidade: a reunião pressupõe a organização de um encontro com propósito determinado, finalidade lícita, pacífica e sem armas. Anote-se, porém, como lembra Celso de Mello, que não será motivo para dissolução da reunião o fato de alguma pessoa estar portando arma. Nesses casos, deverá a polícia desarmar ou afastar tal pessoa, prosseguindo-se a reunião, normalmente, com os demais participantes que não estejam armados.
- Lugar: a reunião deverá ser realizada em local delimitado, em área certa, mesmo que seja um percurso móvel, desde que predeterminada. Assim, as passeatas, os comícios, os desfiles estão englobados no direito de reunião, sujeitando-se, tão-somente, aos requisitos constitucionais, da mesma forma que os cortejos e banquetes com índole política.

22.1 Desnecessidade de autorização da autoridade pública e interferência da polícia

A Constituição Federal determina que o direito de reunião deverá ser exercido independentemente de autorização; assim, veda atribuição às autoridades públicas para análise da conveniência ou não de sua realização, impedindo as interferências nas reuniões pacíficas e lícitas em que não haja lesão ou perturbação da ordem pública.

Isto não exclui, por óbvio, a necessidade constitucional de comunicação prévia às autoridades a fim de que exercitem as condutas a elas exigíveis, tais como a regularização do trânsito, a garantia da segurança e da ordem pública, o impedimento de realização de outra reunião.

Como ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho, se a intenção policial for a de frustrar a reunião, seu comportamento é até criminoso.

Por fim, anote-se que nas hipóteses excepcionais do Estado de Defesa (CF, art. 136, § 1.º, I, a) e do Estado de Sítio (CF, art. 139, IV) poderá haver restrições ao direito de reunião, ainda que exercida no seio da associação, permitindo-se inclusive, neste último caso, a própria suspensão temporária deste direito individual.

22.2 Tutela do direito de reunião

A tutela jurídica do direito de reunião se efetiva pelo mandado de segurança, e não pelo habeas corpus, pois nesses casos, a liberdade de locomoção, eventualmente atingida, é simples direito-meio para o pleno exercício de outro direito individual, o de reunião.

23 DIREITO DE ASSOCIAÇÃO (ART. 5.º, XVII, XVIII, XIX, XX E XXI)

É plena a liberdade de associação, de tal forma que ninguém poderá ser compelido a associar-se ou mesmo permanecer associado, desde que para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar, sendo que sua criação e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, vedada a interferência estatal em seu funcionamento, constituindo-se um direito que, embora atribuído a cada pessoa (titular), somente poderá ser exercido de forma coletiva, com várias pessoas.

23.1 Finalidade lícita

Observe-se que a ilicitude não está ligada somente às normas de direito penal, pois a ordem jurídica pode reprovar dados comportamentos sem chegar ao ponto de cominar-lhes uma sanção de natureza penal.

23.2 Caráter paramilitar

Deverá ser analisado, para o fiel cumprimento deste requisito constitucional, se as associações, com ou sem armas, se destinam ao treinamento de seus membros a finalidades bélicas. Anote-se, porém, que a nomenclatura de seus postos, a utilização ou não de uniformes, por si só não afasta de forma absoluta o caráter paramilitar de uma associação, devendo-se observar a existência de organização hierárquica e o princípio da obediência.

23.3 Vedação de interferência estatal

A interferência arbitrária do Poder Público no exercício deste direito individual pode acarretar responsabilidade tríplice: (a) de natureza penal, constituindo, eventualmente, crime de abuso de autoridade, tipificado na Lei n.º 4.898/65; (b) de natureza político-administrativa, caracterizando-se, em tese, crime de responsabilidade, definido na Lei n.º 1.079/50 e (c) de natureza civil, possibilitando aos prejudicados indenizações por danos materiais e morais.

23.4 Conteúdo do direito de associação

Ensina Jorge Miranda que: "I - O direito de associação apresenta-se como um direito complexo, com múltiplas dimensões - individual e institucional, positiva e negativa, interna e externa - cada qual com a sua lógica própria, complementares umas das outras e que um sistema jurídico-constitucional coerente com princípios de liberdade deve desenvolver e harmonizar. II - Antes de mais, é um direito individual, positivo e negativo: 1.º) O direito de constituir com outrem associações para qualquer fim não contrário à lei penal e o direito de aderir a associações existentes, verificados os pressupostos legais e estatutários e em condições de igualdade; 2.º) O direito de não ser coagido a inscrever-se ou a permanecer em qualquer associação, ou pagar quotizações para associação em que se não esteja inscrito, e, no limite, o direito de deliberar a dissolução de associação a que se pertença. Este direito tem a natureza de liberdade enquanto não implica, para nenhum efeito, a dependência de autorização de qualquer tipo ou de qualquer intervenção administrativa; III - Revela-se depois um direito institucional, a liberdade das associações constituídas: 1.º) Internamente, o direito de auto-organização, de livre formação dos seus órgãos e da respectiva vontade e de ação

em relação aos seus membros; 2.º) Externamente, o direito de livre persecução dos seus fins, incluindo o de filiação ou participação em uniões, federações ou outras organizações de âmbito mais vasto; 3.º) Como corolário, a susceptibilidade de personificação - se a atribuição de subjetividade jurídica, sem condicionalismos arbitrários ou excessivos, for meio mais idôneo para tal persecução de fins; 4.º) como garantias, por um lado, a vedação de intervenções arbitrárias do poder político e, por outro lado, a proibição de associações secretas. A liberdade ou autonomia interna das associações acarreta a existência de uma vontade geral ou colectiva, o confronto de opiniões para a sua determinação, a distinção de maiorias e minorias.

Daí a necessidade de observância do método democrático e das regras em que se consubstancia, ao lado da necessidade de garantia dos direitos dos associados. À lei e aos estatutos cabe prescrever essas regras e essas garantias, circunscrevendo, assim, a actuação dos órgãos associativos, mas não a liberdade de associação (devidamente entendida)."

23.5 Dissolução das associações

As associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado. Dessa forma, qualquer ato normativo editado pelos poderes Executivo ou Legislativo, no sentido de dissolução compulsória, será inconstitucional. A Constituição Federal limita a atuação do Poder Judiciário, autorizando-o à dissolução somente quando a finalidade buscada pela associação for ilícita.

23.6 Representação dos associados

As entidades associativas devidamente constituídas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente, possuindo legitimidade ad causam para, em substituição processual, defender em juízo direito de seus associados, nos termos do art. 5.º, XXI, da Constituição Federal, sendo desnecessária a expressa e específica autorização, de cada um de seus integrantes, desde que a abrangência dos direitos defendidos seja suficiente para assumir a condição de interesses coletivos. Dessa forma, não haverá sempre necessidade de prévia autorização, no caso concreto, dos associados para que as associações represente-os judicial ou extrajudicialmente, desde que a mesma exista de forma genérica na própria lei que criou a entidade, ou em seus atos constitutivos de pessoa jurídica.

24 APRECIÇÃO DE LESÃO OU AMEAÇA DE DIREITO PELO PODER JUDICIÁRIO (ART. 5.º, XXXV)

O princípio da legalidade é basilar na existência do Estado de Direito, determinando a Constituição Federal sua garantia, sempre que houver violação do direito, mediante lesão ou ameaça (art. 5.º, XXXV). Dessa forma, será chamado a intervir o Poder Judiciário, que, no exercício da jurisdição, deverá aplicar o direito ao caso concreto. Assim, conforme salienta Nelson Nery Júnior, "podemos verificar que o direito de ação é um direito cívico e abstrato, vale dizer, é um direito subjetivo à sentença tout court, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação".

Importante, igualmente, salientar que o Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte

de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue.

24.1 Inexistência da jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado

Inexiste a obrigatoriedade de esgotamento da instância administrativa para que a parte possa acessar o Judiciário. A Constituição Federal de 1988, diferentemente da anterior, afastou a necessidade da chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, pois já se decidiu pela inexigibilidade de exaurimento das vias administrativas para obter-se o provimento judicial, uma vez que excluiu a permissão, que a Emenda Constitucional n.º 7 à Constituição anterior estabeleceu, de que a lei condicionasse o ingresso em juízo à exaustão das vias administrativas, verdadeiro obstáculo ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário.

24.2 Acesso ao Judiciário e à justiça desportiva

A própria Constituição Federal exige, excepcionalmente, o prévio acesso às instâncias da justiça desportiva, nos casos de ações relativas à disciplina e às competições desportivas, reguladas em lei (CF, art. 217, § 1.º), sem porém condicionar o acesso ao Judiciário ao término do processo administrativo, pois a justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final (CF, art. 217, § 2.º).

24.3 Inexistência da obrigatoriedade de duplo grau de jurisdição

Menciona a Constituição Federal a existência de juízes e tribunais, bem como prevê a existência de alguns recursos (ordinários constitucionais, especial, extraordinário), porém não existe a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição. Dessa forma, há competências originárias em que não haverá o chamado duplo grau de jurisdição, por exemplo, nas ações de competência originária dos Tribunais. Como observa Nelson Nery Júnior, "as constituições que se lhe seguiram (à de 1824), limitaram-se a apenas mencionar a existência de tribunais, conferindo-lhes competência recursal. Implicitamente, portanto, havia previsão para a existência do recurso. Mas, frise-se, não garantia absoluta ao duplo grau de jurisdição".

O mesmo ocorre, por exemplo, no direito português, como salientado por Canotilho, onde "o Tribunal Constitucional tem entendido que o direito de acesso aos tribunais não garante, necessariamente, e em todos os casos, o direito a um duplo grau de jurisdição (cf. Ac 38/87, in DR I, n.º 63 de 17-3-87; Ac 65/88, in DR II, n.º 192 de 20-8-88; Ac 359/86, in DR II, n.º 85 de 11-4-87; Ac 358/86, in DR I n.º 85 de 11-4-87. Outros acórdãos no mesmo sentido: Ac TC, n.º 219/89, in DR II, n.º 148 de 30-06-89; Ac TC, n.º 124/90, in DR II, n.º 33 de 8-2-91; Ac. TC, n.º 340/90). O direito a um duplo grau de jurisdição não é, prima facie, um direito fundamental, mas a regra - que não poderá ser subvertida pelo legislador, não obstante a liberdade de conformação deste, desde logo quanto ao valor das alçadas, é a da existência de duas instâncias quanto a 'matéria de fato' e de uma instância de revisão quanto a 'questões de direito,'" e no direito alemão, como analisado por Alcino Pinto Falcão, que deixa consignado que "a cláusula não obriga por si só a que para todas as hipóteses tenha que haver duplo grau de jurisdição; é o que realça o juiz constitucional alemão Benhard Wolff, em estudo sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional, citando acórdão do mesmo (estudo monográfico vindo a lume no referido Jahrbuch, ano de 1958, vol. II, p. 127)".

Essa é a orientação do Supremo Tribunal Federal afastando qualquer inconstitucionalidade das decisões em que não haja recurso para nenhum tribunal, afirmando, ao analisar a inexistência de recursos de mérito na decisão do Senado Federal no julgamento de crimes de responsabilidade (CF, art. 52, I), que "isto nada tem de inaudito. Da decisão do STF nas infrações penais comuns em que figure como acusado o Presidente da República (bem como o Vice-presidente, os membros do Congresso, os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República), art. 102, I, a, da CF, também não há recurso algum, nem para outro tribunal, nem para o Senado".

Assim, proclamou o Supremo Tribunal Federal que "o duplo grau de jurisdição, no âmbito da recorribilidade ordinária, não consubstancia garantia constitucional".

25 DIREITO ADQUIRIDO, ATO JURÍDICO PERFEITO E COISA JULGADA (ART. 5.º, XXXVI)

A Constituição Federal afirma que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Não se pode desconhecer, porém, que em nosso ordenamento positivo, inexistente definição constitucional de direito adquirido. Na realidade, o conceito de direito adquirido ajusta-se à concepção que lhe dá o próprio legislador ordinário, a quem assiste a prerrogativa de definir, normativamente, o conteúdo evidenciador da idéia de situação jurídica definitivamente consolidada. Em nível doutrinário, o direito adquirido, segundo Celso Bastos, "constitui-se num dos recursos de que se vale a Constituição para limitar a retroatividade da lei. Com efeito, esta está em constante mutação; o Estado cumpre o seu papel exatamente na medida em que atualiza as suas leis. No entanto, a utilização da lei em caráter retroativo, em muitos casos, repugna porque fere situações jurídicas que já tinham por consolidadas no tempo, e esta é uma das fontes principais da segurança do homem na terra".

O ato jurídico perfeito: "É aquele que se aperfeiçoou, que reuniu todos os elementos necessários a sua formação, debaixo da lei velha. Isto não quer dizer, por si só, que ele encerre em seu bojo um direito adquirido. Do que está o seu beneficiário imunizado é de oscilações de forma aportadas pela lei nova."

O princípio constitucional do respeito ao ato jurídico perfeito se aplica às leis de ordem pública, pois, "em linha de princípio, o conteúdo da convenção que as partes julgaram conveniente, ao contratar, é definitivo. Unilateralmente, não é jurídico entender que uma das partes possa modificá-lo. Questão melindrosa, todavia, se põe, quando a alteração de cláusulas do ajuste se opera pela superveniência de disposição normativa. Não possui o ordenamento jurídico brasileiro preceito semelhante ao do art. 1.339, do Código Civil italiano, ao estabelecer: As cláusulas, os preços de bens ou de serviços, impostos pela lei, são insertos de pleno direito no contrato, ainda que em substituição das cláusulas diversas estipuladas pelas partes. A inserção de cláusulas legais, assim autorizadas, independentemente da vontade das partes, reduz, inequivocamente, a autonomia privada e a liberdade contratual. Decerto, nos países cuja legislação consagra regra da extensão do preceito transcrito do direito italiano, as modificações dos contratos em cujo conteúdo se introduzam, por via da lei, cláusulas novas em substituição às estipuladas pelas partes contratantes, a aplicação imediata das denominadas leis interventivas aos contratos em curso há de ser admitida, como mera consequência do caráter estatutário da disciplina a presidir essas relações jurídicas, postas sob imediata inspiração do interesse geral, enfraquecido, pois, o equilíbrio decorrente do acordo das partes, modo privado, da autonomia

da vontade. Essa liberdade de o legislador dispor sobre a sorte dos negócios jurídicos, de índole contratual, neles intervindo, com modificações decorrentes de disposições legais novas não pode ser visualizada, com idêntica desenvoltura, quando o sistema jurídico prevê, em norma de hierarquia constitucional, limite à ação do legislador, de referência aos atos jurídicos perfeitos. Ora, no Brasil, estipulando o sistema constitucional, no art. 5.º, XXXVI, da Carta Política de 1988, que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, não logra assento, assim, na ordem jurídica, a assertiva segundo a qual certas leis estão excluídas da incidência do preceito maior mencionado”.

Por fim, coisa julgada "é a decisão judicial transitada em julgado", ou seja, "a decisão judicial de que já não caiba recurso" (LICC, art. 6.º § 3.º). Na coisa julgada, "o direito incorpora-se ao patrimônio de seu titular por força da proteção que recebe da imutabilidade da decisão judicial. Daí falar-se em coisa julgada formal e material. Coisa julgada formal é aquela que se dá no âmbito do próprio processo. Seus efeitos restringem-se, pois, a este, não o extrapolando. A coisa julgada material, ou substancial, existe, nas palavras de Couture, quando à condição de inimpugnável no mesmo processo, a sentença reúne a imutabilidade até mesmo em processo posterior (Fundamentos do direito processual civil). Já para Wilson de Souza Campos Batalha, coisa julgada formal significa sentença transitada em julgado, isto é, preclusão de todas as impugnações, e coisa julgada material significa o bem da vida, reconhecido ou denegado pela sentença irrecorrível. O problema que se põe, do ângulo constitucional, é o de saber se a proteção assegurada pela Lei Maior é atribuída tão-somente à coisa julgada material ou também à formal. O art. 5.º, XXXIV da Constituição Federal, não faz qualquer discriminação; a distinção mencionada é feita pelos processualistas. A nosso ver, a Constituição assegura uma proteção integral das situações de coisa julgada”.

25.1 Previdência Social e direitos adquiridos

Como professora, Benoit Jeanneau, da Faculdade de Direito e Ciências Econômicas de Poitiers, o objeto de uma constituição é duplo: de uma parte arranja, dispõe sobre o exercício do poder; a este título é uma règle du jeu; e, de outra parte, consagra os princípios que devem guiar a ação dos poderes públicos; deste ponto de vista é uma filosofia e tal é o significado das declarações de direitos. E o princípio do respeito ao direito adquirido constitui, sem dúvida, entre nós, uma das categorias integrantes da concepção filosófica que inspirou a constituição. O Congresso Nacional, no exercício do Poder Constituinte derivado, pode reformar a norma constitucional por meio de emendas, porém respeitando as vedações impostas pelo poder constituinte originário, este sim hierarquicamente inalcançável, pois manifestação da vontade soberana do povo e consagrado pela Constituição Federal de 1988. Assim, a Lei Magna prevê, expressamente, seguindo tradição constitucional, a imutabilidade das cláusulas pétreas (art. 60, § 4.º, IV), ou seja, a impossibilidade de emenda constitucional prejudicar os direitos e garantias individuais, entre eles, o direito adquirido (art. 5.º, XXXVI). Todos os aposentados e pensionistas, portanto, possuem direito adquirido, não só em relação à existência da aposentadoria, como situação jurídica já concretizada, mas também em relação aos valores e regras de atualização dos proventos recebidos, regidos pela constituição e legislação atuais, inatacáveis por meio de proposta de emenda constitucional, uma vez que, nas palavras de Limongi França, "a diferença entre expectativa de direito e direito adquirido está na existência, em relação a este, de fato aquisitivo específico já configurado por completo". Igualmente, aqueles que já preencheram todos os requisitos exigidos para a aposentadoria, na vigência da Constituição Federal e legislação atuais, porém continuam a exercer suas funções, têm a garantia do direito adquirido, não só,

repetimos, em relação à aquisição da aposentadoria, como também de que seus proventos da inatividade regular-se-ão pela legislação vigente ao tempo em que reuniram os requisitos necessários.

O Pretório Excelso, dando exato entendimento ao enunciado da Súmula 359, firmou em aresto da lavra do eminente Ministro Luiz Gallotti: "se, na vigência da lei anterior, o impetrante preencher todos os requisitos exigidos, o fato de, na vigência, não haver requerido a aposentadoria, não o fez perder o seu direito, que já estava adquirido. Um direito já adquirido não se pode transmudar em expectativa de direito, só porque o titular preferiu continuar trabalhando e não requereu a aposentadoria antes de revogada a lei em cuja vigência ocorrera a aquisição do direito. Expectativa de direito é algo que antecede a aquisição; e não pode ser posterior a esta".

Ora, a intenção das regras da Constituição Federal de 1988 e da legislação previdenciária vigente, tanto para as aposentadorias em geral quanto para as especiais, foi definir a aquisição da aposentadoria, nos termos atuais propostos, como direito definitivamente incorporado ao patrimônio de seu beneficiário, tratando-se, pois, de direito adquirido.

26 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL (ART. 5.º, XXXVII E LIII)

A Constituição Federal prevê, em dois incisos do art. 5.º, o princípio do juiz natural:

“Art. 5.º

(..)

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

(...)

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.”

A imparcialidade do Judiciário e a segurança do povo contra o arbítrio estatal encontram no princípio do juiz natural uma de suas garantias indispensáveis. Boddo Dennewitz afirma que a instituição de um tribunal de exceção implica em uma ferida mortal ao Estado de Direito, visto que sua proibição revela o status conferido ao Poder Judiciário na democracia.

O juiz natural é somente aquele integrado no Poder Judiciário, com todas as garantias institucionais e pessoais previstas na Constituição Federal. Assim, afirma Celso de Mello que somente os juízes, tribunais e órgãos jurisdicionais previstos na constituição se identificam ao juiz natural, princípio que se estende ao poder de julgar também previsto em outros órgãos, como o Senado nos casos de impedimento de agentes do Poder Executivo.

O referido princípio deve ser interpretado em sua plenitude, de forma a proibir-se, não só a criação de tribunais ou juízos de exceção, mas também de respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e imparcialidade do órgão julgador.

26.1 Justiças especializadas e tribunais de exceção

As justiças especializadas no Brasil não podem ser consideradas justiças de exceção, pois são devidamente constituídas e organizadas pela própria Constituição Federal e demais leis de organização judiciária. Portanto, a proibição de existência de tribunais de exceção não abrange a justiça especializada, que é atribuição e divisão da atividade jurisdicional do Estado entre vários órgãos do Poder Judiciário.

26.2 Tribunais de ética e tribunais de exceção

Os tribunais de ética instituídos em determinadas ordens profissionais, como a OAB, não são tribunais de exceção, pois constituem-se em organismos disciplinares cujas decisões estão sujeitas no País a uma revisão judicial.

27 TRIBUNAL DO JÚRI (ART. 5.º, XXXVIII)

A Constituição Federal reconhece, no art. 5.º, XXXVIII, a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

A instituição do júri, de origem anglo-saxônica, é vista como uma prerrogativa democrática do cidadão, que deverá ser julgado por seus semelhantes, apontando-se seu caráter místico e religioso, pois tradicionalmente constituído de doze membros em lembrança dos doze apóstolos que haviam recebido a visita do Espírito Santo.

O júri é um tribunal popular, de essência e obrigatoriedade constitucional, regulamentado na forma da legislação ordinária, e, atualmente, composto por um juiz de direito, que o preside, e por 21 jurados, que serão sorteados dentre cidadãos que constem do alistamento eleitoral do Município, formando o Conselho de Sentença com sete deles.

27.1 Plenitude de defesa

Logicamente, a plenitude de defesa encontra-se dentro do princípio maior da ampla defesa, previsto no art. 5.º, LV, da Constituição Federal. Além disso, conforme salienta Pontes de Miranda, na plenitude de defesa, inclui-se o fato de serem os jurados tirados de todas as classes sociais e não apenas de uma ou de algumas.

27.2 Sigilo de votações

Este preceito constitucional significa que a liberdade de convicção e opinião dos jurados deverá sempre ser resguardada, devendo a legislação ordinária prever mecanismos para que não se frustre o mandamento constitucional.

27.3 Soberania dos veredictos e possibilidade de apelação

A possibilidade de recurso de apelação, prevista no Código de Processo Penal, quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos não afeta a soberania dos veredictos, uma vez que a nova decisão também será dada pelo Tribunal do Júri.

Assim, entende o Supremo Tribunal Federal, que declarou que a garantia constitucional da soberania do veredicto do júri não exclui a recorribilidade de suas decisões. Assegura-se tal soberania com o retorno dos autos ao Tribunal do Júri para novo julgamento.

O mesmo entendimento prevalece em relação à possibilidade de protesto por novo júri.

Em relação à revisão criminal, entende-se que, pelo já citado princípio da proporcionalidade, deve prevalecer o princípio da inocência em relação à soberania dos veredictos, sendo, pois, plenamente possível seu ajuizamento para rescindir uma condenação imposta pelo Conselho de Sentença, pelo próprio Judiciário⁶⁴.

⁶⁴ RT 548/330; 677/341. Contra esse entendimento, salienta Guilherme de Souza Nucci, "em que pese o fato de ser maciça a doutrina e a posição jurisprudencial em franco apoio à revisão criminal contra a soberana decisão condenatória do júri, os argumentos mencionados podem ser afastados um a um, desde que não prevaleça o critério emotivo, nem tampouco o preconceito e o temor que existem contra a

27.4 Competência constitucional do Tribunal de Júri

A Constituição Federal prevê regra mínima e inafastável de competência do Tribunal do Júri, não impedindo, contudo, que o legislador infraconstitucional lhe atribua outras e diversas competências⁶⁵.

Ressalte-se que o art. 5.º, XXXVIII, da Constituição Federal, não deve ser entendido de forma absoluta, uma vez que existirão hipóteses, sempre excepcionais, em que os crimes dolosos contra vida não serão julgados pelo Tribunal do Júri⁶⁶. Estas hipóteses referem-se, basicamente, às competências especiais por prerrogativa de função.

Assim, todas as autoridades com foro de processo e julgamento previsto diretamente pela Constituição Federal, mesmo que cometam crimes dolosos contra a vida, estarão excluídas da competência do Tribunal do Júri, pois no conflito aparente de normas da mesma hierarquia, a de natureza especial prevalecerá sobre a de caráter geral definida no art. 5.º, XXXVIII, da Constituição Federal.

Esta regra se aplica nas infrações penais comuns cometidas pelo Presidente da República, Vice-Presidente, membros do Congresso Nacional, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador-Geral da República, Ministros de Estado, membros dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente, conforme jurisprudência pacífica, pois já se firmou posição no sentido de que a locução constitucional "crimes comuns", prevista nos art. 102, I, b e c, da Constituição Federal abrange todas as modalidades de infrações penais, inclusive os crimes dolosos contra a vida, que serão processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

Igualmente, aplica-se nos denominados "crimes comuns" praticados por governadores dos Estados e do Distrito Federal, desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros do Tribunal de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais, que sempre serão, nos termos do art. 105, I, a, da Constituição Federal, processados e julgados pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ainda, no caso de crimes dolosos contra a vida praticados por Prefeito Municipal, em face da maior especialidade, aplica-se o art. 29, X, da Constituição Federal, competindo o processo e julgamento ao Tribunal de Justiça.

Ressalte-se, por fim, que o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida praticados pelos órgãos do Poder Judiciário e pelos membros do Ministério Público, em

instituição do júri. A magistratura togada deve ceder à vontade do constituinte e perceber que não é, efetivamente, a última instância para julgar casos de crimes dolosos contra a vida" (NUCCI, Guilherme de Souza. Júri: princípios constitucionais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 113).

⁶⁵ Nesse sentido: BASTOS, Celso. Comentários... Op. cit. p. 208 e MIRANDA, Pontes. Comentários... Op. cit. p. 268, t. 5. Como salienta Guilherme de Souza Nucci, "eventualmente, sua competência poderá ser ampliada pela lei ordinária, o que parece muito pouco provável, embora continue a instituição em manifesta e permanente atividade, devendo ser, de fato, assimilada por todos, especialmente pelos tribunais togados" (Júri: princípios constitucionais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 175). Contra, porém, na égide da Constituição anterior: MELLO FILHO, José Celso. Constituição... Op. cit.

⁶⁶ Com a promulgação da Lei n.º 9.299, de 1996, os crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil passam a ser julgados pelo Tribunal do Júri, e não mais pela Justiça Militar. Como decidiu o Superior Tribunal de Justiça, essa regra é de aplicabilidade imediata, a teor do disposto no art. 2.º do CPP) (STJ - Recurso de habeas corpus n.º 5.660/SP, Rel. Min. William Patterson, Diário da Justiça, Seção I, 23 ser. 1996, p. 35.156 - "EMENTA: COMPETÊNCIA. CRIME MILITAR. POLICIAL. APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI N.º 9.299, DE 1996 - Ao definir a competência da Justiça Comum para os crimes contra a vida, cometidos por militar contra civil, a Lei n.º 9.299, de 1996, é de aplicação imediata, a teor do disposto no art. 2.º do CPP."

razão de determinação do foro competente por norma direta da Constituição Federal não serão julgados pelo Tribunal do Júri, mas sim pelo Tribunal competente, por prevalência da norma de caráter especial⁶⁷.

Em conclusão, a competência do Tribunal do Júri não é absoluta, afastando-a a própria Constituição Federal, no que prevê, em face da dignidade de certos cargos e da relevância destes para o Estado, a competência de Tribunais, conforme determinam os arts. 29, inciso VIII; 96, inciso III, 108, inciso I, alínea a, 105, inciso I, alínea a e 102, inciso I, alíneas b e c.

Também nas hipóteses de conexão ou continência entre duas infrações penais, um crime doloso contra a vida e outro com foro por prerrogativa de função, inexistirá atração, prevalecendo a regra do juiz natural, havendo, necessariamente a separação dos processos. Assim, entende o Supremo Tribunal Federal que o "envolvimento de co-réus em crime doloso contra a vida, havendo em relação a um deles a prerrogativa de foro como tal definida constitucionalmente, não afasta, quanto ao outro, o juiz natural revelado pela alínea d do inciso XXXVIII do art. 5.º da Carta Federal. A continência, porque disciplinada mediante normas de índole instrumental comum, não é conducente, no caso, à reunião dos processos. A atuação de órgãos diversos integrantes do Judiciário, com duplicidade de julgamento, decorre do próprio texto constitucional, isto por não se lhe poder sobrepor preceito de natureza estritamente legal".

As respectivas Constituições Estaduais, também, com base no exercício do poder constituinte derivado decorrente de auto-organização, corolário da autonomia federal prevista no art. 18 da Carta Federal, poderão atribuir aos seus agentes políticos as mesmas prerrogativas de função de natureza processual penal, que a Constituição Federal concedeu aos seus, que lhe são correspondentes. Assim, poderão estabelecer para o processo e julgamento de todos os crimes, inclusive os dolosos contra a vida praticados pelos membros do Poder Legislativo e dos Secretários de Estado, a mais alta Corte de Justiça estadual, da mesma forma que a Constituição Federal o fez em relação aos congressistas e Ministros de Estado.

Portanto, desde que expressamente previsto na Constituição Estadual, os deputados estaduais e Secretários de Estado serão processados e julgados nos crimes dolosos contra a vida pelo Tribunal de Justiça de seu respectivo Estado.

Ressalte-se, porém, que as Constituições estaduais não poderão suprimir a competência constitucional do Tribunal do Júri, quando não existir paradigma na Constituição Federal, ou seja, quando essa não trazer expressamente a prerrogativa de foro a seus agentes públicos federais, aquelas não poderão afastar os agentes públicos estaduais correspondentes do julgamento pelo Júri⁶⁸.

⁶⁷ STF, HC 68.935-3-RJ, 1.ª T., Rel. Min. Ilmar Galvão, Diário da Justiça, Seção I, 25 out. 1991, RJ, 172/134; STF - HC 71654-7, 1.ª T., Rel. Min. Ilmar Galvão, Diário da Justiça, Seção I, 30 ago. 1996, p. 30.605, onde se afirma a competência do Tribunal de Justiça para o julgamento de crime praticado por Promotor de Justiça, no exercício do cargo, ainda que ocorrido antes do advento da nova Carta, tratando-se de foro especial, por prerrogativa de função, instituído pelo art. 96, III, da CF/88, norma que, não apenas por sua natureza constitucional e processual, mas também por contemplar, não o ocupante do cargo, mas a dignidade da função, é de aplicação imediata. No mesmo sentido: STF - 1.ª T - HC n.º 73.112-1/MG - Rel. Min. Ilmar Galvão, Diário da Justiça, Seção I, 31 maio 1996, p. 18.801. Neste mesmo sentido, decidindo pela competência do Tribunal de Justiça para o processo e julgamento de crime doloso contra a vida praticado por Promotor de Justiça, conferir Ementário STJ, 18/443.

⁶⁸ Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal, afirmando que "embora seja permitido à Constituição de Estado-membro instituir foro especial por prerrogativa de função (CF, art. 125, § 1.º), ela não pode excluir a competência constitucional do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida (CF, art. 5.º, XXXVIII, d), a não ser em relação aos agentes políticos correspondentes àqueles que a Constituição Federal outorga tal privilégio. Com esse fundamento, o Tribunal, em face de habeas corpus impetrado em favor de procurador do Estado da Paraíba que fora condenado por crime de homicídio perante o Tribunal de Justiça estadual em virtude de privilégio

28EXTRADIÇÃO (ART. 5.º, LI E LII)

Extradição, conforme define Hildebrando Accioly, "é o ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo, acusado de um delito ou já condenado como criminoso, à justiça do outro, que o reclama, e que é competente para julgá-lo e puni-lo".

A natureza jurídica do pedido extraditacional perante o Estado brasileiro, conforme entende o Supremo Tribunal Federal, "constitui - quando instaurada a fase judicial de seu procedimento - ação de índole especial, de caráter constitutivo, que objetiva a formação de título jurídico apto a legitimar o Poder Executivo da União a efetivar, com fundamento em tratado internacional ou em compromisso de reciprocidade, a entrega do súdito reclamado".

Quanto à extradição, a Constituição Federal prevê tratamento diferenciado aos brasileiros natos, naturalizados e aos estrangeiros, dispondo nos incisos LI e LII, do art. 5.º, da seguinte forma:

"LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião."

Dessa forma, somente nas hipóteses constitucionais será possível a concessão da extradição, podendo, porém, a legislação federal infraconstitucional (CF, art. 22, XV) determinar outros requisitos formais.

Há duas espécies de extradição:

- ativa: é requerida pelo Brasil a outros Estados soberanos;
- passiva: é a que se requer ao Brasil, por parte dos Estados soberanos.

As restrições constitucionais e legais pátrias incidem sobre os pedidos de extradição passiva, requeridos por Estados soberanos à República Federativa do Brasil, sendo, pois, objeto de nosso estudo.

28.1 Hipóteses constitucionais para a extradição

A Constituição Federal prevê nos incisos LI e LII do art. 5.º tratamento diferenciado aos brasileiros natos, naturalizados e aos estrangeiros, da seguinte forma:

1. O brasileiro nato nunca será extraditado.
2. O brasileiro naturalizado somente será extraditado em dois casos:
 - a. por crime comum, praticado antes da naturalização;
 - b. quando da participação comprovada em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei, independentemente do momento do fato, ou seja, não importa se foi antes ou depois da naturalização.

de foro, deferiu o pedido para anular o acórdão condenatório e o processo penal em que ele foi proferido, ab initio, determinando a devolução dos autos da ação penal à comarca de origem, por entender inaplicável, aos crimes dolosos contra a vida atribuídos aos procuradores do Estado, a regra inscrita no art. 136, XII, da Constituição do Estado da Paraíba (STF - Pleno - HC n.º 78.168/PB - Rel. Min. Néri da Silveira, decisão: 18-11-98 - Informativo STF n.º 132). No mesmo sentido, em relação à impossibilidade de a Constituição estadual prever a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida praticados pelos membros da Defensoria Pública: STF - Pleno - ADIn n.º 469/DF - Rel. Min. Marco Aurélio, 5-4-2001 - Informativo STF n.º 223, 2 a 13 abr. 2001, p. 2.

3. O português equiparado, nos termos do § 1.º do art. 12 da Constituição Federal, tem todos os direitos do brasileiro naturalizado; assim, poderá ser extraditado nas hipóteses descritas no item 2. Porém, em virtude de tratado bilateral assinado com Portugal, convertido no Decreto Legislativo n.º 70.391/72 pelo Congresso Nacional, somente poderá ser extraditado para Portugal.

4. O estrangeiro poderá, em regra, ser extraditado, havendo vedação apenas nos crimes políticos ou de opinião⁶⁹. Observe-se que o caráter político do crime deverá ser analisado pelo Supremo Tribunal Federal, inexistindo prévia definição constitucional ou legal sobre a matéria.

Em relação à conceituação de crime político, importante salientar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de "repelir-se, no caso concreto, a existência de crime político, dado que não demonstrada a destinação de atentar, efetiva ou potencialmente, contra a soberania nacional e a estrutura política".

Dessa forma, a Constituição Federal prevê duas regras básicas para definir as hipóteses constitucionais para a extradição.

A primeira regra refere-se aos brasileiros, que não poderão ser extraditados. Para os brasileiros natos, essa regra é absoluta, não admitindo nenhuma exceção.

Em relação aos brasileiros naturalizados, porém, essa regra é relativa, admitindo duas exceções:

- exceção em relação à espécie de crime: o brasileiro naturalizado poderá ser extraditado por comprovada participação em tráfico ilícito de entorpecentes, independentemente do momento da prática desse crime ter sido antes ou depois da naturalização;
- exceção em relação ao momento da prática do crime: excluída a comprovada participação em tráfico ilícito de entorpecentes, e, conseqüentemente, tratando-se de qualquer outra espécie de crime, o brasileiro naturalizado poderá ser extraditado se o crime tiver sido praticado antes da naturalização.

Portanto, tráfico ilícito de entorpecentes é o único crime praticado após a naturalização que possibilita a extradição do brasileiro naturalizado. Nas demais hipóteses, o brasileiro naturalizado somente poderá ser extraditado se o crime houver sido praticado antes da naturalização.

A segunda regra diz respeito aos estrangeiros, que somente excepcionalmente não poderão ser extraditados.

28.2 Requisitos infraconstitucionais para a extradição

O Estado estrangeiro que pretender obter a extradição deverá fundar seu pedido nas hipóteses constitucionais e nos requisitos formais legais, ou seja:

- hipóteses materiais: incisos LI e LII da Constituição Federal de 1988
- requisitos formais: Estatuto do Estrangeiro (Lei n.º 6.815/80, arts. 91 ss), Lei Federal n.º 6.964/81 e Regimento Interno do STF (arts. 207 a 214) entre eles:

⁶⁹ BARILE, Paolo (Op. cit. p. 339) aponta-nos que, também na Itália, é vedada a extradição por crime político, excluído o genocídio e podendo ser excluídos os crimes de terrorismo.

1. O pedido extradicional somente poderá ser atendido quando o Estado estrangeiro requerente se fundamentar em tratado internacional ou quando, inexistente este, promete reciprocidade de tratamento ao Brasil⁷⁰. Ressalte-se, porém, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, que "os tratados de extradição têm aplicação imediata, independentemente de o crime em que se funda a extradição ser anterior a ele, salvo disposição expressa em contrário";

2. competência exclusiva da Justiça do Estado requerente para processar e julgar o extraditando, da qual decorre incompetência do Brasil para tanto;

3, existência de título penal condenatório ou de mandado de prisão emanados de juiz, tribunal ou autoridade competente do Estado estrangeiro;

4. ocorrência de dupla tipicidade. Como define o Supremo Tribunal Federal, "revela-se essencial, para a exata aferição do respeito ao postulado da dupla incriminação, que os fatos atribuídos ao extraditando - não obstante a incoincidência de sua designação formal - revistam-se de tipicidade penal e sejam igualmente puníveis tanto pelo ordenamento jurídico doméstico quanto pelo sistema de direito positivo do Estado requerente. Precedente: RTJ 133/1075" ou o fato atípico.

Assim, não será possível a concessão da extradição se o fato, apesar de crime no ordenamento jurídico estrangeiro, for tipificado como contravenção no ordenamento jurídico brasileiro.

5. inoccorrência de prescrição da pretensão punitiva ou executória, seja pelas leis brasileiras, seja pela lei do Estado estrangeiro;

6. ausência de caráter político da infração atribuída ao extraditado;

7. não-sujeição do extraditando a julgamento, no Estado requerente, perante tribunal ou juízo de exceção;

8. não cominar a lei brasileira, ao crime, pena igual ou inferior a um ano de prisão;

9. compromisso formal do Estado requerente em:

a. efetuar a detração penal, computando o tempo de prisão que, no Brasil, foi cumprido por força da extradição;

b. comutar a pena de morte, ressalvados os casos em que a lei brasileira permite a sua aplicação (art. 5.º, XLVII - "... salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX"), em pena privativa de liberdade;

c. não agravar a pena ou a situação do sentenciado por motivos políticos;

d. não efetuar nem conceder a reextradição (entrega do extraditando, sem consentimento do Brasil, a outro Estado que o reclame).

Desta forma, o Estado estrangeiro deverá indicar, em síntese objetiva e articulada, os fatos subjacentes à extradição, limitando o âmbito temático de sua pretensão.

⁷⁰ RTJ 97/1. No mesmo sentido, afirmou o STF que "Fundando-se o pedido em promessa de reciprocidade de tratamento para casos análogos, está assim atendido o requisito autorizativo da medida, previsto no art. 76 da Lei n.º 6.815/80, alterada pela Lei n.º 6.964/81" (RTJ 162/452).

O ônus jurídico de definir o alcance do pedido extradicional, como afirma o Pretório Excelso, "com a necessária síntese descritiva dos fatos, incide sobre o Estado requerente, não se justificando que este, mediante sumária nota verbal, transfira o encargo em causa a esta Suprema Corte, que se veria na contingência de extrair, das peças documentais - com inadmissível substituição da atividade processual que compete, inicialmente, ao autor da ação de extradição passiva -, os elementos à própria delimitação material da presente extradição. O dever de expor, ainda que sucintamente, mas sempre de modo claro e objetivo, os episódios motivadores da postulação extradicional pertence ao Estado requerente, até mesmo em função da exigência legal que impõe, em sede de extradição, a observância do princípio da dupla tipicidade".

28.3 Procedimento e decisão

O pedido deverá ser feito pelo governo do Estado estrangeiro soberano por via diplomática⁷¹), nunca por mera carta rogatória, e endereçado ao Presidente da República, autoridade autorizada constitucionalmente a manter relações com Estados estrangeiros (art. 84, VII). Uma vez feito o pedido, ele será encaminhado ao Supremo Tribunal Federal, pois, não se concederá extradição sem seu prévio pronunciamento sobre a legalidade e a procedência do pedido, que somente dará prosseguimento ao pedido se o extraditando estiver preso e à disposição do Tribunal.

Note-se que a prisão administrativa decretada pelo Ministro da Justiça, prevista no procedimento de extradição, não foi recepcionada pela nova ordem constitucional. A hipótese da prisão do extraditando permanece no ordenamento jurídico, com a denominação de prisão preventiva para extradição, porém a competência para sua decretação será do Ministro-relator sorteado, que ficará prevento para a condução do processo extradicional.

Uma vez preso o extraditando, dar-se-á início ao processo extradicional, que é de caráter especial, sem dilação probatória, pois incumbe ao Estado requerente o dever de subsidiar a atividade extradicional do governo brasileiro, apresentando-lhe, ex ante, os elementos de instrução documental considerados essenciais em função de exigências de ordem constitucional legal ou de índole convencional. Assim, salienta o Supremo Tribunal que "o processo de extradição passiva ostenta, em nosso sistema jurídico, o caráter de processo documental, pois ao Estado requerente é exigível a obrigação de produzir, dentre outros elementos, aqueles que constituem os documentos indispensáveis à própria instauração do juízo extradicional. A exigência estabelecida pelo art. 80, caput, da Lei n.º 6.815/80 - que reclama indicações precisas sobre os diversos aspectos concernentes ao fato delituoso - não se tem por satisfeita quando, embora desatendida pelo mandado de prisão provisória, revela-se passível de suprimento por outros elementos de caráter informativo existentes aliunde. A indicação precisa e minuciosa de todos os dados concernentes ao fato delituoso há de conter-se, exclusivamente - como requer e ordena a lei brasileira -, nas peças, que são de produção necessária, referidas no caput do art. 80 do Estatuto do Estrangeiro. As imprecisões e omissões concernentes ao local, data, natureza e circunstâncias do fato delituoso impedem o exercício, pelo STF, do seu poder de controle sobre a legalidade do pedido extradicional. A insuficiência instrutória do pedido e o desatendimento das exigências impostas pelo art. 80, caput, do Estatuto do Estrangeiro justificam o indeferimento liminar da

⁷¹ STF – "A Lei n.º 6.815, de 19-8-1980, modificada pela Lei n.º 6.964, de 9-12-1981, exige que o Pedido de Extradição seja apresentado por via diplomática, sendo da tradição brasileira e internacional, que se faça mediante Nota Verbal, que se reproduz em documento escrito autenticado, como no caso" (STF - Pleno - HC n.º 72.998-3/SP - Rel. Min. Sydney Sanches, Diário da Justiça, Seção 1, 16 fev. 2001, p. 90).

postulação extradicional formulada por Estado estrangeiro (RTJ, 147/894, Rel. Min. Celso de Mello)".

Não há possibilidade de o extraditando renunciar ao procedimento extradicional, pois mesmo sua concordância em retornar a seu país não dispensa o controle da legalidade do pedido.

Findo o procedimento extradicional, se a decisão do Supremo Tribunal Federal, após a análise das hipóteses materiais e requisitos formais, for contrária à extradição, vinculará o Presidente da República, ficando vedada a extradição. Se, no entanto, a decisão for favorável, o Chefe do Poder Executivo, discricionariamente, determinará ou não a extradição, pois não pode ser obrigado a concordar com o pedido de extradição, mesmo que, legalmente, correto e deferido pelo STF, uma vez que o deferimento ou recusa do pedido de extradição é direito inerente à soberania.

Ressalte-se, ainda, a possibilidade de desistência do pedido extradicional pelo país estrangeiro, seja expressamente, seja tacitamente, quando demonstra desinteresse em retirar o extraditando do território nacional.

28.4 Prisão preventiva por extradição

O Estatuto do Estrangeiro, ao dispor sobre a prisão do extraditando, determina que esta perdurará até o julgamento final do Supremo Tribunal Federal, não sendo admitida a liberdade vigiada, a prisão domiciliar, nem a prisão-albergue (art. 84, parágrafo único).

Ressalte-se que a Súmula n.º 2/STF⁷², já não prevalece em nosso sistema de direito positivo desde a revogação, pelo Decreto-lei n.º 941/69 (art. 95, § 1.º), do art. 9.º do Decreto-lei n.º 394/38, sob cuja égide foi editada a formulação sumular em questão.

A prisão cautelar do extraditando reveste-se de eficácia temporal limitada, não podendo exceder ao prazo de noventa (90) dias (Lei n.º 6.815/80, art. 82, § 2.º), ressalvada disposição convencional em contrário, eis que a existência de Tratado, regulando a extradição, quando em conflito com a lei, sobre ela prevalece, porque contém normas específicas.

Entretanto, "com a instauração do processo extradicional, opera-se a novação do título jurídico legitimador da prisão do extraditando, descaracterizando-se, em consequência, eventual excesso de prazo, pois é da natureza da ação de extradição passiva a preservação da anterior custódia que tenha sido cautelarmente decretada contra o extraditando.

28.5 Atuação do judiciário na extradição

O sistema extradicional vigente no direito brasileiro qualifica-se como sistema de controle limitado, com predominância da atividade jurisdicional, que permite ao Supremo Tribunal Federal exercer fiscalização concernente à legalidade extrínseca do pedido de extradição formulado pelo Estado estrangeiro, mas não no tocante ao mérito, salvo, excepcionalmente, na análise da ocorrência de prescrição penal, da observância do princípio da dupla tipicidade ou da configuração eventualmente política do delito imputado ao extraditando⁷³.

⁷² Súmula n.º 2/STF - Concede-se liberdade vigiada ao extraditando que estiver preso por prazo superior a sessenta dias.

⁷³ Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal que "no sistema belga - ao qual filiada a lei extradicional brasileira, não afetada pelo Tratado com a Itália - o papel da autoridade judiciária do Estado requerido se limita a um juízo de legalidade extrínseca do pedido, sem penetrar no exame de mérito sobre a procedência, à luz das provas, da acusação formulada no Estado requerente contra o extraditando: a rara e eventual deliberação acerca da substância da imputação faz-se na estrita necessidade de decisão de questões como a dúplice incriminação, da qualificação política do crime ou de prescrição, sempre, porém, a partir da versão dos fatos escolhidos, no Estado requerente, conforme a peça de acusação ou a decisão judicial que suportar o pedido" (STF - Pleno - Extradição n.º 703-3 - Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 20 fev. 1998, p. 14).

Como salientado pela jurisprudência pacífica da Corte, mesmo nesses casos, a apreciação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal deverá ter em consideração a versão emergente da denúncia ou da decisão emanadas de órgãos competentes no Estado estrangeiro.

Se o pedido formulado preenche os requisitos impostos pela legislação brasileira, impõe-se o deferimento da extradição; caso contrário, não, pois nem a aquiescência do extraditando é suficiente, por si só, à colocação, em plano secundário, do exame da legalidade do pedido.

28.6 Extradicação, princípio da especialidade e pedido de extensão

Aplica-se na extradição o princípio da especialidade, ou seja, o extraditado somente poderá ser processado e julgado pelo país estrangeiro pelo delito objeto do pedido de extradição, conforme o art. 91, I, da Lei n.º 6.815/80. O Supremo Tribunal Federal, porém, permite o chamado "pedido de extensão", que consiste na permissão, solicitada pelo país estrangeiro, de processar pessoa já extraditada por qualquer delito praticado antes da extradição e diverso daquele que motivou o pedido extradicional, desde que o Estado requerido expressamente autorize. Nestas hipóteses, deverá ser realizado, igualmente, o estrito controle jurisdicional da legalidade, mesmo já se encontrando o indivíduo sob domínio territorial de um país soberano.

28.7 Extradicação e expulsão

A extradição não se confunde com as hipóteses de expulsão e deportação. A extradição é o modo de entregar o estrangeiro ao outro Estado por delito nele praticado.

A expulsão é uma medida tomada pelo Estado, que consiste em retirar forçadamente de seu território um estrangeiro, que nele entrou ou permanece irregularmente, ou, ainda, que praticou atentados à ordem jurídica do país em que se encontra⁷⁴.

Portanto, as hipóteses (extradição e expulsão) são diferentes. A extradição é pedido formulado por Estado estrangeiro, em virtude de crime cometido no exterior. Já a expulsão decorre de atentado à segurança nacional, ordem política ou social, ou nocividade aos interesses nacionais. Na primeira hipótese, o fato motivador ocorreu no exterior, sendo necessária provocação do país estrangeiro. Na segunda, o motivo ocorreu no Brasil, e procede-se ex officio da autoridade nacional.

A expulsão não exige requerimento de país estrangeiro algum e tampouco que o atentado à ordem jurídica tenha sido praticado no estrangeiro, mas no próprio território do país que pretende expulsar o estrangeiro.

O Ministério da Justiça instaurará inquérito para a expulsão do estrangeiro. Caberá exclusivamente ao Presidente da República resolver sobre a conveniência e a oportunidade da expulsão ou de sua revogação (art. 66, da Lei n.º 6.815/80).

A inobservância da estrita legalidade no decreto de expulsão poderá ser controlada por meio de habeas corpus a ser ajuizado perante o Supremo Tribunal Federal, em virtude da discricionariedade mitigada do Presidente da República, pois, apesar de a expulsão ser ato discricionário do Poder Executivo, não se admite ofensa à lei e falta de fundamentação.

Assim, contra o ato expulsório são possíveis recurso administrativo (pedido de reconsideração) e apelo ao Poder Judiciário. Quanto a este, o escopo de intervenção é muito estreito. Cuida o judiciário apenas do exame da conformidade do ato com a legislação

⁷⁴ Ao estrangeiro expulso do país não será concedido visto, salvo se a expulsão tiver sido revogada (art. 7.º, III, da Lei n.º 6.815/80).

vigente. Não examina a conveniência e a oportunidade da medida, circunscrevendo-se na matéria de direito: observância dos preceitos constitucionais e legais.

O fato de a expulsão qualificar-se como medida de caráter político-administrativo, sujeita à avaliação discricionária do Presidente da República, não confere total discricionariedade ao mesmo na edição do ato expulsório, que estará sempre sujeito ao controle jurisdicional para efeito de verificação de sua regularidade formal e de aferição de sua legitimidade jurídico-constitucional.

A expulsão, conforme dispõe o art. 67 do Estatuto do Estrangeiro, poderá efetivar-se ainda que haja processo ou tenha ocorrido condenação. Neste caso, só o Presidente da República pode precipitar a efetivação da medida.

O Estatuto do estrangeiro prevê, ainda, uma função aos órgãos do Ministério Público, que deverão remeter ao Ministério da Justiça, de ofício, até 30 dias após o trânsito em julgado, cópia da sentença condenatória de estrangeiro autor de crime doloso ou de qualquer crime contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a economia popular, a moralidade ou a saúde pública, assim como cópia da folha de antecedentes penais constantes dos autos, para instauração de procedimento administrativo no âmbito daquele Ministério e análise de eventual expulsão.

Não se procederá à expulsão se implicar extradição inadmitida pela lei brasileira, ou, ainda, quando o estrangeiro tiver cônjuge brasileiro, do qual não esteja divorciado ou separado, de fato ou de direito, e desde que o casamento tenha sido celebrado há mais de cinco anos; ou, ainda, se tiver filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente. Esse último fato impeditivo da expulsão resultará da comprovação da dependência e efetiva assistência proporcionada pelo estrangeiro à prole brasileira, uma vez que a proteção é dada à família do expulsando e não a ele.

A adoção ou reconhecimento da filiação superveniente aos fatos que motivaram o decreto presidencial expulsório não a impede, em virtude do disposto no art. 75, § 1.º, do Estatuto dos Estrangeiros.

Ainda, como ressalta Roberto Rosas, "inaplicável a Súmula 1 quando os filhos brasileiros não residem no Brasil e não vivem às expensas do pai (HC 55.556, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, RTJ 83/761); com reconhecimento da filiação posterior ao ato de expulsão (HC 55.687, Rel. Min. Soares Muñoz, RTJ 84/835); a expulsão será efetuada se o filho não vier a sofrer conseqüências econômicas decorrentes deste ato (HC 54.785, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 85/86)".⁷⁵

O estrangeiro que tenha filho brasileiro, cujo reconhecimento da paternidade, todavia, foi superveniente ao fato que motivou a expulsão, não está impedido legalmente de vê-la efetivada.

E tampouco tal reconhecimento também não é motivo legal para revogação da expulsão, que depende sempre do juízo de conveniência do Presidente da República.

O casamento - para constituir requisito de inexpulsabilidade - deve qualificar-se como ato revestido de eficácia civil (CF/88, art. 226, §§ 1.º e 2.º). Mais do que isso, impõe-se que,

⁷⁵ Súmula n.º 1/STF - É vedada a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro, dependente da economia paterna.

preservada a sua constância, tenha sido celebrado há mais de cinco anos (Lei n.º 6.815/80, art. 75, II, a).

28.8 Possibilidade de extradição ou expulsão de pessoa casada com brasileiros ou com filhos brasileiros

Extradição: não impede a extradição o fato de o extraditando ser casado com cônjuge brasileiro ou possuir filho brasileiro, inclusive encontrando-se esta posição sumulada pelo STF (Súmula 421)⁷⁶.

Expulsão: não se procederá a expulsão quando o estrangeiro tiver cônjuge brasileiro, do qual não esteja divorciado ou separado, de fato ou de direito, e desde que o casamento tenha sido celebrado há mais de cinco anos; ou, ainda, se tiver filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente (ver item anterior).

O STF já decidiu que a referida vedação à expulsão, "há de ter interpretação consentânea com o fim visado. O fato de o nascimento do filho haver ocorrido após os motivos que alicerçaram a expulsão é inidôneo a fulminá-la, quando não comprovada a existência do convívio familiar em data pretérita e o citado nascimento exsurge como resultado de busca à criação de obstáculo suficiente à expulsão".

28.9 Extradição e deportação

A deportação consiste em devolver o estrangeiro ao exterior, ou seja, é a saída compulsória do estrangeiro. Fundamenta-se no fato de o estrangeiro entrar ou permanecer irregularmente no território nacional (CF, art. 5.º, XV), não decorrendo da prática de delito em qualquer território, mas do não-cumprimento dos requisitos para entrar ou permanecer no território, desde que o estrangeiro não se retire voluntariamente no prazo determinado. Far-se-á a deportação para o país de origem ou de procedência no estrangeiro, ou para outro que consinta recebê-lo. Não sendo ela exequível, ou existindo indícios sérios de periculosidade ou indesejabilidade do estrangeiro, proceder-se-á a sua expulsão. Mas não se dará a deportação se esta implicar extradição vedada pela lei brasileira.

28.10 Expulsão e deportação de brasileiros

Não há deportação nem expulsão de brasileiro. O envio compulsório de brasileiro para o exterior constitui banimento, que é pena excepcional, proibida constitucionalmente (CF, art. 5.º, XLVII, d).

28.11 Desnecessidade de comutação da pena de prisão perpétua

A legislação brasileira exige para a concessão da extradição, a comutação da pena de morte, ressalvados os casos em que a lei brasileira permite sua aplicação (1), em pena privativa de liberdade. Em relação à pena de prisão perpétua, porém, reiterada jurisprudência da Corte Suprema entende ser desnecessária sua comutação em pena privativa de liberdade com prazo máximo de cumprimento. Igualmente, não se exige a comutação de eventual pena de prisão com trabalhos forçados (RTJ, 132/1.083).

⁷⁶ Súmula 421- Não impede a extradição a circunstância de ser o extraditando casado com brasileira ou ter filho brasileiro. Conforme decidiu o STF: "O fato de o alienígena haver contraído matrimônio com cidadã brasileira não obsta o conhecimento e o deferimento do pedido, tendo em vista tratar-se de extradição e não de expulsão" (RTJ 162/452).

29 DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA (ART. 5.º, LIV E LV)

A Constituição Federal de 1988 incorporou o princípio do devido processo legal, que remonta à Magna Charta Libertatum de 1215, de vital importância no direito anglo-saxão. Igualmente, o art. XI, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, garante que "todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa".

Inovando em relação às antigas Cartas, a Constituição atual referiu-se expressamente ao devido processo legal, além de fazer-se referência explícita à privação de bens como matéria a beneficiar-se também dos princípios próprios do direito processual penal.

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral⁷⁷, conforme o texto constitucional expresso (art. 5.º, LV). Assim, embora no campo administrativo, não exista necessidade de tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, a capitulação do ilícito administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial, quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa.

Por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. Salieta Nelson Nery Júnior, que "o princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do Estado de Direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa⁷⁸, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório".

⁷⁷ Aplicando-se inclusive ao "processo administrativo, para a apuração de ato infracional cometido por criança ou adolescente (art. 103 ss, ECA), é informado pelo contraditório e ampla defesa, pois seu objetivo é a aplicação de medida sócio-educativa pela conduta infracional, que se assemelha à imposição de sanção administrativa" (NERY JR., Nelson. Princípios... Op. cit. p. 127).

⁷⁸ Defesa técnica insuficiente: "Se houver defesa desidiosa, incorreta, insuficiente tecnicamente, por parte do advogado do réu no processo penal, o feito deve ser anulado e nomeado outro defensor, tudo em nome do princípio do contraditório conjugado ao da ampla defesa, ambos garantidos pela Constituição" (NERY JR., Nelson. Princípios... Op. cit. p. 124-125). Nelson Nery Júnior fundamenta sua posição em MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. 2. ed. Rio de Janeiro-São Paulo, 1965, v. 2, n.º 563, p. 422-424. No mesmo sentido, RT 405/77; TACrimSP Ap. 288545, de Marília, Rel. Silva Franco, j. 15-12-1981. In: O processo constitucional em marcha. São Paulo: [s.n.], 1985, p. 149-151 (coordenado por Ada Pellegrini Grinover, Op. cit., p. 46-49 e 168-170). Igualmente, é este o entendimento do STF, consubstanciado na Súmula 523: "No processo penal, falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu."

29.1 Inquérito policial e contraditório

O contraditório nos procedimentos penais não se aplica aos inquéritos policiais, pois a fase investigatória é preparatória da acusação, inexistindo, ainda, acusado, constituindo, pois, mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do titular da ação penal, o Ministério Público.

30 PROVAS ILÍCITAS (ART. 5.º, LVI)

São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, é o que garante o art. 5.º, LVI, da Constituição Federal, entendendo-as como aquelas colhidas em infringência às normas do direito material, (por exemplo, por meio de tortura psíquica) configurando-se importante garantia em relação à ação persecutória do Estado.

As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual⁷⁹. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois, configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico.

Conforme decidiu o plenário do Supremo Tribunal Federal, "é indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em Estado de Direito democrático. A justiça penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados, ensina Heleno Fragoso, em trecho de sua obra *Jurisprudência Criminal*, transcrita pela defesa. A Constituição brasileira, no art. 5.º, inc. LVI, com efeito, dispõe, a todas as letras, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

No julgamento da AP 307-3-DF, em lapidar voto, o Ministro Celso de Mello ensina que "a norma inscrita no art. 5.º, LVI, da Lei Fundamental promulgada em 1988, consagrou, entre nós, com fundamento em sólido magistério doutrinário (Ada Pellegrini Grinover, *Novas tendências do direito processual*, p. 60/82, 1990, Forense Universitária; Mauro Cappelletti, *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, em *Rivista di Diritto Civile*, p. 112, 1961; Vincenzo Vigoriti, *Prove illecite e costituzione*, in *Rivista di Diritto Processuale*, p. 64 e 70, 1968), o postulado de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada - e repudiada sempre - pelos juízes e Tribunais, por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade (Ada Pellegrini Grinover, *op. cit.*, p. 62, 1990, Forense Universitária). A cláusula constitucional do *due process of law* - que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público - tem, no dogma da inadmissibilidade das

⁷⁹ Em relação à provas ilegítimas, entendeu o STF que "as provas obtidas mediante decreto não fundamentado de quebra dos sigilos bancário e fiscal constituem provas ilegítimas e, em consequência, podem ser reproduzidas desde que observada a formalidade processual que deu causa à anulação do ato" (STF - Pleno - HC nº 80.724/SP - Rel. Min. Ellen Gracie, 20-3-2001 - Informativo STF n.º 221, 19 a 23 abr. 2001, p. 2).

provas ilícitas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o impostergável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado. A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de consequência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova - de qualquer prova - cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário. A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica. Tenho tido a oportunidade de enfatizar, neste Tribunal, que a Exclusionary Rule, considerada essencial pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América na definição dos limites da atividade probatória desenvolvida pelo Estado, destina-se, na abrangência de seu conteúdo, e pelo banimento processual de evidência ilicitamente coligidas, a proteger os réus criminais contra a ilegítima produção ou a ilegal colheita de prova incriminadora (Garrity v. New Jersey, 385 U.S. 493, 1967; Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643, 1961; Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471, 1962, v.g.).

Saliente-se, porém, que a doutrina constitucional passou a atenuar a vedação das provas ilícitas, visando corrigir distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Esta atenuação prevê, com base no Princípio da Proporcionalidade, hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização.

A concepção atual da teoria da proporcionalidade, conforme aponta Luiz Francisco Torquato Avolio, "é, pois, dotada de um sentido técnico no direito público a teoria do direito germânico, correspondente a uma limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados (...). Para que o Estado, em sua atividade, atenda aos interesses da maioria, respeitando os direitos individuais fundamentais, se faz necessário não só a existência de normas para pautar essa atividade e que, em certos casos, nem mesmo a vontade de uma maioria pode derogar (Estado de Direito), como também há de se reconhecer e lançar mão de um princípio regulativo para se ponderar até que ponto se vai dar preferência ao todo ou às partes (Princípio da Proporcionalidade), o que também não pode ir além de um certo limite, para não retirar o mínimo necessário a uma existência humana digna de ser chamada assim".

Na jurisprudência pátria, somente se aplica o princípio da proporcionalidade pro reo, entendendo-se que a ilicitude é eliminada por causas excludentes de ilicitude, em prol do princípio da inocência.

Desta forma, repita-se que 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.

30.1 Provas derivadas das provas ilícitas

O importante julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de um ex-Presidente da República voltou a analisar a questão importantíssima sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas e sobre possível contaminação das chamadas provas derivadas das provas ilícitas. A Constituição, em seu art. 5.º, LVI, consagra a inadmissibilidade da utilização das provas ilícitas que, conforme já definidas, são aquelas colhidas em infringência às normas do direito material (por exemplo: inviolabilidade domiciliar, telefônica, direito à intimidade, ao sigilo etc.). Ocorre que o fato de o Supremo Tribunal Federal não admitir, de longa data, as provas ilícitas não tem o condão de gerar a nulidade de todo o processo, pois como ressalta o Ministro Moreira Alves, a previsão constitucional não afirma serem nulos os processos em que haja prova obtida por meios ilícitos.

Não havendo nulidade processual, devemos delimitar a consequência da inadmissibilidade de uma prova ilícita, definindo se haverá contaminação de todas as demais provas dela resultantes, ou somente desqualificação desta para o julgamento da causa⁸⁰.

O Supremo Tribunal Federal, em duas decisões plenárias e importantíssimas, havia decidido pela inaplicabilidade da doutrina do *fruits of the poisonous tree* (fruto da árvore envenenada), optando pela prevalência da incomunicabilidade da ilicitude das provas.

No referido julgamento, envolvendo o ex-Presidente, o Tribunal rejeitou a tese da defesa, relativamente à repercussão da prova inadmissível sobre as demais, vencido o Ministro Celso de Mello e, em menor extensão, os Ministros Carlos Venoso, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira, determinando, pois, que continuam válidas as eventuais provas decorrentes das provas consideradas ilícitas. Confirmou essa decisão plenária posição anterior, em que participaram todos os ministros, que, igualmente, admitiu a validade de provas derivadas das provas ilícitas. Nesta decisão, votaram pela licitude das provas decorrentes das provas ilícitas os Ministros Carlos Velloso, Paulo Brossard, Sidney Sanches, Néri da Silveira, Octávio Gallotti e Moreira Alves.

Importante ressaltar que esse julgamento do HC 69.912-0-RS, que primeiramente indeferiu a ordem, por seis votos a cinco, entendendo pela incomunicabilidade da ilicitude da prova ilícita às provas derivadas, acabou sendo anulado pela declaração posterior de impedimento de um dos ministros. Em novo julgamento, deferiu-se a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, uma vez que o empate favorece o paciente, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica - à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la - contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (*fruits of the poisonous tree*), nas quais se fundou a condenação do paciente. O fato de ter sido concedida a ordem, naquele momento, não alterou a posição da maioria (6 votos a 5) da Corte, pela admissibilidade da prova derivada da ilícita, uma vez que não haveria sua contaminação pela comunicabilidade da ilicitude, afastando-se a *fruits of the poisonous tree*.

⁸⁰ O Supremo Tribunal Federal afasta a nulidade processual quando, apesar da prova ilícita ter facilitado as investigações, não terem sido indispensáveis para o contexto probatório. Assim entendeu o HC 74.152/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, 20-8-96 - Informativo STF, Brasília, n.º 41, 28 ago. 1996.

O que poderia ser uma definição jurisprudencial (6 votos a 5), novamente transformou-se em dúvida, pois com a aposentadoria do Ministro Paulo Brossard, adepto da incomunicabilidade da prova ilícita ("...não me parece seguro concluir que, quando a escuta tivesse sido ilegal e, por conseqüência, ilícita a prova obtida por seu intermédio, toda a prova ficasse contaminada e imprestável..." - voto no HC 69.912-0-RS), a questão tornou-se pendente de futuro pronunciamento, já com a participação do Ministro Maurício Corrêa, para definir-se a posição da mais alta Corte Judiciária brasileira na questão da teoria do fruits of the poisonous tree.

Essa definição foi tomada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal que, invertendo a antiga maioria (6 x 5), adotou em relação às provas derivadas das provas ilícitas a teoria do fruits of the poisonous tree, ou seja, pela comunicabilidade da ilicitude das provas ilícitas a todas aquelas que dela derivarem.

Em conclusão, a atual posição majoritária do Supremo Tribunal Federal entende que a prova ilícita originária contamina as demais provas dela decorrentes, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Neste sentido importante transcrevermos os dois Acórdãos definidores da questão:

I - HC 72.588-PB, relatado pelo Ministro Maurício Corrêa, 12 jun. 1996: "FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA" - Examinando novamente o problema da validade de provas cuja obtenção não teria sido possível sem o conhecimento de informações provenientes de escuta telefônica autorizada por juiz - prova que o STF considera ilícita, até que seja regulamentado o art. 5.º, XII, da CF ("é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal") -, o Tribunal, por maioria de votos, aplicando a doutrina do "frutos da árvore envenenada", concedeu habeas corpus impetrado em favor de advogado acusado do crime de exploração de prestígio (CP, art. 357, parágrafo único), por haver solicitado a seu cliente (preso em penitenciária) determinada importância em dinheiro, a pretexto de entregá-la ao juiz de sua causa.

Entendeu-se que o testemunho do cliente ao qual se chegara exclusivamente em razão de escuta -, confirmando a solicitação feita pelo advogado na conversa telefônica, estaria "contaminado" pela ilicitude da prova originária. Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Octávio Gallotti, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, que indeferiam o habeas corpus, ao fundamento de que somente a prova ilícita - no caso, a escuta - deveria ser desprezada. Precedentes citados: HC 69.912-RS (DJ de 26-11-93), HC 73.351-SP (Pleno, 9-5-96; v. Informativo n.º 30). HC 72.588-PB, Rel. Min. Maurício Corrêa, 12-6-96 - INFORMATIVO STF - Brasília, 10 a 14 de junho de 1996 - n.º 35.

II - HC 73.351-SP - habeas corpus, Rel. Min. Ilmar Galvão, m. v., j. 9-5-96, INFORMATIVO STF n.º 30 - EMENTA: habeas corpus. Acusação vazada em flagrante delito viabilizado exclusivamente por meio de operação de escuta telefônica, mediante autorização judicial. Prova ilícita. Ausência de legislação regulamentadora. Art. 5.º, XII, da Constituição Federal. Fruits of the poisonous tree. O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5.º, inciso XII, da Constituição, não pode o juiz autorizar a interceptação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que "a ilicitude da interceptação telefônica - a falta de lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la - contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos,

oriundos direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta" (IBCCrim - Boletim - Jurisprudência - agosto de 1996).

No mesmo sentido: HC 73.461-SP, Rel. Min. Octávio Gallotti, 11-6-96; STF - Habeas Corpus n.º 73.510-0/SP - Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 12 dez. 1997, p. 65.565

Em conclusão, as provas ilícitas, bem como todas aquelas delas derivadas, são constitucionalmente inadmissíveis, devendo, pois, serem desentranhadas do processo, não tendo, porém, o condão de anulá-lo, permanecendo válidas as demais provas lícitas e autônomas delas não decorrentes⁸¹.

30.2 Convalidação de provas obtidas por meios ilícitos com a finalidade de defesa das liberdades públicas fundamentais (legítima defesa)

Conforme estudado anteriormente, as liberdades públicas não podem ser utilizadas como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Dessa forma, aqueles que ao praticarem atos ilícitos inobservarem as liberdades públicas de terceiros pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado.

Exemplificando, poderíamos apontar a possibilidade de utilização de uma gravação realizada pela vítima, sem o conhecimento de um dos interlocutores, que comprovasse a prática de um crime de extorsão, pois o próprio agente do ato criminoso, primeiramente, invadiu a esfera de liberdades públicas da vítima, ao ameaçá-la e coagi-la. Essa, por sua vez, em legítima defesa de suas liberdades públicas, obteve uma prova necessária para responsabilizar o agente. Poderíamos, também, apontar a hipótese de utilização de uma gravação de vídeo realizada pelo filho, de forma clandestina e sem conhecimento de seu pai, agressor, para comprovação de maus-tratos e sevícias. Não se poderia argumentar que houve desrespeito à inviolabilidade, à intimidade e à imagem do pai-agressor, pois sua conduta inicial desrespeitou a incolumidade física e a dignidade de seu filho que, em legítima defesa, acabou por produzir a referida prova. Ainda, poderíamos apontar a possibilidade de utilização de uma "carta confidencial" remetida pelo seqüestrador aos familiares do seqüestrado. Certamente essa carta poderia ser utilizada em juízo, sem que se falasse em desrespeito ao sigilo das correspondências, pois o seqüestrador foi quem, primeiramente, desrespeitou os direitos fundamentais do seqüestrado e de seus familiares que, em legítima defesa, produziram tal prova.

Note-se que não se trata do acolhimento de provas ilícitas em desfavor dos acusados e conseqüentemente, em desrespeito ao art. 5.º, inciso LVI, da Constituição Federal. O que ocorre na hipótese é a ausência de ilicitude dessa prova, vez que aqueles que a produziram

⁸¹ STF – 2.ª T. - RHC n.º 74.807-4/MT - Rel. Min. Maurício Corrêa, Diário da Justiça, Seção I, 20 jun. 1997, p. 28.507. Ainda nesse sentido: "Descabe concluir pela nulidade do processo quando o decreto condenatório repousa em outras provas que exsurgem independentes, ou seja, não vinculadas à que se aponta como ilícita" (STF – 2.ª T. - HC n.º 75.892-6/RJ - Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 17 abr. 1998); e "A existência nos autos de prova obtida ilicitamente (escuta telefônica autorizada por juiz antes do advento da Lei n.º 9.296/96) não basta a invalidação do processo, se há outras provas consideradas autônomas, isto é, colhidas sem necessidade dos elementos informativos revelados pela prova ilícita. Precedente citado: RHC n.º 72.463/SP (DJU de 29-9-95)." (STF – 2.ª T. - HC n.º 76.231/RJ - Rel. Min. Nelson Jobim, decisão: 16 jun. 1998 - Informativo STF, n.º 115, jun. 1998). Conferir, igualmente, STF – 2.ª T. - HC n.º 76.171-1/SP - Rel. Min. Nelson Jobim, Diário da Justiça, Seção I, 27 fev. 1998, p. 03; STF – 2.ª T. - HC n.º 75.611-5/SP - Rel. Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça, Seção I, 17 abr. 1998.

agiram em legítima defesa de seus direitos humanos fundamentais, que estavam sendo ameaçados ou lesionados em face de condutas anteriormente ilícitas. Assim agindo - em legítima defesa - a ilicitude na colheita da prova é afastada, não incidindo, portanto, o inciso LVI, do art. 5.º, da Carta Magna⁸².

Como observado pelo Ministro Moreira Alves, em lapidar voto-relator no habeas corpus n.º 74.6781/SP, "evidentemente, seria uma aberração considerar como violação do direito à privacidade a gravação pela própria vítima, ou por ela autorizada, de atos criminosos, como o diálogo com seqüestradores, estelionatários e todo tipo de achacadores. No caso, os impetrantes esquecem que a conduta do réu apresentou, antes de tudo, uma intromissão ilícita na vida privada do ofendido, esta sim merecedora de tutela. Quem se dispõe a enviar correspondência ou a telefonar para outrem, ameaçando-o ou extorquindo-o, não pode pretender abrigar-se em uma obrigação de reserva por parte do destinatário, o que significaria o absurdo de qualificar como confidencial a missiva ou a conversa".

Nesse mesmo sentido e no referido julgamento, assinalou o Ministro Sepúlveda Pertence a existência de exclusão da ilicitude da gravação obtida por um dos interlocutores, vítima de corrupção passiva ou concussão já consumada, apesar do desconhecimento do outro interlocutor, e, conseqüentemente, a possibilidade de sua utilização.

Nesse mesmo sentido, reiterando esse posicionamento, decidiu o STF que "É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista."

30.3 Princípios da publicidade e moralidade administrativa e provas ilícitas

A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, conforme anteriormente analisado, deriva da posição preferente dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, tornando impossível a violação de uma liberdade pública para obtenção de qualquer prova. Em defesa, porém, da probidade na administração, a inadmissibilidade das provas ilícitas, por ferimento às inviolabilidades constitucionais, deve ser compatibilizada aos demais princípios constitucionais, entre eles, o princípio da moralidade e publicidade, consagrados no caput do art. 37 da Carta Magna.

Assim, exige-se do administrador, no exercício de sua função pública, fiel cumprimento aos princípios da administração e, em especial, à legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, devendo respeito aos princípios éticos de razoabilidade e justiça.

Como lembrado pelo Ministro Marco Aurélio, ao analisar o princípio da moralidade, "o agente público não só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César".

O dever de mostrar honestidade decorre do princípio da publicidade, pelo qual todos os atos públicos devem ser de conhecimento geral, para que a sociedade possa fiscalizá-los.

⁸² Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal: "Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilícitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal Federal HC 74.678, DJ de 15-8-97 e HC 75.261, sessão de 24-6-97, ambos da Primeira Turma" (STF – 1.ª T. – Rextr. n.º 212.081-2/RO - Rel. Min. Octávio Gallotti, Diário da Justiça, 27 mar. 1998, p. 23). No mesmo sentido: STF - Pleno - HC n.º 75.338/RJ - Rel. Min. Nelson Jobim, 11-3-98 - Informativo STF, n.º 102, março de 1998.

Dessa forma, a conjugação dos princípios da moralidade e publicidade impede que o agente público utilize-se das inviolabilidades à intimidade e à vida privada para prática de atividades ilícitas, pois, na interpretação das diversas normas constitucionais, deve ser concedido o sentido que assegure sua maior eficácia, sendo absolutamente vedada a interpretação que diminua sua finalidade, no caso, a transparência dos negócios públicos.

Portanto, deverá ser permitida a utilização de gravações clandestinas por um dos interlocutores, realizadas sem o conhecimento do agente público, que comprovem sua participação, utilizando-se de seu cargo, função ou emprego público, na prática de atos ilícitos (por exemplo: concussão, tráfico de influência, ato de improbidade administrativa), não lhe sendo possível alegar as inviolabilidades à intimidade ou à vida privada no trato da res pública; pois, na administração pública, em regra, não vigora o sigilo na condução dos negócios políticos do Estado, mas o princípio da publicidade.

Como ressaltado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, analisando hipótese de gravação clandestina de conversa de servidor público com particular, "não é o simples fato de a conversa se passar entre duas pessoas que dá, ao diálogo, a nota de intimidade, a confiabilidade na discricção do interlocutor, a favor da qual, aí sim, caberia invocar o princípio constitucional da inviolabilidade do círculo de intimidade, assim como da vida privada".

Portanto, as condutas dos agentes públicos devem pautar-se pela transparência e publicidade, não podendo a invocação de inviolabilidades constitucionais constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas, que permitam a utilização de seus cargos, funções ou empregos públicos como verdadeira cláusula de irresponsabilidade por seus atos ilícitos.

31 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5.º, LVII)

A Constituição Federal estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, consagrando a presunção de inocência, um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal.

Dessa forma, há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal.

A consagração do princípio da inocência, porém, não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continua sendo, pacificamente, reconhecida pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção juris tantum de não-culpabilidade dos réus, pode validamente incidir sobre seu status libertatis. Desta forma, permanecem válidas as prisões temporárias, em flagrante, preventivas, por pronúncia e por sentenças condenatórias sem trânsitos em julgado.

Em relação a essa última hipótese, o plenário do Supremo Tribunal Federal, por seis votos contra cinco, entendeu que a regra do art. 594 do CPP ("o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão) continua em vigor, "não tendo sido revogada pela presunção de inocência do art. 5.º, LVII, da CF - que, segundo a maioria, concerne à disciplina do ônus da prova, nem pela aprovação, em 28-5-92, por decreto-legislativo do Congresso Nacional, do

Pacto de S. José, da Costa Rica"⁸³. O mesmo entendimento é partilhado pelo Superior Tribunal de Justiça, que sumulou a questão: "A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência" (Súmula 9).

Anote-se, ainda, que a existência de recurso especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça ou de recurso extraordinário encaminhado ao Supremo Tribunal Federal, ainda pendentes de apreciação, não assegura ao condenado o direito de aguardar em liberdade o julgamento de qualquer dessas modalidades de impugnação recursal, porque despojadas, ambas, de eficácia suspensiva (Lei n.º 8.038/90, art. 27, § 2.º).

Diversamente, porém, o lançamento do nome do acusado no rol dos culpados viola o princípio constitucional que, proclamado pelo art. 5.º, inciso LVII, da Carta Política, consagra, em nosso sistema jurídico, a presunção *juris tantum* de não-culpabilidade daqueles que figurem como réus nos processos penais condenatórios.

32AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA (ART. 5.º, LIX)

No sistema jurídico brasileiro, por força da Constituição (art. 129, I), o processo criminal somente pode ser deflagrado por denúncia ou por queixa, sendo a ação penal pública privativa do Ministério Público. Não subsistem a portaria ou o auto de prisão em flagrante como procedimentos instauradores da ação penal. Assim, tendo o Ministério Público requerido o arquivamento no prazo legal, não cabe ação privada subsidiária, ou a título originário (CPP, art. 29; CF, art. 5.º, LIX).

O princípio é absoluto, tendo inclusive o Supremo Tribunal Federal decidido pela incompatibilidade do art. 129, inciso I, da Constituição Federal, com os procedimentos especiais por crime de deserção, no ponto em que prescindiam da denúncia (Código de Processo Penal, art. 451 ss). Desta forma, o referido procedimento não foi recepcionado pela nova ordem constitucional, sendo inaplicável sua previsão que permitia a instauração de procedimento, em ação penal pública, sem a intervenção do Ministério Público.

O mesmo se diga em relação ao procedimento por crime de abuso de autoridade, em que somente a inércia do Parquet, ou seja, ausência de denúncia, promoção de arquivamento ou mesmo requisição de diligências, possibilitará a queixa-crime de que trata o art. 16 da Lei n.º 4.898/65.

Como ressaltou o Supremo Tribunal Federal, a admissibilidade da ação penal privada subsidiária da pública pressupõe, nos termos do art. 5.º, LIX, da CF a inércia do Ministério Público em adotar, no prazo legal (CPP, art. 46), uma das seguintes providências: oferecer a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou requisitar diligências⁸⁴.

Portanto, o art. 5.º, LIX, da Constituição Federal, não constitui exceção ao art. 129, I, mas tão-somente um mecanismo de freios e contrapesos constitucional ao exercício, por parte do Ministério Público, dessa função constitucional que constitui ato de soberania, nunca permitido se o titular da ação penal pública manifestar-se, ou propondo a respectiva

⁸³ STF - HC 72.366-SP Rel. Min. Néri da Silveira, sessão de 13-9-95. Ficaram vencidos os Ministros Maurício Corrêa, Francisco Rezek, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence.

⁸⁴ Informativo STF n.º 43, STF - Habeas Corpus n.º 74.276-RS - Rel. Min. Celso de Mello, 3-9-96. Precedentes citados: Inq 172-SP (RTJ 112/474), HC 67.502-RJ (RTJ 130/1084). Com base nesse entendimento, o Supremo Tribunal Federal deferiu habeas corpus impetrado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que determinara o prosseguimento de ação penal privada ajuizada contra o paciente após o arquivamento do inquérito policial ordenado em primeira instância a requerimento do Ministério Público formulado dentro do prazo legal. Em consequência julgou-se extinta a ação penal privada movida contra o paciente.

denúncia, ou ainda, promovendo o arquivamento ou requisitando diligências à autoridade policial, ou, nas infrações penais de menor potencial ofensivo, oferecendo a transação penal.

33PRISÃO CIVIL

A Constituição Federal prevê no inciso LXVII, do art. 5.º, a disciplina e aplicabilidade da prisão civil em nosso ordenamento jurídico. Em regra, não haverá prisão civil por dívida. Excepcionalmente, porém, em dois casos será permitida a prisão civil decretada pela autoridade judicial competente: inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia; e, depositário infiel.

Hipóteses estas taxativas, impossibilitando seu alargamento por determinação do legislador ordinário.

Duas questões, porém, são merecedoras de análise, ambas sobre a viabilidade de equiparação às hipóteses constitucionais permissivas de prisão civil, por parte da legislação ordinária.

A primeira diz respeito à possibilidade de prisão civil do devedor considerado, por ficção legal, como depositário infiel em alienação fiduciária (Decreto-lei n.º 911/69). Apesar da divergência doutrinária e jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal assentou a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em alienação fiduciária, no habeas corpus n.º 72.131, sessão de 23-11-95, garantindo a aplicabilidade desta hipótese. Assim, afirmou o Supremo que a prisão de quem foi declarado, por decisão judicial, como depositário infiel, é constitucional, seja quanto ao depósito regulamentado no Código Civil seja no caso de alienação protegida pela cláusula fiduciária.

Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2.º, do art. 5.º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-novo na elaboração de sua constituição; por esta razão, o art. 7.º, n.º 7, do Pacto de São José da Costa Rica ("ninguém deve ser detido por dívida": "este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar") deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5.º, LXVII, da Constituição.

A segunda, sobre a possibilidade de prisão civil por falta de pagamento de prestação alimentícia decorrente de ação de responsabilidade ex delicto; tendo decidido o Tribunal de Justiça de São Paulo pela sua inadmissibilidade, em virtude da ausência de natureza eminentemente alimentar da dívida.

ROL EXEMPLIFICATIVO

Os direitos e garantias expressos na Constituição Federal não excluem outros de caráter constitucional decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, desde que expressamente previstos no texto constitucional, mesmo que difusamente. Neste sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal (Adin n.º 939-7/DF) ao considerar cláusula pétrea, e conseqüentemente imodificável, a garantia constitucional assegurada ao cidadão no art. 150, III, b, da Constituição Federal (princípio da anterioridade tributária), entendendo que ao visar subtraí-la de sua esfera protetiva, estaria a Emenda Constitucional n.º 3, de 1993, deparando-se com um obstáculo intransponível, contido no art. 60, § 4.º, IV, da Constituição Federal, pois, "admitir que a União, no exercício de sua competência residual, ainda que por emenda constitucional, pudesse excepcionar a aplicação desta garantia individual do

contribuinte, implica em conceder ao ente tributante poder que o constituinte expressamente lhe subtraiu ao vedar a deliberação de proposta de emenda à constituição tendente a abolir os direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados".

Importante, também, ressaltar, que na citada Adin 939-07/DF, o Ministro Carlos Velloso referiu-se aos direitos e garantias sociais, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos como pertencentes à categoria de direitos e garantias individuais, logo, imodificáveis, enquanto o Ministro Marco Aurélio afirmou a relação de continência dos direitos sociais dentre os direitos individuais previstos no art. 60, § 4.º, da Constituição Federal.

Além disso, a enumeração do art. 5.º da Constituição não exclui a existência de outros direitos e garantias individuais, de caráter infraconstitucional, decorrente dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, como será analisado no capítulo de controle de constitucionalidade.

34 DIREITOS FUNDAMENTAIS E TRATADOS INTERNACIONAIS

O § 2.º do art. 5.º da Constituição Federal prevê que os direitos e as garantias expressos no texto constitucional não excluem outros decorrentes dos tratados de que seja parte a República Federativa do Brasil.

Em relação à incorporação e o status dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, conferir Capítulo 11, item 4.5.3 (Decreto legislativo e tratados e atos internacionais) e Capítulo 12, item 10.2.8 (Tratados internacionais e controle de constitucionalidade).

35 TUTELA CONSTITUCIONAL DAS LIBERDADES

36.1 HABEAS CORPUS

36.1.1 Origem

O instituto do habeas corpus tem sua origem remota no Direito Romano, pelo qual todo cidadão podia reclamar a exibição do homem livre detido ilegalmente por meio de uma ação privilegiada que se chamava *interdictum de libero homine exhibendo*. Ocorre, porém, que a noção de liberdade da antiguidade e mesmo da Idade Média em nada se assemelhava com os ideais modernos de igualdade, pois, como salientado por Pontes de Miranda, naquela época, "os próprios magistrados obrigavam homens livres a prestar-lhes serviços".

A origem mais apontada pelos diversos autores é a Magna Carta, em seu capítulo XXIX, onde, por pressão dos barões, foi outorgada pelo Rei João Sem Terra em 19 de junho de 1215 nos campos de Runnymede, na Inglaterra. Por fim, outros autores apontam a origem do habeas corpus no reinado de Carlos II, sendo editada a *Petition of Rights* que culminou com o *Habeas Corpus Act* de 1679. Mas configuração plena do habeas corpus não havia, ainda, terminado, pois até então, somente era utilizado quando se tratasse de pessoa acusada de crime, não sendo utilizável em outras hipóteses. Em 1816, o novo *Habeas Corpus Act* inglês ampliou o campo de atuação e incidência do instituto, para colher a defesa rápida e eficaz da liberdade individual.

No Brasil, embora introduzido com a vinda de D. João VI, quando expedido o Decreto de 23-5-1821, referendado pelo Conde dos Arcos e implícito na Constituição Imperial de 1824, que proibia as prisões arbitrárias e nas codificações portuguesas, o habeas corpus surgiu

expressamente no direito pátrio no Código de Processo Criminal de 29-11-1832, e elevou-se a regra constitucional na Carta de 1891, introduzindo, pela primeira vez, o instituto do habeas corpus.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada em 10 de dezembro de 1948, estabeleceu no seu art. 8.º: "Toda pessoa tem direito a um recurso efetivo ante os tribunais competentes que a ampare contra atos violatórios de seus direitos fundamentais, reconhecidos pela Constituição e pelas leis".

Como anota Alcino Pinto Falcão "a garantia do habeas corpus tem um característico que a distingue das demais: é bem antiga mas não envelhece. Continua sempre atual e os povos que a não possuem, a rigor não são livres, não gozam de liberdade individual, que fica dependente do Poder Executivo e não da apreciação obrigatória, nos casos de prisão, por parte do juiz competente".

1.2 Conceito e finalidade

A Constituição Federal prevê no art. 5.º, LXVIII, que conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

O sentido da palavra alguém no habeas corpus refere-se tão-somente à pessoa física.

Habeas corpus eram as palavras iniciais da fórmula do mandado que o Tribunal concedia e era endereçado a quantos tivessem em seu poder ou guarda o corpo do detido, da seguinte maneira: "Tomai o corpo desse detido e vinde submeter ao Tribunal o homem e o caso". Também se utiliza, genericamente, a terminologia writ, para se referir ao habeas corpus. O termo writ é mais amplo e significa, em linguagem jurídica, mandado ou ordem a ser cumprida.

Portanto, o habeas corpus é uma garantia individual ao direito de locomoção, consubstanciada em uma ordem dada pelo Juiz ou Tribunal ao coator, fazendo cessar a ameaça ou coação à liberdade de locomoção em sentido amplo - o direito do indivíduo de ir, vir e ficar.

Ressalte-se que a Constituição Federal, expressamente, prevê a liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens (CF, art. 5.º, XV). A lei exigida pelo referido inciso deverá regulamentar tanto as restrições ao direito de locomoção interna, em tempo de guerra, quanto ao direito de locomoção através das fronteiras nacionais em tempo de guerra ou paz, uma vez que o direito de migrar é sujeito a maiores limitações.

Como ressalta porém Pontes de Miranda no tocante à abrangência do instituto, "a ilegalidade da prisão pode não consistir na prisão mesma, porém no processo do acusado, que corra, por exemplo, perante juiz incompetente" e conclui que o Supremo Tribunal Federal "concedera a ordem de habeas corpus, não para que se soltasse o réu, e sim para que fosse processado por juiz competente, anulando-se a sentença condenatória, se houvesse, e todo o processado".

Essa é a tendência atual do habeas corpus, que é meio idôneo para garantir todos direitos do acusado e do sentenciado relacionados com sua liberdade de locomoção, ainda que

pudesse, como salienta Celso de Mello, "na simples condição de direito-meio, ser afetado apenas de modo reflexo, indireto ou oblíquo".

O habeas corpus não poderá ser utilizado para a correção de qualquer inidoneidade que não implique coação ou iminência direta de coação à liberdade de ir e vir, assim, por exemplo, não caberá habeas corpus para questionar pena pecuniária.

Na apreciação de habeas corpus, o órgão competente para seu julgamento não está vinculado à causa de pedir e pedido formulados. Havendo, pois, a convicção sobre a existência de ato ilegal não veiculado pelo impetrante, cumpre-lhe afastá-lo, ainda que isto implique concessão de ordem em sentido diverso do pleiteado, conforme depreende-se do art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal.

Assim, na defesa da liberdade de locomoção, cabe ao Poder Judiciário considerar ato de constrangimento que, não tenha sido apontado na petição inicial⁸⁵. Da mesma forma, pode atuar no tocante à extensão da ordem, deferindo-a a quem ou além do que pleiteado.

Ainda em defesa da garantia de liberdade de locomoção, concedida ordem de habeas corpus com base em motivos que não sejam exclusivamente de ordem pessoal, deve ser estendida aos co-réus na conformidade do disposto no art. 580 do Código de Processo Penal.

Em sede de habeas corpus inexistente a possibilidade de reexame da análise probatória ou mesmo de dilação probatória visando reparar-se erro judiciário, em face de seu caráter sumaríssimo⁸⁶. Desta maneira, o habeas corpus mostra-se inidôneo para anular sentença com trânsito em julgado, ao argumento de que seria contrária à evidência dos autos, pois implica no reexame de toda a prova. A via indicada é a revisão criminal. Excepcionalmente, porém o habeas corpus presta-se para corrigir erro manifesto da sentença na fixação da pena.

Não se conhece, em regra, de habeas corpus cujos fundamentos sejam mera repetição das razões utilizadas em impetração anterior, já indeferida. Tendo, porém, o Superior Tribunal de Justiça, em caráter excepcional, concedido liminar negada em outro habeas corpus quando o ato coator apresente manifesta ilegalidade, com efeitos danosos irreparáveis.

1.3 Natureza jurídica

O habeas corpus é uma ação constitucional de caráter penal e de procedimento especial, isenta de custas e que visa evitar ou cessar violência ou ameaça na liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Não se trata, portanto, de uma espécie de recurso, apesar de regulamentado no capítulo a eles destinado no Código de Processo Penal.

1.4 Garantia constitucional da liberdade de locomoção

A Constituição Federal consagra o direito à livre locomoção no território nacional em tempo de paz, autorizando diretamente a qualquer pessoa o ingresso, a saída e a permanência, inclusive com os próprios bens (CF, art. 5.º, XV)⁸⁷.

⁸⁵ Conforme entendeu o Supremo Tribunal Federal "a jurisprudência desta Corte tem admitido que se conceda habeas corpus de ofício, ainda quando o pedido originário não possa ser conhecido" (RT 650/331).

⁸⁶ STF – 1.ª T - HC 68.397-5-DF - Rel. Min. Celso de Mello - Diário da Justiça, Seção I, 26-6-92, p. 10.105. No caso em questão, o Supremo Tribunal Federal, excepcionalmente, autorizou a realização de comparação pericial das individuais dactiloscópicas, para comprovação de homonímia.

⁸⁷ Cf. legislação ordinária: Lei n.º 6.815/80 (Estatuto dos Estrangeiros), regulamentado pelo Decreto n.º 86.715/81 (define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil e cria o Conselho Nacional de Imigração); Lei n.º 7.685/88 (dispõe sobre o registro provisório para o estrangeiro em situação ilegal em território nacional); Lei n.º 9.076/95 (altera dispositivos do Estatuto dos Estrangeiros).

Em caso de guerra, contrario sensu do próprio texto constitucional, haverá possibilidades de maior restrição legal que, visando à segurança nacional e à integridade do território nacional, poderá prever hipóteses e requisitos menos flexíveis.

O direito à liberdade de locomoção resulta da própria natureza humana, como já salientado por Pimenta Bueno, em comentário à Constituição do Império, no qual ensinava que, "posto que o homem seja membro de uma nacionalidade, ele não renuncia por isso suas condições de liberdade, nem os meios racionais de satisfazer a suas necessidades ou gozos. Não se obriga ou reduz à vida vegetativa, não tem raízes, nem se prende à terra como escravo do solo. A faculdade de levar consigo seus bens é um respeito devido ao direito de propriedade".

Esse raciocínio é complementado por Canotilho e Moreira, ao afirmarem que "a liberdade de deslocação interna e de residência e a liberdade de deslocação transfronteiras constituem, em certa medida, simples corolários do direito à liberdade" e por Paolo Barile, que relaciona esse direito com a própria dignidade e personalidade humanas.

Dessa forma, podemos concluir que a liberdade de locomoção engloba quatro situações:

- direito de acesso e ingresso no território nacional;
- direito de saída do território nacional;
- direito de permanência no território nacional;
- direito de deslocamento dentro do território nacional.

A destinação constitucional do direito à livre locomoção abrange tanto os brasileiros quanto os estrangeiros, sejam ou não residentes no território nacional, conforme já estudado no item 4 do Capítulo 3, sobre os destinatários dos direitos e garantias individuais consagrados no art. 5.º da CF.

Trata-se, porém, de norma constitucional de eficácia contida, cuja lei ordinária pode delimitar a amplitude, por meio de requisitos de forma e fundo, nunca, obviamente, de previsões arbitrárias. Assim, poderá o legislador ordinário estabelecer restrições referentes a ingresso, saída, circulação interna de pessoas e patrimônio.

Conforme proclamou o Superior Tribunal de Justiça, "a liberdade é indisponível no Estado de Direito Democrático;" não cabendo a nenhuma autoridade, inclusive do Executivo e Judiciário, "assenhorar-se das prerrogativas do Legislativo, criando novas formas inibidoras ao direito de ir e vir, sem a devida fundamentação e forma prescrita em lei".

Além disso, o próprio texto constitucional, em hipótese excepcional, limita o direito de locomoção, ao prever no art. 139 a possibilidade de na vigência do estado de sítio decretado, ser fixada obrigação de as pessoas permanecerem em localidade determinada.

1.5 Legitimidade ativa

A legitimidade para ajuizamento do habeas corpus é um atributo de personalidade, não se exigindo a capacidade de estar em juízo, nem a capacidade postulatória, sendo uma verdadeira ação penal popular.

Assim, qualquer do povo, nacional ou estrangeiro, independentemente de capacidade civil, política, profissional, de idade, sexo, profissão, estado mental, pode fazer uso do habeas corpus, em benefício próprio ou alheio (habeas corpus de terceiro). Não há impedimento

para que dele se utilize pessoa menor de idade, insana mental, mesmo sem estarem representados ou assistidos por outrem. O analfabeto, também, desde que alguém assine a petição a rogo, poderá ajuizar a ação de habeas corpus.

A impetração de habeas corpus, pela própria parte, a seu favor ou de terceiro, conforme possibilita o art. 554 do Código de Processo Penal, não fere o disposto no art. 133 da Carta Magna, posto que esse dispositivo não obriga o patrocínio judicial por advogado, pois, sua interposição há que ser feita à luz do princípio do direito de defesa assegurada constitucionalmente (art. 5.º, LV) que inclui, sem sombra de dúvida, o direito à autodefesa.

A impetração de habeas corpus por pessoa jurídica divide a doutrina e jurisprudência, ora incluindo-as⁸⁸ como legitimadas, ora excluindo-as por ausência de previsão constitucional. Conforme já salientamos ao analisar o caput do art. 5.º da Constituição Federal, a pessoa jurídica deverá usufruir de todos os direitos e garantias individuais compatíveis com sua condição. Dessa forma, nada impede que ela ajuíze habeas corpus em favor de terceira pessoa ameaçada ou coagida em sua liberdade de locomoção.

Assim, concluímos com a possibilidade de o habeas corpus ser impetrado por pessoa jurídica, em favor de pessoa física.

O promotor de justiça pode, igualmente, na qualidade de órgão do Ministério Público, impetrar habeas corpus, tanto perante o juízo de primeiro grau, quanto perante os tribunais locais, conforme expressamente prevê o art. 32 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n.º 8.625, de 12-2-1993)⁸⁹. Diferente é o caso do magistrado que, na qualidade de Juiz poderá concedê-lo de ofício, não poderá jamais impetrar habeas corpus.

Em relação aos membros do Ministério Público, importante ressaltar que apesar de disporem genericamente de legitimidade ativa ad causam para o ajuizamento da ação constitucional de habeas corpus em favor de terceiros⁹⁰, no caso concreto deverá ser analisada a finalidade buscada pelo Parquet. Assim, o citado writ nunca poderá ser utilizado para tutela dos direitos estatais na persecução penal, em prejuízo do paciente, com claro desvio de sua finalidade de tutelar a liberdade de locomoção do paciente, sob pena de não conhecimento do pedido. Desta forma, para certificar-se da fiel observância finalística do habeas corpus impetrado pelo Ministério Público, deverá o paciente manifestar-se previamente, para que esclareça se está ou não de acordo com a impetração. Conforme decidiu o Pretório Excelso, "a impetração do habeas corpus, com desvio de sua finalidade jurídico-constitucional, objetivando satisfazer, ainda que por via reflexa, porém de modo ilegítimo, os interesses da acusação, descaracteriza a essência desse instrumento exclusivamente vocacionado a proteção da liberdade individual".

⁸⁸ STJ – 5.ª T. - RHC n.º 3.716-41PR - Rel. Min. Jesus da Costa Lima, Ementário, 10/680; RT 598/322; RJTJSP 126/519. E ainda, RT 655/288, que assim se manifestou: "não há dúvida de que a pessoa jurídica pode impetrar habeas corpus, mas aquele que a representa legalmente deve, de plano ou no prazo assinado, comprovar isto. Se o signatário da inicial não comprova a condição invocada, de rigor o não-conhecimento do writ". No mesmo sentido: JESUS, Damásio E. Código de processo... Op. cit. p. 451; FERREIRA, Pinto. Comentários... Op. cit. V. 1, p. 201; MIRABETE, Julio Fabrini. Processo penal... Op. cit. p. 678.

⁸⁹ Lei n.º 8.625/93 - art. 32 - Além de outras funções cometidas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e demais leis, compete aos Promotores de Justiça, dentro de suas esferas de atribuições: I - impetrar habeas corpus e mandado de segurança e requerer correição parcial, inclusive perante aos Tribunais locais competentes.

⁹⁰ Conforme destacado pelo Superior Tribunal de Justiça, "o MP estadual é parte legítima para impetrar habeas corpus. Evidente a inocência do paciente, é de se trancar a ação penal por falta de justa causa" (STJ – 5.ª T. - RHC n.º 4.620/RS - Rel. Min. Edson Vidigal, Diário da Justiça, Seção I, 6 out. 1997, p. 50.010).

A impetração de habeas corpus por estrangeiros em causa própria é inquestionável, uma vez que essa ação constitucional pode ser utilizada por qualquer pessoa, independentemente da condição jurídica resultante de sua origem nacional, porém, exige-se que a petição esteja redigida em português, sob pena de não-conhecimento do writ constitucional.

Ainda em relação à impetração do habeas corpus, o Supremo Tribunal Federal admite-a mediante fax, condicionando seu conhecimento a que seja ele ratificado pelo impetrante no prazo concedido pelo Ministro-relator. O Superior Tribunal de Justiça, com base em sua orientação predominante, editou a Resolução n.º 43, de 23-10-1991, do Tribunal Pleno (Diário da Justiça, 24 out. 1991), autorizando a recusa do peticionamento formulado via fax, sem a devida autenticação dos originais⁹¹.

Entende-se, também, que não há possibilidade de impetração apócrifa, não assinada pelo impetrante e que não contenha qualquer autenticação.

Por fim, saliente-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece a possibilidade jurídico processual do impetrante desistir da ação de habeas corpus⁹².

1.6 Legitimidade passiva

O habeas corpus deverá ser impetrado contra o ato do coator, que poderá ser tanto autoridade (delegado de polícia, promotor de justiça, juiz de direito, tribunal etc.) como particular. No primeiro caso, nas hipóteses de ilegalidade e abuso de poder, enquanto no segundo caso, somente nas hipóteses de ilegalidade.

Por óbvio, na maior parte das vezes, a ameaça ou coação à liberdade de locomoção por parte do particular constituirá crime previsto na legislação penal, bastando a intervenção policial para fazê-la cessar. Isso, porém, não impede a impetração do habeas corpus, mesmo porque existirão casos em que será difícil ou impossível a intervenção da polícia para fazer cessar a coação ilegal (internações em hospitais, clínicas psiquiátricas).

1.7 Hipóteses e espécies

1.7.1 Habeas corpus preventivo (salvo-conduto)

Quando alguém se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder. Assim, bastará, pois, a ameaça de coação à liberdade de locomoção, para a obtenção de um salvo-conduto ao paciente, concedendo-lhe livre trânsito, de forma a impedir sua prisão ou detenção pelo mesmo motivo que ensejou o habeas corpus. Pretende evitar o desrespeito à liberdade de locomoção.

1.7.2 Habeas corpus liberatório ou repressivo

Quando alguém estiver sofrendo violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder. Pretende fazer cessar o desrespeito à liberdade de locomoção.

1.7.3 Liminar em habeas corpus

⁹¹ STJ – 5.ª T. - HC n.º 1.172-0 - SC - Rel. Min. José Dantas – v.u. - Diário da Justiça, Seção I, 4-5-92 - p. 5.894. Há, porém, decisão anterior afirmando que "Desfrutando de apreciável prestígio na Constituição vigente, o Habeas Corpus pode ser impetrado através de telex, mesmo sem autenticação" (STJ – 6.ª Turma - HC 521-SP - Rel. Min. José Candido - Diário da Justiça, Seção I, 22-4-91, p. 4.797).

⁹² STF -Habeas corpus n.º 74504-1/RS - Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 10 out. 1996, p. 38.293; citando várias decisões: RTJ 117/1.084; 150/765; HC 71.217-MG, Rel. Min. Néri da Silveira.

Em ambas as espécies haverá possibilidade de concessão de medida liminar, para se evitar possível constrangimento à liberdade de locomoção irreparável. Julio Fabbrini Mirabete lembra que "embora desconhecida na legislação referente ao habeas corpus, foi introduzida nesse remédio jurídico, pela jurisprudência, a figura da 'liminar', que visa atender casos em que a cassação da coação ilegal exige pronta intervenção do Judiciário. Passou, assim, a ser mencionada nos regimentos internos dos tribunais a possibilidade de concessão de liminar pelo relator, ou seja, a expedição do salvo conduto ou a ordem liberatória provisória antes do processamento do pedido, em caso de urgência", concluindo que "como medida cautelar excepcional, a liminar em habeas corpus exige requisitos: o periculum in mora (probabilidade de dano irreparável) e o fumus boni iuris (elementos da impetração que indiquem a existência de ilegalidade no constrangimento)".

1.8 Possibilidade de supressão

Por tratar-se de cláusula pétrea (art. 60, § 4.º, IV), o habeas corpus não poderá ser suprimido do ordenamento jurídico, em nenhuma hipótese. Porém, em virtude das medidas de exceção previstas pelos arts. 136 (Estado de Defesa) e 139 (Estado de Sítio), o âmbito de atuação do habeas corpus poderá ser diminuído, inclusive com a permissão de prisões decretadas pela autoridade administrativa. Nunca, porém, suprimido.

Assim, o Estado de Defesa e o Estado de Sítio não suspendem a garantia fundamental do habeas corpus, mas diminuem sua abrangência, pois as medidas excepcionais permitem uma maior restrição legal à liberdade de locomoção, inclusive, repita-se, por ordem da autoridade administrativa.

1.9 Habeas corpus e assistente

A doutrina não permite a intervenção do assistente da acusação no processo de habeas corpus, tendo, porém, o Supremo Tribunal Federal, por votação majoritária, resolvendo questão preliminar, entendido legítima a intervenção na ação penal de habeas corpus, inclusive para fazer sustentação oral, do credor fiduciário, autor da ação civil de depósito.

1.10 Excesso de prazo

O habeas corpus poderá ser utilizado como meio processual adequado para cessar constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do acusado-preso, decorrente de abusivo excesso de prazo para o encerramento da instrução processual penal.

Não constitui constrangimento ilegal, sanável por meio de habeas corpus o razoável excesso de prazo ocorrido na instrução processual penal, por exigência da própria defesa em arrolar testemunhas residentes em comarcas diversas, ou em virtude do grande número de acusados, ainda mais quando a instrução teve curso regular.

Igualmente, não haverá excesso de prazo, sanável pelo referido writ, quando a dúvida sobre a competência para o processo e julgamento já houver sido dirimida.

Também a greve de serventuários da justiça configura força maior não ensejando alegação de excesso de prazo em sede de habeas corpus, devendo os prazos recomeçarem a fluir na data em que é publicado o ato pelo qual o tribunal comunica às partes e os procuradores a cessação da situação de anormalidade e a retomada do andamento dos processos.

1.11 Habeas corpus impetrado contra coação ilegal atribuída à Turma do Supremo Tribunal Federal

As decisões de qualquer das Turmas do Pretório Excelso são inatacáveis por habeas corpus, uma vez que a Turma quando profere julgamento, em matéria de sua competência, representa o próprio Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, a circunstância do objeto impugnado ser decisão emanada da própria Corte - órgão fracionário ou não - inviabiliza o ajuizamento do writ.

1.12 Habeas corpus contra ato único ou colegiado de tribunais regionais federais ou estaduais

A disciplina constitucional sobre a competência para o ajuizamento de habeas corpus contra ato único ou colegiado de tribunais regionais federais ou tribunais estaduais foi alterada pela Emenda Constitucional n.º 22, de 18 de março de 1999, que deixou de fazer diferenciação entre essas duas hipóteses.

Na vigência do texto original da Constituição, competia ao Superior Tribunal de Justiça conhecer, originariamente, de habeas corpus quando coator ou paciente fosse Desembargador do Tribunal de Justiça ou Juiz de Tribunal Regional Federal. Igualmente, apesar da ausência de previsão constitucional em relação aos juízes dos tribunais de alçada, uma vez que não estão arrolados entre as autoridades a que alude o art. 105, I, a da Constituição Federal, analogicamente, seria competente para processar e julgar os habeas corpus contra atos monocráticos daquelas autoridades, o Superior Tribunal de Justiça.

Tratando-se, entretanto, de ato de órgão colegiado ou do próprio Plenário de Tribunal Regional Federal ou Tribunais Estaduais, a competência para o habeas corpus, entendia a jurisprudência⁹³, era do Supremo Tribunal Federal.

Esse mesmo entendimento fixava a competência do STF para o julgamento de habeas corpus contra decisão que o presidente da câmara do Tribunal de Justiça houvesse tomado em nome do órgão colegiado por ele presidido.

Dessa forma, o entendimento anterior à Emenda Constitucional n.º 22/99, determinava ser competência do Superior Tribunal de Justiça o julgamento de habeas corpus impetrado contra decisão do relator ou ato único de Desembargador ou Juiz de Alçada, em tribunal local, ou de juiz do Tribunal Regional Federal, somente competindo ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os habeas corpus dirigidos contra ato de Colegiado.

As novas redações dos arts. 102, I, i ("Compete ao Supremo Tribunal Federal (...) processar e julgar originariamente o habeas corpus, quando o coator ou o paciente 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"), e 105, I, c ("Compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, os habeas corpus, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea a, quando coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, ou Ministro de Estado, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral"), dadas pela Emenda Constitucional n.º 22, de 18 de março de 1999, alteraram esse posicionamento, pois unificaram a competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar originariamente o habeas corpus direcionado contra ato ou decisão provenientes dos

⁹³ Esse entendimento derivava da interpretação do STF da redação original do art. 102, I, i, da CF: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe o habeas corpus, quando o coator ou o paciente for tribunal, 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."

Tribunais Regionais Federais ou dos Tribunais estaduais, independentemente de tratar-se de atos únicos ou de atos colegiados.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal não mais possui competência para processar e julgar originariamente os habeas corpus dirigidos contra atos colegiados dos Tribunais Regionais Federais ou dos Tribunais estaduais. Essa competência passou a ser do Superior Tribunal de Justiça, com a possibilidade de recurso ordinário constitucional dirigido ao STF, desde que a decisão seja denegatória (CF, art. 102, II, a)⁹⁴.

Ao STF permanece a competência originária para os habeas corpus ajuizados em face dos Tribunais Superiores.

Nesse sentido, ambas as turmas do Supremo Tribunal Federal já pacificaram o assunto.

Em questão de ordem, decidiu a 2.^a Turma do STF que: "O Supremo Tribunal Federal é competente para processar e julgar, originariamente, o habeas corpus quando o ato de coação emana de decisão colegiada de Tribunal Superior (art. 102, I, i, da Constituição, com a redação dada pelo art. 2.^o da Emenda Constitucional n.^o 22, de 1999). O Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, originariamente, o habeas corpus quando o ato de coação emana de decisão colegiada dos demais tribunais do País, ressalvada a competência do Tribunal Superior Eleitoral (art. 105, I, c, da Constituição, com a redação dada pelo art. 3.^o da Emenda Constitucional n.^o 22, de 1999) e a do Superior Tribunal Militar (art. 124, parágrafo único, da Constituição). Questão de ordem resolvida no sentido de proclamar a eficácia imediata das normas que dispõem sobre a competência (Emenda Constitucional n.^o 22, de 1999) e declarar, em consequência, a incompetência superveniente do Supremo Tribunal Federal, visto que passou a ser competente o Superior Tribunal de Justiça, determinando-se a remessa dos autos".

Igualmente decidiu a 1.^a Turma do Pretório Excelso que: "A EC 22, de 18-3-99, deu nova redação aos arts. 102, I, i, e 105, I, c, da Constituição, de modo a transferir do Supremo Tribunal para o Superior Tribunal de Justiça, a competência originária para conhecer de habeas corpus contra coação imputada aos tribunais de segundo grau sujeitos à sua jurisdição. Essa a espécie e sendo a emenda constitucional de aplicabilidade imediata aos processos em curso, declino da competência do STF para o Superior Tribunal de Justiça, ao qual se remeterão os autos".

1.13 Habeas corpus contra ato ilegal imputado a promotor de justiça

Segundo entendimento pacífico no Supremo Tribunal Federal compete ao Tribunal de Justiça, em face dos arts. 96, III e 125, § 1.^o, da Constituição Federal, processar e julgar habeas corpus contra ato ilegal imputado a promotor de justiça⁹⁵. Da mesma forma, se a

⁹⁴ Observe-se, porém, conforme decidiu a 1.^a Turma do STF que "tratando-se de pedido de extensão de habeas corpus concedido pelo STF antes da promulgação da EC 22/99, esta Corte continua competente para examinar tal pedido" (STF – 1.^a T. - HC n.^o 77.760-SP - questão de ordem - Rel. Min. Octávio Gallotti, decisão: 23-3-99 - Informativo STF n.^o 143, 7 de abril de 1999).

⁹⁵ STF – 1.^a T. Rex n.^o 141.209-7 - Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 20 mar. 1992, ementário STF n.^o 1.654-3; STF – 2.^a T. Rex n.^o 141.311-5 - SP - Rel. Min. Marco Aurélio - v.u. - Diário da Justiça, Seção I, 11-12-92 - p. 23.665; STF – 2.^a Turma - RE n.^o 141.211-9/SP - Rel. Min. Néri da Silveira - Diário da Justiça, Seção I, 28-8-92, p. 13.456. A Egrégia Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo editou a Tese n.^o 282, de seguinte teor: "HABEAS-CORPUS - Habeas corpus impetrado contra ato do Promotor de Justiça deverá ser apreciado pelo Tribunal de Justiça do Estado competente *ratione personae*, para processo e julgamento daquela autoridade nos crimes comuns e de responsabilidade" (Constituição Estadual, art. 74, IV). E, ainda, STF – 2.^a T. - Rextr. N.^o 187.725-1/RJ - Rel. Min. Néri da Silveira, diário da Justiça, Seção I, 17 out. 1997, p. 52.506. No mesmo sentido: O Superior Tribunal de Justiça afirmou que "o teor do art. 74, IV, da Constituição do Estado de São Paulo combinado com o art. 96, III, da Constituição Federal, a competência originária para julgar habeas corpus, em sendo a autoridade coatora Promotor Público, é do Tribunal de Justiça Estadual" (STJ – 5.^a T. - Resp. n.^o 78.864/SP - Rel. Min. Flaquer Scartezini, Diário da Justiça, Seção I, 22 set. 1997, p. 46.514). E, ainda, STJ – 5.^a T. -

coação for de membro do Ministério Público Federal que atue perante a 1.^a instância da Justiça Federal, a competência para o processo e julgamento do habeas corpus será do Tribunal Regional Federal.

1.14 Habeas corpus contra ato da Turma Recursal nos Juizados Especiais Criminais

As novas redações dos arts. 102, I, i, e 105, I, c, da Constituição Federal, dadas pela Emenda Constitucional n.º 22/99, devem alterar o posicionamento pacífico da jurisprudência de competir ao Supremo Tribunal Federal o processo e julgamento do habeas corpus contra ato da Turma Recursal dos Juizados Especiais Criminais estaduais ou federais, previstos no art. 98, I, e parágrafo único⁹⁶, da CF, e na Lei n.º 9.099/95.

Tal entendimento baseia-se na unificação de competência originária para processar e julgar os habeas corpus dirigidos contra atos ou decisões dos Tribunais Regionais Federais ou Tribunais estaduais, sejam únicos ou colegiados, no Superior Tribunal de Justiça (cf. nesse capítulo, item 1.11).

Dessa forma, de igual maneira, caberia ao STJ o processo e julgamento do habeas corpus ajuizado contra atos ou decisões colegiados proferidos pela 2.^a instância dos Juizados Especiais Criminais.

Não foi, porém, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que entendeu continuar "competente para julgar o habeas corpus contra decisão emanada de Turma do Conselho Recursal dos Juizados Especiais Criminais, em face da promulgação da EC 22/99", uma vez que "considerou que, mesmo com a nova redação da EC n.º 22/99, permaneceu o silêncio da CF a respeito do habeas corpus contra ato das turmas recursais, subsistindo, portanto, o entendimento proferido pelo STF no julgamento do HC 71.713-PB (julgado em 26-10-94, acórdão pendente de publicação), em que se decidiu que a brevidade dos juizados especiais não dispensa o controle de constitucionalidade de normas, estando as decisões de turmas recursais exclusivamente sujeitas à jurisdição do STF".

1.15 Habeas corpus contra ato do juiz especial nos Juizados Especiais Criminais

O Tribunal local será competente para processar e julgar os habeas corpus contra ato do juiz, nos Juizados Especiais Criminais, uma vez que o art. 98, I, da Constituição Federal prevê somente a possibilidade de julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Igualmente, os Tribunais Regionais Federais serão competentes para o processo e julgamento de habeas corpus contra ato do juiz federal que atue nos Juizados Especiais Federais, nos termos do art. 108, I, d, da Constituição Federal⁹⁷. Nessa hipótese, não houve qualquer previsão específica da EC n.º 22/99, que somente determinou que a lei federal poderá dispor sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.

1.16 Habeas corpus e recursos ordinários - concomitância

Resp. n.º 67.757/PR - Rel. Min. Flaquer Scartezini, Diário da Justiça, Seção I, 22 set. 1997, p. 46.514. Em contrário: posicionamento no Superior Tribunal de Justiça que entende aplicável à espécie a distribuição do habeas corpus ao Tribunal competente em razão da matéria (Tribunal de Justiça ou Tribunal de Alçada) - STJ - 5.^a T. - RHC n.º 2.444-0-SP- Rel. Min. Costa Lima - v.u. - DJU, 15-2-93, p. 1.694.

⁹⁶ A EC n.º 22/99 criou o parágrafo único do art. 98, dando-lhe a seguinte redação: "Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal."

⁹⁷ CF, art. 108, I, "d": "Compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar originariamente os habeas corpus quando a autoridade coatora for juiz federal."

A impetração de habeas corpus e a interposição do respectivo recurso ordinário, referentes ao mesmo ato, são conciliáveis, ainda que articulem os mesmos fatos e busquem a mesma situação jurídica, pois essa ação constitucional não encontra obstáculo na legislação ordinária, em homenagem à liberdade de locomoção, proclamada constitucionalmente. Dessa forma, tanto habeas corpus quanto o recurso devem ser apreciados, embora, eventualmente, um julgamento possa repercutir no outro.

Não cabe, porém, valer-se o impetrante do habeas corpus, para fazer subir recurso interposto de decisão de tribunal a quo, quando ainda não publicado o acórdão recorrido, oportunidade em que se permite o processamento do recurso e a viabilidade de seu recebimento.

Portanto, por ser o habeas corpus uma ação constitucional que visa impedir lesão ou restaurar o exercício do direito de liberdade, nada impedirá a concomitância com qualquer recurso, pois prevenir ou fazer cessar a violência ou coação não encontra obstáculo por determinação de rito ou encerramento do processo, sendo, porém, lícito ao Tribunal remeter o exame da pretensão para o julgamento do recurso, de maior abrangência, quando o deslinde da matéria depender do exame de fatos ou do conjunto probatório.

1.17 Habeas corpus - substituição de recurso ordinário constitucional prevista para denegação da ordem - viabilidade

A Constituição Federal admite que o interessado possa substituir o recurso ordinário constitucional contra a decisão denegatória do habeas corpus, dada em única ou última instância pelos tribunais regionais federais ou pelos tribunais estaduais, pelo habeas corpus originário perante o Superior Tribunal de Justiça, ficando, porém, a análise de eventual recurso apresentado prejudicada.

Desta forma, deverá ser conhecido o pedido originário de habeas corpus, ainda que formulado em substituição ao recurso ordinário cabível da decisão denegatória de habeas corpus, posto que a vedação existente na antiga ordem constitucional (art. 119, c, da Constituição revogada), não foi reproduzida pelo legislador constituinte de 1988.

Ressalte-se que, a partir da EC n.º 22/99, não mais se discute a questão de competência, pois o Superior Tribunal de Justiça possui competência tanto para o julgamento originário do habeas corpus (CF, art. 105, I, c) quanto para o julgamento do recurso ordinário constitucional (CF, art. 105, II, a)⁹⁸ em relação às decisões dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais Estaduais.

Por fim, será cabível, em tese, pedido de habeas corpus contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, denegatório de outro habeas corpus, competindo, originariamente, ao Supremo Tribunal Federal processá-lo e julgá-lo, não sendo obstáculo para tanto, a possibilidade constitucional de interposição de recurso ordinário para o próprio Supremo Tribunal Federal, contra a denegação do writ, pois sua simples interposição não propicia, de imediato, a tutela ao direito de locomoção.

1.18 Habeas corpus e punições disciplinares militares

⁹⁸ Antes da EC n.º 22/99, apesar da competência do Supremo Tribunal Federal para o processo e julgamento de habeas corpus contra decisão de Tribunais Regionais Federais e Tribunais estaduais (cf. nesse capítulo, item 1.11), nessa hipótese, por tratar-se de substituição do recurso ordinário constitucional previsto no art. 105, II, a, mantinha-se, excepcionalmente, a competência do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido: STF - Habeas Corpus n.º 073.701-3/130/PR - Rel. Min. Néri da Silveira, Diário da Justiça, Seção I, p. 5.295; RTJ 152/519.

O art. 142, § 2.º, da Constituição Federal estabelece que não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares. Essa previsão constitucional deve ser interpretada no sentido de que não haverá habeas corpus em relação ao mérito das punições disciplinares militares.

Dessa forma, a Constituição Federal não impede o exame pelo Poder Judiciário dos pressupostos de legalidade a saber: hierarquia, poder disciplinar, ato ligado à função e pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente.

Pontes de Miranda, na vigência da Constituição Federal de 1946, já admitia a possibilidade de habeas corpus para a presente hipótese e explicava que "quem diz transgressão disciplinar refere-se, necessariamente a (a) hierarquia, através da qual flui o dever de obediência e de conformidade com instruções, regulamentos internos e recebimentos de ordens, (b) poder disciplinar, que supõe: a atribuição de direito de punir, disciplinarmente, cujo caráter subjetivo o localiza em todos, ou em alguns, ou somente em algum dos superiores hierárquicos; (c) ato ligado à função; (d) pena, suscetível de ser aplicada disciplinarmente, portanto, sem ser pela Justiça como Justiça", para concluir "ora desde que há hierarquia, há poder disciplinar, há ato e há pena disciplinar, qualquer ingerência da Justiça na economia moral do encadeamento administrativo seria perturbadora da finalidade mesma das regras que estabelecem o dever de obediência e o direito de mandar".

Ressalte-se que a Emenda Constitucional n.º 18, de 5 de fevereiro de 1998, passou a prever expressamente matéria pacificada na doutrina e jurisprudência, sobre o não-cabimento de habeas corpus também em relação ao mérito das punições disciplinares aplicadas aos militares dos Estados, do Distrito Federal e Territórios.

1.19 Empate no habeas corpus

Ocorrido o empate na decisão em sede de habeas corpus, independentemente de tratar-se de ação originária, recurso ordinário constitucional, recurso especial ou recurso extraordinário, cumpre proclamar a decisão mais favorável ao paciente.

2 HABEAS DATA

2.1 Conceito

A Constituição Federal prevê em seu art. 5.º, LXXII, que, conceder-se-á habeas data: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;⁹⁹ b) para a retificação de dados, quando não se preferir fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo. Aponta-se sua origem remota na legislação ordinária nos Estados Unidos, por meio do Freedom of Information Act de 1974, alterado pelo Freedom of Information Reform Act de 1978, visando possibilitar o acesso do particular às informações constantes de registros públicos ou particulares permitidos ao público.

Assim, pode-se definir o habeas data como o direito que assiste a todas as pessoas de solicitar judicialmente a exibição dos registros públicos ou privados, nos quais estejam

⁹⁹ A Lei n.º 9.507, de 12-11-1997, determinou que considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações. Habeas data: A Lei n.º 8.159, de 8-1-1991, dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências.

incluídos seus dados pessoais, para que deles se tome conhecimento e se necessário for, sejam retificados os dados inexatos ou obsoletos ou que impliquem em discriminação.

2.2 Natureza jurídica

O habeas data é uma ação constitucional, de caráter civil, conteúdo e rito sumário, que tem por objeto a proteção do direito líquido e certo do impetrante em conhecer todas as informações e registros relativos à sua pessoa e constantes de repartições públicas ou particulares acessíveis ao público, para eventual retificação de seus dados pessoais.

2.3 Finalidade

Por meio do habeas data objetiva-se fazer com que todos tenham acesso às informações que o Poder Público ou entidades de caráter público (exemplo: serviço de proteção ao crédito) possuam a seu respeito. Como relembra Michel Temer, acentuando o caráter democrático desse instrumento "é fruto de uma experiência constitucional anterior em que o governo arquivava, a seu critério e sigilosamente, dados referentes a convicção filosófica, política, religiosa e de conduta pessoal dos indivíduos".

Para delimitarmos o âmbito de atuação do habeas data, importante analisarmos a experiência portuguesa¹⁰⁰, onde os arts. 26¹⁰¹ e 35¹⁰² da Constituição da República prevêm proteção semelhante à nossa¹⁰³

Canotilho e Vital Moreira ensinam que "no âmbito normativo do direito à identidade pessoal inclui-se o direito de acesso à informação sobre a identificação civil a fim de o titular do direito tomar conhecimento dos dados de identificação e poder exigir a sua rectificação ou actualização - através de informação escrita, certidão, fotocópia, microfilme, registro informático, consulta do processo individual, acesso directo ao ficheiro central".

Ressalte-se, como o faz José da Silva Pacheco, que várias decisões judiciais pré-Constituição de 1988 já admitiam a utilização do mandado de segurança, com a finalidade hoje estabelecida para o habeas data.

2.4 Cabimento

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁰⁴ firmou-se no sentido da necessidade de negativa da via administrativa para justificar o ajuizamento do habeas data, de maneira que

¹⁰⁰ RIBEIRO, Vinício. Constituição da república portuguesa. Coimbra: Almedina, 1993. p. 62-65, faz extensa indicação sobre legislação, pareceres, jurisprudência e doutrina sobre o assunto.

¹⁰¹ Constituição Portuguesa - art. 26: 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra e à reserva da intimidade da vida privada e familiar; 2. A lei estabelecerá garantias efetivas contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias; 3. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos.

¹⁰² Constituição Portuguesa - art. 35: 1. Todos os cidadãos têm o direito de tomar conhecimento dos dados constantes de ficheiros ou registos informáticos a seu respeito e do fim a que se destinam, podendo exigir a sua rectificação e actualização, sem prejuízo do disposto na lei sobre o segredo de Estado e segredo de justiça; 2. É proibido o acesso a ficheiros e registos informáticos para conhecimento de dados pessoais relativos a terceiros e respectiva interconexão, salvo em casos excepcionais previstos na lei; 3. A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa ou vida privada, salvo quando se trate do processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis; 4. A lei define o conceito de dados pessoais para efeitos de registro informático, bem como de bases e bancos de dados e respectivas condições de acesso, constituição e utilização por entidades públicas e privadas; 5. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos; 6. A lei define o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiras, estabelecendo formas adequadas de protecção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional.

¹⁰³ A Constituição da Espanha de 1978 igualmente estabelece em seu art. 18, item 4, que "la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos", e no art. 105, b, garante "el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de la persona".

inexistirá interesse de agir a essa ação constitucional se não houver relutância do detentor das informações em fornecê-las ao interessado. Tendo o habeas data natureza jurídica de ação constitucional, submetem-se às condições da ação, entre as quais o interesse de agir, que nessa hipótese configura-se, processualmente, pela resistência oferecida pela entidade governamental ou de caráter público, detentora das informações pleiteadas. Faltarão, portanto, essa condição da ação se não houver solicitação administrativa, e conseqüentemente negativa no referido fornecimento.

Nesse mesmo sentido decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal, entendendo que "o acesso ao habeas data pressupõe, dentre outras condições de admissibilidade, a existência do interesse de agir. Ausente o interesse legitimador da ação, torna-se inviável o exercício desse remédio constitucional. A prova do anterior indeferimento do pedido de informação de dados pessoais, ou da omissão em atendê-lo, constitui requisito indispensável para que se concretize o interesse de agir no habeas data. Sem que se configure situação prévia de pretensão resistida, há carência da ação constitucional do habeas data."

Desta forma, para exercer judicialmente o direito postulativo, entende a jurisprudência ser indispensável a prova de ter o impetrante requerido, na via administrativa, as informações pretendidas.

Esse entendimento foi adotado pela Lei n.º 9.507/97, que em seu art. 8.º prevê que a petição inicial deverá ser instruída da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão; da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão; da recusa em fazer-se a anotação sobre a explicação ou contestação sobre determinado dado, mesmo que não seja inexato, justificando possível pendência sobre o mesmo ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão. Certo, porém, que a citada lei diminuiu a discricionariedade do detentor das informações, pois permitiu o acesso ao Judiciário após determinado lapso de tempo sem resposta ao impetrante.

Apesar da jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, entendemos contrário à Constituição Federal a exigência do prévio esgotamento da via administrativa para ter-se acesso ao Poder Judiciário, via habeas data. Em momento algum, o legislador constituinte restringiu a utilização dessa ação constitucional, não podendo o intérprete restringi-la.

Entendemos por esses motivos que o parágrafo único do art. 8.º da Lei n.º 9.507/97 deve ser interpretado conforme a Constituição Federal, no sentido de não se exigir em todas as hipóteses a prova de recusa do órgão competente ao acesso às informações ou da recusa em fazer-se a retificação, ou ainda, da recusa em fazer-se a anotação, mas tão-só nas hipóteses em que o impetrante, primeiramente, optou pelo acesso às instâncias administrativas.

Nessas hipóteses, bastaria ao impetrante essa prova, sem que houvesse necessidade de esgotamento de toda a via administrativa. Se, porém, o impetrante optasse diretamente pelo Poder Judiciário, a prova exigida pelo citado parágrafo único não se lhe aplicaria, por impossibilidade de restringir-se a utilização de uma ação constitucional, sem expressa previsão no texto maior.

¹⁰⁴ Súmula 2- "Não cabe o habeas data (CF, art. 5.º, LXXII, a) se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa". No mesmo sentido: CRETELLA JR., José. Os "Writs" na... Op. cit. p. 119. Contra: GRECCO F., Vicente. Tutela... Op. cit. p. 177.

2.5 Legitimação ativa

O habeas data poderá ser ajuizado tanto por pessoa física, brasileira ou estrangeira, quanto por pessoa jurídica, pois em relação a essas, como explica Pedro Henrique Távora Niess "por terem existência diversa das pessoas físicas que as integram, têm direito à correta identificação própria no mundo social"¹⁰⁵.

Miguel Ángel Ekmekdjian e Calogero Pizzolo observam que o art. 25.1 da Convenção Européia de Direitos Humanos habilita tanto as pessoas físicas como, as jurídicas a reclamar a proteção de direitos humanos, citando exemplo em que o Tribunal das Comunidades Européias reconheceu às pessoas jurídicas o respeito a vida privada e à intimidade como direitos inerentes a elas, afirmando que necessariamente deveriam estar protegidas pelo mesmo corpo normativo das pessoas físicas.

Através de habeas data só se podem pleitear informações relativas ao próprio impetrante, nunca de terceiros. O caráter personalíssimo dessa ação constitucional deriva da própria amplitude do direito defendido, pois o direito de saber os próprios dados e registros constantes nas entidades governamentais ou de caráter público compreende o direito de que esses dados não sejam devassados ou difundidos a terceiros.

Excepcionalmente, o extinto Tribunal Federal de Recursos, em sessão plenária, admitiu a legitimação para o habeas data para os herdeiros do morto ou seu cônjuge supérstite, salientando, porém, tratar-se de decisão "que supera o entendimento meramente literal do texto, com justiça, pois não seria razoável que se continuasse a fazer uso ilegítimo e indevido dos dados do morto, afrontando sua memória, sem que houvesse meio de corrigenda adequada"¹⁰⁶.

2.6 Legitimação passiva

Poderão ser sujeitos passivos do habeas data as entidades governamentais, da administração pública direta e indireta, bem como as instituições, entidades e pessoas jurídicas privadas que prestem serviços para o público ou de interesse público, e desde que detenham dados referentes às pessoas físicas ou jurídicas¹⁰⁷.

A Constituição Federal traz um rol exemplificativo de algumas autoridades que podem ser sujeitos passivos do habeas data (CF, art. 102, I, d ; art. 105, I, b), as quais terão que justificar a razão de possuírem registros e dados íntimos sobre determinados indivíduos, sob pena de responsabilização política, administrativa, civil e penal. Como bem observa Celso Bastos, "se não houver uma séria justificativa a legitimar a posse pela administração destes dados, eles serão lesivos ao direito à intimidade assegurado no inc. X, do art. 5.º, da Constituição. Em princípio, portanto, não há possibilidade de registro público de dados

¹⁰⁵ Pedro Henrique Távora Niess, FMU DIREITO n.º 04/36, apontando, também, a legitimidade das chamadas pessoas formais: massa falida, herança jacente ou vacante, espólio, as sociedades de fato, o condomínio que tenha administrador ou síndico (Cód. Processo Civil, art. 12) e, em certos casos, as Mesas do Senado Federal, da Câmara e da Assembléia Legislativa, bem como as comunidades indígenas (CF arts. 103 e 232).

¹⁰⁶ Tribunal Federal de Recursos, habeas data n.º 1, Rel. Min. Milton Pereira, Diário da Justiça, Seção I, 2 maio 1989. Contra, inadmitindo exceções: Vicente Grecco Filho afirma que "a ação, portanto, é personalíssima, não admite pedido de terceiros e, sequer, sucessão no direito de pedir. A vida privada deve ser muito respeitada, a ponto de se preservar a intimidade de cada um, inclusive no âmbito familiar. Admitir-se que outra pessoa, ainda que seja cônjuge ou filho, obtenha dados de alguém seria admitir a devassa na vida íntima do indivíduo, incompatível exatamente com o princípio que o novo instituto visou resguardar" (Tutela... Op. cit. p. 176).

¹⁰⁷ O Supremo Tribunal Federal entendeu que Banco do Brasil não tem legitimidade passiva ad causam para responder ao habeas data, pois "não figura como entidade governamental - mas sim como explorador de atividade econômica -, nem se enquadra no conceito de registros de caráter público a que se refere o art. 5.º, LXXII, a, da CF" (STF - Pleno - RE n.º 165.304/MG - Rel. Min. Octávio Gallotti. Decisão: 19-10-2000. Informativo STF n.º 208).

relativos à intimidade da pessoa. Seria um manifesto contra-senso que houvesse o asseguração constitucional do direito à intimidade, mas que concomitantemente o próprio texto constitucional estivesse a permitir o arquivamento de dados relativos à vida íntima do indivíduo".

2.7 Procedimento (Lei n.º 9.507/97)

O procedimento do habeas data, assim como o do mandado de injunção, não foram regulamentados imediatamente com a promulgação da Constituição Federal. Assim, a doutrina e a jurisprudência passaram a aplicar-lhe o mesmo procedimento do mandado de segurança. Com a edição da Lei n.º 8.038/90, que institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, ficou expressamente estipulado que no mandado de injunção e no habeas data seriam observadas, no que coubesse, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica (art. 24, parágrafo único).

Em relação aos habeas data, porém, foi editada a Lei n.º 9.507, de 12-11-1997, cuja ementa prevê: regula o direito de acesso à informação e disciplina o rito processual do habeas data. Anote-se, desde logo, que a citada lei ao disciplinar o procedimento do habeas data, guarda profunda semelhança com a Lei n.º 1.533, de 31-12-1951, que regulamenta o procedimento do mandado de segurança.

Os processos de habeas data terão prioridade sobre todos os atos judiciais, exceto em relação ao habeas corpus e mandado de segurança.

O art. 8.º da citada lei estipula que a petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos arts. 282 a 285 do Código de Processo Civil, será apresentada em duas vias, e os documentos que instruírem a primeira serão reproduzidos por cópia na segunda. Além disso, seu parágrafo único prevê que a petição inicial deverá ser instruída com prova de uma das três situações seguintes:

- da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão;
- da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão;
- da recusa em fazer-se a anotação sobre a explicação ou contestação sobre determinado dado, mesmo que não seja inexato, justificando possível pendência sobre o mesmo; ou o decurso de mais de quinze dias, sem decisão.

Entendendo a autoridade judicial ser caso de indeferimento da petição inicial, seja por não ser caso de habeas data, seja por lhe faltar algum dos requisitos previstos na lei, poderá o fazer desde logo, cabendo dessa decisão o recurso de apelação (art. 15 da Lei n.º 9.507/97).

Não se tratando de caso de indeferimento, o juiz, ao despachar a petição inicial, determinará a notificação do coator, para que no prazo de dez dias preste as informações que julgar necessárias. Juntamente com a notificação, seguirá a segunda via do habeas data instruída com a documentação inicial. Após o término desse prazo, será ouvido o Ministério Público, dentro de cinco dias, e os autos serão conclusos ao juiz para decisão a ser proferida também em cinco dias.

Da sentença que conceder ou negar o habeas data caberá o recurso de apelação. Ressalte-se que no procedimento previsto para o habeas data só há lugar para recursos voluntários, não se repetindo a previsão do art. 12 da Lei n.º 1.533/51, que prevê o duplo grau de

jurisdição obrigatório (reexame necessário) das decisões concessivas do mandado de segurança.

Os prazos dos recursos no procedimento do habeas data, por ausência de expressa previsão na referida lei, são os mesmos previstos no Código de Processo Civil, contando-se em dobro para a Fazenda Pública e para o Ministério Público (CPC, art. 188).

São legitimados para interposição do recurso de apelação: o impetrante; o Ministério Público; o coator e as entidades governamentais, da administração pública direta e indireta, bem como as instituições, entidades e pessoas jurídicas privadas que prestem serviços para o público ou de interesse público, desde que detenham dados referentes às pessoas físicas ou jurídicas, a que pertencer o coator.

A lei expressamente determina no parágrafo único do art. 15 que: Quando a sentença conceder o habeas data, o recurso terá efeito meramente devolutivo. Dessa forma, a execução da sentença concessiva de habeas data é imediata, mediante o específico cumprimento da determinação da autoridade judiciária.

Ressalte-se que apesar da lei excluir o efeito suspensivo da sentença que conceder o habeas data, existirá a possibilidade do Presidente do Tribunal ao qual competir o conhecimento do recurso ordenar ao juiz a suspensão da execução da sentença.

Dessa forma, como regra geral, o juiz de 1.º grau está impossibilitado de conceder efeito suspensivo ao recurso de apelação da sentença que concedeu o habeas data, nada impedindo, porém, a suspensão dos efeitos do habeas data por ato do Presidente do Tribunal que deverá motivar seu despacho, cabendo agravo para o Tribunal que o presida. Sendo assim, a suspensão da execução provisória da sentença concessiva de habeas data não poderá ser obtida por meio do recurso de apelação, de qualquer outro recurso ou ação genérica, nem mesmo por mandado de segurança, vez que a própria lei estipula, de forma taxativa e expressa, a medida possível - despacho do Presidente do Tribunal¹⁰⁸.

A lei prevê, especificamente, que nos casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos demais Tribunais caberá ao relator a instrução do processo.

A Constituição Federal isentou de custas e despesas judiciais o processo de habeas data (CF, art. 5.º, LXXVII), por tratar-se de mecanismo de exercício de soberania popular, através do direito de conhecimento que é universal em um Estado democrático de direito. Essa previsão foi repetida no art. 21 da citada lei.

2.8 Direito ao conhecimento e à retificação

Há dupla finalidade no habeas data¹⁰⁹. A primeira refere-se à obtenção de informações existentes na entidade governamental ou daquelas de caráter público. A segunda, consistente em eventual retificação dos dados nelas constantes. O direito de retificar eventuais informações errôneas, obsoletas ou discriminatórias constitui um complemento inseparável ao direito de acesso às informações.

¹⁰⁸ Note-se que essa previsão, art. 16 da Lei n.º 9.507, de 12-11-1997, tem redação semelhante ao art. 13 da Lei n.º 1.533, de 31-12-1951 (mandado de segurança), que foi analisado por Hely Lopes Meireles da seguinte forma: A provisoriedade da sentença não transitada em julgado só se manifesta nos aspectos que não tolhem a ordem contida na notificação do julgado. Sem esta presteza na execução ficaria invalidada a garantia constitucional da segurança. Além disso, é de se recordar que para a suspensão dos efeitos da sentença concessiva da segurança há recurso específico ao Presidente do Tribunal (Lei n.º 1.533/51, art. 13), o que está a indicar que essa suspensão não pode ser obtida por via de apelação ou de qualquer outro recurso genérico" (Mandado de segurança... Op. cit. p. 88).

¹⁰⁹ Diomar Ackel Filho, com base nessas finalidades, classifica-os de habeas data preventivo (obter as informações) e habeas data repressivo (corrigi-las). "Writs" constitucionais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 152.

Dessa forma, o habeas data tem natureza mista, pois se desenvolve em duas etapas. Primeiramente, será concedido ao impetrante o direito de acesso às informações (natureza mandamental); para, posteriormente, se necessário e devidamente comprovada a necessidade, serem as mesmas retificadas (natureza constitutiva), salvo se o impetrante já tiver conhecimento dos dados e registros, quando então será possível a utilização desse remédio constitucional somente para corrigi-las ou atualizá-las.

Como ressaltam Canotilho e Vital Moreira, “o direito ao conhecimento dos dados pessoais existentes em registros informáticos é uma espécie de direito básico nesta matéria (habeas data já lhe chamaram) e desdobra-se, por sua vez, em vários direitos, designadamente: a) o direito de acesso, ou seja, o direito de conhecer os dados constantes de registros informáticos, quaisquer que eles sejam (públicos ou privados); b) o direito ao conhecimento da identidade dos responsáveis bem como o direito ao esclarecimento sobre a finalidade dos dados; c) o direito de contestação, ou seja, direito à rectificação dos dados e sobre identidade e endereço do responsável; d) o direito de actualização (cujo escopo fundamental é a correção do conteúdo dos dados em caso de desactualização); e) finalmente, o direito de eliminação dos dados cujo registro é interdito”.

Ressalte-se que no habeas data bastará ao impetrante o simples desejo de conhecer as informações relativas à sua pessoa, independentemente de revelação das causas do requerimento ou da demonstração de que elas se prestarão à defesa de direitos, pois o direito de acesso é universal, não podendo ficar dependente de condições que restrinja seu exercício, nem mesmo em relação a determinação de um prazo de carência.

A Lei n.º 9.507, de 12-11-1997, que regulamentou o rito processual do habeas data, trouxe uma terceira finalidade para esse remédio constitucional. Assim, além das duas finalidades constitucionais já analisadas, prevê o inciso III do art. 7.º da citada lei que conceder-se-á habeas data para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro, mas justificável, e que esteja sob pendência judicial ou amigável. Vislumbra-se nessa ampliação legislativa da incidência do habeas data a idéia de evitar-se ou remediar-se possíveis humilhações que possa sofrer o indivíduo em virtude de dados constantes que, apesar de verdadeiros, seriam insuficientes para uma correta e ampla análise, possibilitando uma interpretação dúbia ou errônea, se não houvesse a oportunidade de maiores esclarecimentos.

A lei, ainda, determinou que na decisão que julgar procedente o pedido, o juiz marcará data e horário para que o coator apresente ao impetrante as informações a seu respeito, constantes de registros ou bancos de dados ou apresente em juízo a prova da retificação ou da anotação feita nos assentamentos do impetrante. A decisão será comunicada ao coator, por correio, com aviso de recebimento, ou por telegrama, radiograma ou telefonema, conforme o requerer o impetrante, sendo que os originais, no caso de transmissão telegráfica, radiofônica ou telefônica, deverão ser apresentados à agência expedidora, com a firma do juiz devidamente reconhecida.

Anote-se que no caso de decisão denegatória, o pedido de habeas data poderá ser renovado se não houver sido apreciado o mérito.

2.9 Competência

Compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Tribunal.

Além disso, o art. 102, II, a, da Constituição Federal estabelece competir ao Supremo Tribunal Federal julgar em recurso ordinário os habeas data decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.

O art. 105, I, b, da Constituição determina competir ao Superior Tribunal de Justiça julgar os habeas data contra atos de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ou do próprio Tribunal¹¹⁰.

A Constituição estabelece, ainda, outras regras de competência sobre habeas data, competindo ao Tribunal Superior Eleitoral julgar em recurso ordinário o habeas data denegado pelos Tribunais Regionais Eleitorais (CF, art. 121, § 4.º, V); aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar originariamente o habeas data contra ato do próprio Tribunal ou de Juiz Federal (CF, art. 108, I, c) e aos juízes federais processar e julgar o habeas data contra ato de autoridade federal, excetuados os casos anteriormente descritos (CF, art. 109, VIII).

Por fim, com base no art. 125, § 1.º, da Carta Magna, cada Estado-membro estabelecerá no âmbito da justiça estadual a competência para processo e julgamento do hábeas data¹¹¹.

A Lei n.º 9.507/97, em seu art. 20, pretendendo regulamentar as competências originárias e recursais do julgamento do habeas data, simplesmente repetiu as previsões constitucionais já analisadas.

2.10 Habeas data e dados sigilosos

Outra questão difícil e importante em relação ao habeas data diz respeito ao seu cabimento em relação a dados e registros acobertados pelo sigilo da defesa nacional. A doutrina diverge sobre o assunto, ora entendendo a amplitude geral do habeas data, fundamentando-se na ausência de informações sigilosas em relação ao próprio informado; ora a possibilidade de sua restrição a fatos relacionados com a defesa nacional, aplicando-se a ressalva do art. 5.º, XXXIII, da Constituição Federal¹¹².

A Constituição da República Portuguesa, diferentemente da nossa, expressamente ressalva a possibilidade de sigilo de dados sobre "o segredo de Estado e segredo de justiça" (art. 35, n.º 1), na forma estabelecida em lei. Apesar da ressalva expressa, Canotilho e Vital Moreira afirmam que essa restrição ao conhecimento de dados está submetida aos limites constitucionais, impedindo-se que "a pretexto do segredo do Estado, ou do segredo de

¹¹⁰ Redação dada pela EC n.º 23/99, promulgada em 2-9-1999.

¹¹¹ A título de exemplo, a Constituição do Estado de São Paulo determina no art. 74 que compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente os habeas data contra atos do Governador, da Mesa e da Presidência da Assembléia, do próprio Tribunal ou de algum de seus membros, dos Presidentes dos Tribunais de Contas do Estado e do Município de São Paulo, do Procurador-Geral de Justiça, do Prefeito e do Presidente da Câmara Municipal da Capital. De maneira semelhante, a Constituição do Estado de Tocantins, em seu art. 48, VII, com redação dada pela Emenda n.º 4, de 27 de fevereiro de 1992, estabelece competir ao Tribunal de Justiça o habeas data contra atos do Governador do Estado, da Mesa da Assembléia Legislativa, do Tribunal de Contas do Estado, do Procurador-Geral do Estado, do Comandante-Geral da Polícia Militar, do titular da Defensoria Pública e do próprio Tribunal de Justiça e do Procurador-Geral de Justiça. Em termos semelhantes o art. 108, VII, b, da Constituição do Estado do Ceará; o art. 46, VIII, g, da Constituição do Estado de Goiás; o art. 83, XI, c, da Constituição do Estado de Santa Catarina e o art. 123, I, f, da Constituição do Estado da Bahia.

¹¹² Art. 5.º, XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

justiça, os dados pessoais sejam aqui remetidos para um simples domínio interno da administração secreta, livre da lei com inobservância dos princípios fundamentais de transparência, finalidade, proporcionalidade, actualidade e reserva da vida privada e familiar".

Não obstante as diferenças entre ambas as constituições, parece ter sido essa a interpretação do antigo Tribunal Federal de Recursos, cujos ministros atualmente compõem o Superior Tribunal de Justiça permitindo, desde que plenamente justificado, o sigilo da defesa do Estado e da sociedade, ao proclamar: "Vai daí que as disposições contidas no parágrafo único, art. 4.º, do Decreto n.º 96.876/88 - Regulamento do SNI - quando aplicadas sem justificação objetiva, apenas com o sopro do subjetivismo da prevenção ideológico-política, condensará ato desafiador à ordem constitucional atraindo a conveniente reparação pelo Judiciário. Nesse caso, o juiz examinará o limite da atuação administrativa, defrontada com o princípio da exigibilidade do acesso às informações, quando for o caso, fazendo recuar os abusos e desvios da autoridade (compelling power justice)".

Entendemos contrariamente a decisão do antigo TFR, ou seja, pela impossibilidade da aplicação analógica da restrição existente no art. 5.º, XXXIII, em relação ao habeas data, pois estaríamos restringindo um direito constitucional arbitrariamente, sem qualquer previsão do legislador constituinte. Nesse sentido, importante transcrevermos, parcialmente, voto vencido do então Ministro do extinto Tribunal Federal de Recursos no citado HD n.º 01, Ilmar Galvão, hoje no Supremo Tribunal Federal: "Por isso mesmo, a atual CF, ao instituir o habeas data, no art. 5.º, LXXII, para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, ou a retificação dos respectivos dados, fê-lo sem qualquer restrição, residindo o mal-entendido no fato de haver a Consultoria-geral da República conjugado o mencionado dispositivo com o inc. XXXIII, que não trata de informes pessoais, mas de dados objetivos, acerca de outros assuntos porventura de interesse particular ou de interesse coletivo, coisa inteiramente diversa" (destaque nosso).

Assim, inaplicável a possibilidade de negar-se ao próprio impetrante todas ou algumas de suas informações pessoais, alegando-se sigilo em virtude da imprescindibilidade à segurança da Sociedade ou do Estado. Essa conclusão alcança-se pela constatação de que o direito de manter determinados dados sigilosos direciona-se a terceiros que estariam, em virtude da segurança social ou do Estado, impedidos de conhecê-los, e não ao próprio impetrante, que é o verdadeiro objeto dessas informações, pois se as informações forem verdadeiras, certamente já eram de conhecimento do próprio impetrante, e se forem falsas, sua retificação não causará nenhum dano à segurança social ou nacional.

3 MANDADO DE SEGURANÇA

3.1 Conceito e finalidade

O art. 5.º, inciso LXIX, da Constituição Federal consagrou novamente o mandado de segurança, introduzido no direito brasileiro na Constituição de 1934 e que não encontra instrumento absolutamente similar no direito estrangeiro. Assim, a Carta Magna prevê a concessão de mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder público¹¹³.

¹¹³ Mandado de segurança: Lei n.º 1.533, de 31-12-1951, e Lei n.º 4.348, de 26-6-1964.

O mandado de segurança, na definição de Hely Lopes Meirelles, é "o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça"¹¹⁴.

O mandado de segurança é conferido aos indivíduos para que eles se defendam de atos ilegais ou praticados com abuso de poder, constituindo-se verdadeiro instrumento de liberdade civil e liberdade política. Desta forma, importante ressaltar que o mandado de segurança caberá contra os atos discricionários e os atos vinculados, pois nos primeiros, apesar de não se poder examinar o mérito do ato, deve-se verificar se ocorreram os pressupostos autorizadores de sua edição e, nos últimos, as hipóteses vinculadoras da expedição do ato.

3.2 Espécies

O mandado de segurança poderá ser repressivo de uma ilegalidade já cometida, ou preventivo quando o impetrante demonstrar justo receio de sofrer uma violação de direito líquido e certo por parte da autoridade impetrada. Nesse caso, porém, sempre haverá a necessidade de comprovação de um ato ou uma omissão concreta que esteja pondo em risco o direito do impetrante, ou no dizer de Caio Tácito, "atos preparatórios ou indícios razoáveis, a tendência de praticar atos, ou omitir-se a fazê-lo, de tal forma que, a conservar-se esse propósito, a lesão de direito se torne efetiva".

3.3 Natureza jurídica

O mandado de segurança é uma ação constitucional, de natureza civil, cujo objeto é a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Como afirmado por Castro Nunes, "garantia constitucional que se define por meio de pedir em juízo é garantia judiciária e, portanto, ação no mais amplo sentido, ainda que de rito especial e sumaríssimo"¹¹⁵.

A natureza civil não se altera, nem tampouco impede o ajuizamento de mandado de segurança em matéria criminal, inclusive contra ato de juiz criminal, praticado no processo penal.

3.4 Cabimento do mandado de segurança

O cabimento do mandado de segurança, em regra, será contra todo ato comissivo ou omissivo de qualquer autoridade no âmbito dos Poderes de Estado e do Ministério Público. Como salienta Ary Florêncio Guimarães, "decorre o instituto, em última análise, daquilo que os publicistas chamam de obrigações negativas do Estado. O Estado como organização sociojurídica do poder não deve lesar os direitos dos que se acham sob a sua tutela, respeitando, conseqüentemente, a lúdima expressão desses mesmos direitos, por via da atividade equilibrada e sensata dos seus agentes, quer na administração direta, quer no desenvolvimento do serviço público indireto"¹¹⁶.

¹¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança.. Op. cit. p. 03.

¹¹⁵ NUNES, Castro. Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público. 7. ed. (atualizada por José de Aguiar Dias). Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 54.

¹¹⁶ GUIMARÃES, Ary Florêncio. Op. cit. p. 141.

O âmbito de incidência do mandado de segurança é definido residualmente, pois somente caberá seu ajuizamento quando o direito líquido e certo a ser protegido não for amparado por habeas corpus ou habeas data.

Podemos assim apontar os quatro requisitos identificadores do mandado de segurança:

- ato comissivo ou omissivo de autoridade praticado pelo Poder Público ou por particular decorrente de delegação do Poder Público;
- ilegalidade ou abuso de poder;
- lesão ou ameaça de lesão;
- caráter subsidiário: proteção ao direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data. Anote-se, nesse sentido, que o direito de obter certidões sobre situações relativas a terceiros, mas de interesse do solicitante (CF, art. 5.º, XXXIV) ou o direito de receber certidões objetivas sobre si mesmo, não se confunde com o direito de obter informações pessoais constantes em entidades governamentais ou de caráter público, sendo o mandado de segurança, portanto, a ação constitucional cabível.

Portanto, a negativa estatal ao fornecimento das informações englobadas pelo direito de certidão configura o desrespeito a um direito líquido e certo, por ilegalidade ou abuso de poder passível de correção por meio de mandado de segurança.

A Lei n.º 1.533/51, em seu art. 5.º, porém, exclui o cabimento do mandado de segurança em três hipóteses: quando houver recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; contra decisão judicial ou despacho judicial para o qual haja recurso processual eficaz, ou possa ser corrigido prontamente por via de correção¹¹⁷; contra ato disciplinar, a menos que praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial.

Ocorre que a referida lei deve, por óbvio, ser interpretada de acordo com a garantia constitucionalmente deferida à proteção do direito líquido e certo. Portanto, sempre será cabível o mandado de segurança se as três exceções previstas não forem suficientes para proteger o direito líquido e certo do impetrante. Assim, o particular não estará obrigado a exaurir a via administrativa para utilizar-se do mandado de segurança, pois esse não está condicionado ao uso prévio de todos os recursos administrativos, uma vez que ao Judiciário não se pode furtar o exame de qualquer lesão de direito. Da mesma maneira, se o recurso administrativo com efeito suspensivo não bastar para a tutela integral do direito líquido e certo, plenamente cabível o mandado de segurança¹¹⁸. Igualmente, caberá mandado de segurança se o recurso judicial existente não possuir efeito suspensivo que possibilite a correção imediata da ilegalidade, colocando em risco o direito líquido e certo. Em relação ao ato disciplinar, sempre será possível ao Judiciário, inclusive através do mandado de segurança, analisar os elementos do ato administrativo: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade.

Por fim, é pacífico o não-cabimento do mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado¹¹⁹ e contra lei ou ato normativo em tese, salvo se veicularem autênticos atos administrativos, produzindo efeitos concretos individualizados.

¹¹⁷ Súmula 267 - Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correção.

¹¹⁸ SÚMULA 429: A Existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade.

¹¹⁹ Súmula/STF n.º 268: Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado.

3.5 Conceito de direito líquido e certo

Direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, ou seja, é aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documentação inequívoca. Note-se que o direito é sempre líquido e certo. A caracterização de imprecisão e incerteza recai sobre os fatos, que necessitam de comprovação. Importante notar que está englobado na conceituação de direito líquido e certo o fato que para tornar-se incontroverso necessite somente de adequada interpretação do direito, não havendo possibilidades de o juiz denegá-lo, sob o pretexto de tratar-se de questão de grande complexidade jurídica.

Assim, a impetração do mandado de segurança não pode fundamentar-se em simples conjecturas ou em alegações que dependam de dilação probatória incompatível com o procedimento do mandado de segurança.

3.6 Legitimação ativa - impetrante

Sujeito ativo é o titular do direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data. Tanto pode ser pessoa física como jurídica, nacional ou estrangeira, domiciliada ou não em nosso País, além das universalidades reconhecidas por lei (espólio, massa falida, por exemplo) e também os órgãos públicos despersonalizados, mas dotados de capacidade processual (chefia do Poder Executivo, Mesas do Congresso, Senado, Câmara, Assembléias, Ministério Público, por exemplo).

O que se exige é que o impetrante tenha o direito invocado, e que este direito esteja sob a jurisdição da Justiça brasileira.

Dessa forma, possuem legitimação ad causam para requerer segurança contra ato tendente a obstar ou usurpar o exercício da integralidade de seus poderes ou competências as autoridades públicas, titulares dos chamados direitos-função, que têm por objeto a posse e o exercício da função pública pelo titular que a detenha, em toda a extensão das competências, atribuições e prerrogativas à elas inerentes. Assim, os órgãos públicos despersonalizados, como, por exemplo, Mesas das Casas Legislativas, Presidências dos Tribunais, chefias do Ministério Público e do Tribunal de Contas são legitimados para o ajuizamento de mandado de segurança em relação a sua área de atuação funcional e em defesa de suas atribuições institucionais.

Em relação ao Ministério Público, conforme o art. 32 da Lei n.º 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público)¹²⁰, os Promotores de Justiça que atuam na primeira instância judicial, podem ajuizar mandado de segurança inclusive perante os tribunais locais, desde que o ato ou a omissão ilegais advenham de juízo de primeira instância em processo que funcione, o que significa dentro de sua esfera de atribuições, determinadas pela lei. Conforme já tivemos a oportunidade de destacar, em nossa obra conjunta com Pazzaglini, Smanio e Vaggione, "a atividade de impetração de mandado de segurança pelo Promotor de Justiça que atua em primeiro grau de jurisdição tem a mesma natureza da interposição de recurso aos Tribunais, que está distanciada da atribuição do Ministério Público junto aos Tribunais"¹²¹.

¹²⁰ No Estado de São Paulo, a Lei Complementar Estadual n.º 734, de 26-11-1993 (Lei Orgânica Estadual do Ministério Público) dispõe em seu art. 121, expressamente, a faculdade dos Promotores de Justiça de impetrar mandado de segurança perante os Tribunais.

¹²¹ PAZZAGLINI FILHO, Marino, MORAES, Alexandre de, SMANIO, Gianpaolo Poggio, VAGGIONE, Luiz Fernando. Op. cit. p. 80.

É esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, exposto já na vigência da atual Lei Orgânica Nacional, afirmando que como o Ministério Público é parte na relação jurídica processual, pode utilizar-se do mandado de segurança quando entende violado direito líquido e certo, competindo a impetração, perante os Tribunais locais, ao Promotor de Justiça quando o ato atacado emana de Juiz de primeiro grau de jurisdição¹²².

3.7 Legitimação passiva - impetrado

Sujeito passivo é a autoridade coatora que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado, responde pelas suas conseqüências administrativas e detenha competência para corrigir a ilegalidade, podendo a pessoa jurídica de direito público, da qual faça parte, ingressar como litisconsorte¹²³. É firme e dominante a jurisprudência no sentido de que a indicação errônea da autoridade coatora afetará uma das condições da ação (*legitimatío ad causam*), acarretando, portanto, a extinção do processo, sem julgamento de mérito.

Reafirme-se que a pessoa jurídica de direito público sempre será parte legítima para integrar a lide em qualquer fase, pois suportará o ônus da decisão proferida em sede de mandado de segurança.

A doutrina, porém, não é unânime em relação ao posicionamento jurisprudencial, ora também entendendo que sujeito passivo seria a pessoa jurídica de direito público que suportará os efeitos da possível concessão do writ, ora que os sujeitos passivos, em litisconsórcio necessário, seriam a autoridade coatora e a pessoa jurídica de direito público.

Poderão ser sujeitos passivos do mandado de segurança os praticantes de atos ou omissões revestidos de força jurídica especial e componentes de qualquer dos Poderes da União, Estados e Municípios, de autarquias, de empresas públicas e sociedades de economia mista exercentes de serviços públicos e, ainda, de pessoas naturais ou jurídicas de direito privado com funções delegadas do Poder Público¹²⁴, como ocorre em relação às concessionárias de serviços de utilidade pública¹²⁵.

Anote-se que em relação ao mandado de segurança ajuizado contra ato de Promotor de Justiça, a jurisprudência entende de forma pacífica pela competência do juízo monocrático, diferentemente, portanto, do que ocorre com o já estudado habeas corpus.

Saliente-se, por fim, que na hipótese de ajuizamento de mandado de segurança criminal, por parte do Ministério Público e em face de decisão judicial favorável ao réu, esse deverá ser

¹²² STF - 211 - Habeas corpus n.º 69.802-6 - Rel. Min. Paulo Brossard, Diário da Justiça, Seção I, 02 abr. 1993; STF - RTJ 128/1199; STJ - Recurso em Mandado de Segurança n.º 5.370-9 - Rel. Min. Barros Monteiro, Diário da Justiça, Seção I, 29 maio 1995; STJ - Recurso em mandado de segurança n.º 1.447-0-SP - Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, Diário da Justiça, Seção I, 14 mar. 1994, p. 4.533. Para conferir a íntegra das ementas, ver nosso Juizado especial criminal: aspectos práticos da Lei n.º 9.099/95, em conjunto com Pazzagliani, Smanio e Vaggione, São Paulo: Atlas, 1996, p. 80-82.

¹²³ Conforme destacou o Superior Tribunal de Justiça, "em sede de mandado de segurança, deve figurar no pólo passivo a autoridade que, por ação ou omissão, deu causa à lesão jurídica denunciada e é detentora de atribuições funcionais próprias para fazer cessar a ilegalidade" (STJ - 3.ª Seção - MS n.º 3.864-6/DF - Rel. Min. Vicente Leal, Diário da Justiça, Seção I, 22 set. 1997, p. 46.321).

¹²⁴ Súmula/STF n.º 510: Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou medida judicial.

¹²⁵ Conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça, "A lei pode atribuir a pessoa jurídica de Direito Privado certas funções próprias do Poder Público. Foi o que se deu quando a CLT atribuiu à Caixa Econômica Federal a atividade de arrecadação e distribuição da Contribuição Sindical. Agindo como Poder Público, a CEF é parte passiva legítima no mandado de segurança" (STJ - 1.ª T. Resp. n.º 63.580/DF - Rel. Min. César Asfor Rocha, Diário da Justiça, Seção I, 6 out. 1997, p. 49.879). Nesse mesmo sentido: STJ - 1.ª Seção; Confl. de Comp. n.º 14.974-PE; Rel. Min. Milton Luiz Pereira; j. 10-10-1995; v.u.; ementa - Ementário AASP n.º 1971, p. 78-e. Na doutrina: MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança... Op. cit. p. 11; TEMER, Michel. Elementos... Op. cit. p. 177.

chamado ao processo para intervir como litisconsorte passivo necessário, uma vez que a concessão da segurança certamente afetará sua situação jurídica. Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, concluindo pela obrigatoriedade da citação do réu, na condição de litisconsorte passivo necessário, "o mandado de segurança não pode ser uma via transversa para afastar as garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal".

3.8 Prazo para impetração do mandado de segurança

O prazo para impetração do mandado de segurança é de cento e vinte dias, a contar da data em que o interessado tiver conhecimento oficial do ato a ser impugnado. Este prazo é decadencial do direito à impetração, e, como tal, não se suspende nem se interrompe desde que iniciado.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que não ofende a constituição a norma que estipula prazo para impetração do mandado de segurança, tendo reiteradas vezes proclamado a plena compatibilidade vertical do art. 18 da Lei n.º 1.533/51 com o vigente texto da Constituição da República¹²⁶. Igualmente ressalta o Superior Tribunal de Justiça que, "muito embora a Constituição Federal não estabeleça prazo para impetração do writ, nada impede que a legislação ordinária o faça. Por isso o art. 18, da Lei n.º 1.533 foi recepcionado pela nova Carta. Portanto, ocorre a decadência quando a propositura da ação mandamental ultrapassar o prazo limite de 120 dias estabelecido na norma infraconstitucional"¹²⁷.

Alfredo Buzaid salientava que "o prazo para impetrar mandado de segurança, que é de cento e vinte dias, começa a fluir da ciência, pelo interessado, do ato a ser impugnado (Lei ns 1.533/51, art. 18). Geralmente conta-se o prazo a partir da publicação no Diário Oficial ou pela notificação individual do ato a ser impugnado, que lesa ou ameaça violar direito líquido e certo. Estas são as duas formas conhecidas de publicidade do ato administrativo. A comunicação pessoal, feita ao titular do direito, depois de decorrido o prazo de cento e vinte dias, não tem a virtude de reabrir o prazo já esgotado. Tal prazo extintivo, uma vez iniciado, flui continuamente; não se suspende nem se interrompe".

Essa é a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, cujos julgados assinalaram que o termo inicial do prazo decadencial para impetração do mandado de segurança tem início com a publicação do ato impugnado no Diário Oficial¹²⁸.

Ressalte-se, por fim, que, em se tratando de mandado de segurança preventivo, inexistente a aplicação do prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias previsto na legislação infraconstitucional.

3.9 Competência

A competência para processar e julgar o mandado de segurança é definida em função da hierarquia da autoridade legitimada a praticar a conduta, comissiva ou omissiva, que possa

¹²⁶ RTJ 145/186. Nesse sentido: MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança... Op. cit. p. 28-30; ACKEL FILHO, Diomar. Op. cit. p. 105. Contra, sustentando a inconstitucionalidade do referido prazo: FERRAZ, Sérgio. Mandado de segurança... Op. cit. p. 100.

¹²⁷ STJ - RMS n.º 710-0/RS - 2.ª T. - j. 18-8-93 - Rel. Min. Américo Luz, Diário da Justiça, Seção I, 20 set. 1993. No mesmo sentido os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: MS n.º 806, 1.221, 1.222, o RMS n.º 764-0/GO e o RMS 255-0/SP. Conferir, ainda, STJ - 6.ª T. - MS n.º 5.969/ES - Rel. Min. Vicente Leal, Diário da Justiça, Seção I, 22 set. 1997, p. 46.559.

¹²⁸ RTJ 110/71; RTJ 103/965; RTJ 126/945; RTJ 142/161. Nesse sentido, decidiu o STF: "A publicação do ato impugnado no "Diário Oficial" constitui o termo inicial do prazo de cento e vinte dias para impetrar mandado de segurança (Lei 1.533/51, art. 18), contando-se a partir do primeiro dia útil seguinte à publicação" (STF - Pleno - MS n.º 22.303-1/RJ- Rel. Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça, Seção I, 3 set. 1999. p. 26). Cf., ainda: STF - Pleno - MS n.º 21.356 (AgRg)/DF - Rel. Min. Paulo Brossard, decisão: 12-9-91; RTJ 140/73.

resultar em lesão ao direito subjetivo da parte e não será alterada pela posterior elevação funcional da mesma.

3.10 Competência do mandado de segurança contra atos e omissões de tribunais

O Supremo Tribunal Federal carece de competência constitucional originária para processar e julgar mandado de segurança impetrado contra qualquer ato ou omissão de Tribunal judiciário, tendo sido o art. 21, VI, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman) inteiramente recepcionado¹²⁹. Por essa razão, a jurisprudência do Supremo é pacífica em reafirmar a competência dos próprios Tribunais para processarem e julgarem os mandados de segurança impetrados contra seus atos e omissões.

Assim sendo, não se encontra no âmbito das atribuições jurisdicionais da Suprema Corte a apreciação do writ mandamental, quando ajuizado, por exemplo, em face de deliberações emanadas do Tribunal Superior Eleitoral, Tribunal Superior do Trabalho, do Superior Tribunal de Justiça, do Superior Tribunal Militar, dos Tribunais de Justiça dos Estados, dos Tribunais Regionais Federais e, ainda, dos Tribunais de Alçada.

O mesmo ocorre em relação ao STJ, cuja Súmula n.º 41 proclama: "O Superior Tribunal de Justiça não tem competência para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de outros Tribunais ou dos respectivos órgãos."

Anote-se, ainda, que não se encontra no rol de competências do Pretório Excelso o julgamento de mandados de segurança ajuizados contra decisão de suas turmas, visto que essas, quando julgarem feitos de sua competência, representam o próprio Supremo Tribunal Federal (RTJ 160/480).

A mesma impossibilidade de impetração de mandado de segurança ocorre contra atos de conteúdo jurisdicional emanados pelo Plenário do STF, uma vez que a revisão de suas decisões somente será possível pela via da ação rescisória (RTJ 53/345; RTJ 61/308; RTJ 90/27).

3.11 Mandado de segurança e liminares

A concessão da liminar em mandado de segurança encontra assento no próprio texto constitucional. Assim, presentes os requisitos necessários à liminar, os seus efeitos imediatos e imperativos não podem ser obstados.

Ocorre que a doutrina e a jurisprudência discutem importante questão sobre a disciplina das medidas liminares no mandado de segurança retirar sua força do próprio texto constitucional ou da legislação processual. As consequências da opção são amplas, principalmente porque no primeiro caso não será possível a edição de lei ou ato normativo impedindo a concessão de medida liminar em mandado de segurança, enquanto, pela segunda hipótese, nada obstará tal norma.

O Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de discutir amplamente essa questão no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 223-6/DF, ajuizada contra a Medida Provisória n.º 173, que proibia a concessão de liminares em ações contra o Plano Econômico Collor I.

¹²⁹ Súmula 330: "O Supremo Tribunal Federal não é competente para conhecer de mandado de segurança contra atos dos Tribunais de Justiça dos Estados."

A decisão majoritária da Suprema Corte, com base no voto do Ministro Sepúlveda Pertence, entendeu que a restrição à concessão de liminares não acarretaria automaticamente lesão ao direito do indivíduo, pois "as medidas cautelares servem, na verdade, ao processo, e não ao direito da parte", pois "visam dar eficácia e utilidade ao instrumento que o Estado engedrou para solucionar os conflitos de interesse dos cidadãos". Desta forma, não se declarou a inconstitucionalidade da previsão normativa, ressaltando-se porém no voto do citado Ministro que, "a solução estará no maneiio do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas ao poder cautelar, para, se entender abusiva essa restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva".

Assim, apesar de não declarar a inconstitucionalidade da referida medida provisória, por reconhecer que a liminar não é um direito constitucional, mas uma garantia legal do juízo, o Supremo Tribunal Federal expressamente autorizou que cada juiz, perante o caso concreto, realizasse o controle difuso de constitucionalidade, e concedesse ou não a liminar, independentemente da proibição da medida provisória.

Os Ministros Paulo Brossard e Celso de Mello entenderam que a medida provisória estaria eivada de inconstitucionalidade, inclusive em relação à supressão das liminares do mandado de segurança, pois que retiram sua força do próprio texto constitucional.

Posteriormente, em novo julgamento o Supremo Tribunal Federal suspendeu liminarmente diversos artigos da Medida Provisória n.º 375, em face de inconstitucionalidade, afirmando que a limitação à concessão de medidas liminares pelo Poder Judiciário é incompatível com a Constituição.

Nesse julgamento, o Pleno do Pretório Excelso concluiu que a vedação à concessão de liminares "obstrui o serviço da Justiça, criando obstáculos à obtenção da prestação jurisdicional e atentando contra a separação dos poderes, porque sujeita o Judiciário ao Poder Executivo".

Entendemos que, presentes os requisitos ensejadores da medida liminar em sede de mandado de segurança, a concessão da medida liminar será ínsita à finalidade constitucional de proteção ao direito líquido e certo, sendo qualquer proibição por ato normativo eivada de absoluta inconstitucionalidade, uma vez que restringiria-se a eficácia do remédio constitucional, deixando desprotegida o direito líquido e certo do impetrante.

Dessa forma, na eventualidade de edição de leis ou atos normativos que proíbam ou reduzam a possibilidade de concessão de liminares em sede de mandado de segurança, poderá o juiz afastar, difusamente, a incidência daquelas espécies normativas por inconstitucionalidade, e conceder a necessária medida.

4 MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

4.1 Conceito

O art. 5.º, inciso LXX, da Constituição Federal criou o mandado de segurança coletivo, tratando-se de grande novidade no âmbito de proteção aos direitos e garantias fundamentais, e que poderá ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional e organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente

constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

4.2 Finalidade

O legislador constituinte quis facilitar o acesso a juízo, permitindo que pessoas jurídicas defendam o interesse de seus membros ou associados, ou ainda da sociedade como um todo, no caso dos partidos políticos, sem necessidade de um mandato especial, evitando-se a multiplicidade de demandas idênticas e conseqüente demora na prestação jurisdicional e fortalecendo as organizações classistas.

4.3 Objeto

O mandado de segurança coletivo terá por objeto a defesa dos mesmos direitos que podem ser objeto do mandado de segurança individual, porém direcionado à defesa dos interesses coletivos em sentido amplo, englobando os direitos coletivos em sentido estrito, os interesses individuais homogêneos e os interesses difusos¹³⁰, contra ato ou omissão ilegais ou com abuso de poder de autoridade, desde que presentes os atributos da liquidez e certeza.

Por interesse coletivo, conforme define Mancuso, devemos entender "aquele concernente a uma realidade coletiva (v. g., a profissão, a categoria, a família), ou seja, o exercício coletivo de interesses coletivos; e não, simplesmente, aqueles interesses que apenas são coletivos na forma, permanecendo individuais quanto à finalidade perseguida, o que configuraria um exercício coletivo de interesses individuais".

Para efeito de proteção através do mandado de segurança coletivo estão englobados os interesses individuais homogêneos, que são espécie dos interesses coletivos, eis que os titulares são plenamente determináveis.

Em relação aos interesses difusos, Mauro Cappelletti e Bryant Garth ensinam que são os "interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor. O problema básico que eles apresentam - a razão de sua natureza difusa - é que ninguém tem o direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação¹³¹".

Nesta mesma linha de raciocínio, Mancuso define-os como "interesses metaindividuais que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g., os consumidores). Caracterizam-se: pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço"¹³².

4.4 Legitimação ativa e passiva

¹³⁰ Nesse sentido: Celso Agrícola Barbi, Ministro Carlos Mário Velloso, José da Silva Pacheco, Lourival Gonçalves de Oliveira, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Calmom de Passos, Diomar Ackel Filho, Paulo Lúcio Nogueira, Francisco Antonio de Oliveira. Contra a possibilidade de ajuizamento de mandado de segurança coletivo para defesa de interesses difusos: Ministro Athos Gusmão Carneiro, Ernani Fidélis e Celso Neves.

¹³¹ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. Access to justice: the worldwide movement to make rights effective: a general report. Milão: Giuffrè, 1978. p. 26. (Traduzido para o português por Ellen Gracie Northfleet.)

¹³² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses... Op. cit. p. 114.

São legitimados para a propositura do mandado de segurança coletivo, em substituição processual:

- partido político com representação no Congresso Nacional, exigindo-se somente a existência de, no mínimo, um parlamentar, em qualquer das Casas Legislativas, filiado a determinado partido político.
- organização sindical, entidade de classe ou associação, desde que preencham três requisitos: estejam legalmente constituídos, em funcionamento há pelo menos um ano e pleiteiem a defesa dos interesses de seus membros ou associados. Anote-se, porém, que o Supremo Tribunal Federal, entende que, "tratando-se de mandado de segurança coletivo impetrado por sindicato, é indevida a exigência de um ano de constituição e funcionamento, porquanto esta restrição destina-se apenas às associações, nos termos do art. 5.º, LXX, b, in fine, da CF".

Nessa hipótese, o objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante¹³³. Ressalte-se, porém, que se exige estar o direito defendido compreendido na titularidade dos associados e que exista ele em razão das atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe.

Os partidos políticos, desde que representados no Congresso Nacional, têm legitimação ampla, podendo proteger quaisquer interesses coletivos ou difusos ligados à sociedade. Anote-se, porém, que não foi esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, decidindo por maioria, afirmou "Quando a Constituição autoriza um partido político a impetrar mandado de segurança coletivo, só pode ser no sentido de defender os seus filiados e em questões políticas, ainda assim, quando autorizado por lei ou pelo estatuto. Impossibilidade de dar a um partido político legitimidade para vir a Juízo defender 50 milhões de aposentados, que não são, em sua totalidade, filiados ao partido e que não autorizaram o mesmo a impetrar mandado de segurança em nome deles"¹³⁴.

Data venia não nos parece a melhor solução. Ora, se todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição (CF, art. 1.º, parágrafo único), sendo indispensável para o exercício da capacidade eleitoral passiva (elegibilidade), o alistamento eleitoral (CF, art. 14, § 3.º, III), a razão de existência dos partidos políticos é a própria subsistência do Estado Democrático de Direito e da preservação dos direitos e garantias fundamentais (CF, art. 1.º, V - consagra o pluralismo político como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil). Nesta esteira de raciocínio, o legislador constituinte pretende fortalecê-los concedendo-lhes legitimação para o mandado de segurança coletivo, para a defesa da própria sociedade contra atos ilegais ou abusivos por parte da autoridade pública. Cercar essa legitimação somente para seus próprios interesses ou de seus filiados é retirar dos partidos políticos a característica de essencialidade em um Estado Democrático de Direito e transformá-lo em mera associação privada, o que, certamente, não foi a intenção do legislador constituinte. Lapidar nesse sentido o voto vencido do Ministro José de Jesus Filho, no citado mandado de segurança

¹³³ Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal: "O objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do writ, exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido na titularidade dos associados e que exista ele em razão das atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe" (STF - Pleno - Rext. n.º 181.438-1/SP - Rel. Min. Carlos Velloso, decisão: 28-6-1996).

¹³⁴ STJ - 1.ª Seção - Mandado de Segurança n.º 197/DF, Rel. Min. Garcia Vieira, acórdão publicado em 20-8-90.

coletivo, que concluiu da seguinte maneira: "O legislador constituinte, ao assegurar aos partidos políticos o direito de impetrar mandado de segurança coletivo, desde que tenham representação no Congresso Nacional, está dando cumprimento à sua destinação e outorgando-lhes o instrumento legal, para o exercício de uma de suas finalidades.

De outra parte, não se pode esquecer que o texto de nossa atual Constituição é marcadamente parlamentarista, cujo regime, para sobreviver, exige a presença de partidos políticos fortes e uma das formas de fortalecê-los é outorgando-lhes o direito de impetrar mandado de segurança coletivo em favor de determinado seguimento social, sem representatividade ativa, cujo sucesso, sem dúvida, atrairá para suas hostes, se não novos filiados, pelo menos, simpatizantes. Portanto, tenho para mim, com a devida vênia, que os partidos estão legitimados ativamente, por lei, a ingressar em juízo na defesa dos postulados que lhes cumpre preservar e defender".

Em relação aos sindicatos ou associações legitimadas, o ajuizamento do mandado de segurança coletivo exige a existência de um direito subjetivo comum aos integrantes da categoria, não necessariamente com exclusividade, mas que demonstre manifesta pertinência temática com os seus objetivos institucionais. Presentes esses requisitos, o Supremo Tribunal Federal já afirmou reiteradas vezes que a Constituição Federal não exige das associações, prévia e específica autorização dos associados para o ajuizamento do mandado de segurança, bastando uma autorização genérica constante em seus estatutos sociais¹³⁵.

Desta forma, em relação à legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo importante concluir que:

- a legitimação é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual;
- não se exige, tratando-se de segurança coletiva, da autorização expressa aludida no inc. XXI do art. 5.º da CF, que contempla hipótese de representação e não de substituição processual. Ressalte-se que, diversamente do ocorrido em relação ao mandado de segurança coletivo, a legitimidade ativa das entidades associativas para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente, prevista no art. 5.º, XXI, da CF, exige autorização expressa para o caso concreto. Nesse sentido, diferenciando as hipóteses, decidiu o STF que "Interpretação do art. 5.º, XXI, da Constituição Federal. Reza o art. 5.º, XXI, da Constituição que as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente. É esse dispositivo que está em causa, porquanto, na espécie, se trata de entidade associativa e de ação ordinária, o que afasta a aplicação do disposto no art. 5.º, LXX, b, e no art. 8.º, III, ambos da Carta Magna.

A questão que aqui se coloca é a de saber se os termos quando expressamente autorizadas dizem respeito à previsão genérica, constante dos estatutos dessas entidades, da representação de seus associados em ações coletivas, ou se, ao contrário, exigem que haja

¹³⁵ STF - Rec. ordinário em Mandado de Segurança n.º 21.514-3/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 18 jun. 1993, p. 12.111; Informativo STF n.º 45 - Rextr. n.º 175.401-0, Rel. Min. Ilmar Galvão; STF - 1.ª T. - Rextr. n.º 223.151-9/DF - Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 6 ago. 1999, p. 49; STF - 2.ª T. - Rextr. n.º 182.543/SP - Rel. Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça, Seção I, 7 abr. 1995; RTJ 150/ 104. Ainda nesse sentido: "A legitimação das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, para a segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual. C. F., artigo 5.º, LXX. Não se exige, tratando-se de segurança coletiva, a autorização expressa aludida no inciso XXI do artigo 5.º da Constituição, que contempla hipóteses de representação (STF - Pleno - Rextr. n.º 181.438-1/SP - Rel. Min. Carlos Velloso, decisão: 28-6-1996).

autorização específica deles dada em assembléia geral ou individualmente. Ora, tratando-se, como se trata de representação que não se limita sequer ao âmbito judicial pois alcança também a esfera extrajudicial, essa autorização tem de ser dada expressamente pelos associados para o caso concreto, e a norma se justifica porque, por ela basta uma autorização expressa individual ou coletiva, inclusive, quanto a esta, por meio de assembléia geral, sem necessidade, portanto, de instrumento de procuração outorgada individual ou coletivamente, nem que se trate de interesse ou direitos ligados a seus fins associativos"¹³⁶.

Em relação à legitimidade passiva, aplicam-se todas as regras já estudadas no tocante ao mandado de segurança individual, observando-se, porém, que se os eventuais beneficiários da ordem estiverem em áreas de atuação diversas, deve ser considerada autoridade coatora aquela que tiver atribuição sobre todas as demais, ainda que não tenha praticado específica e concretamente o ato impugnado¹³⁷.

4.5 Beneficiários

No mandado de segurança coletivo não haverá necessidade de constar na petição inicial os nomes de todos os associados ou filiados, uma vez que não se trata de litisconsórcio ativo em mandado de segurança individual. A situação individual de cada um deverá ser analisada no momento de execução da sentença, devendo a autoridade impetrada, ao cumprir a decisão judicial, exigir que cada beneficiário comprove pertencer à entidade beneficiária, bem como que se encontra na situação fática descrita no mandado de segurança coletivo.

No tocante à abrangência da decisão judicial, concordamos inteiramente com Celso Agrícola Barbi, no sentido de que serão beneficiários todos os associados que encontrarem-se na situação descrita na inicial, pouco importando que tenham ingressado na Associação antes ou depois do ajuizamento do mandado de segurança coletivo, ou mesmo durante a execução de sua decisão, afinal o Poder Judiciário já decidiu pela ilegalidade do ato e conseqüente proteção ao direito líquido e certo.

4.6 Mandado de segurança coletivo e individual

A Constituição Federal de 1988 ampliou os instrumentos de defesa contra as condutas, omissivas ou comissivas, do Poder Público que ameacem ou lesionem direitos, e caracterizadas pela ilegalidade ou abuso de poder. Assim, além dos já tradicionais mandado de segurança, ação popular, direito de petição e habeas corpus, previu novos institutos: mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data. A ratio do legislador constituinte foi aperfeiçoar a defesa da legalidade e não restringi-la.

Desta maneira, o ajuizamento do mandado de segurança coletivo, por um dos legitimados constitucionalmente, não impedirá a utilização do mandado de segurança individual, desde que presentes os requisitos constitucionais.

Nesse sentido, posiciona-se Arnaldo Wald afirmando que, "dentro do prazo decadencial de 120 dias, o indivíduo inserido no âmbito de uma possível impetração coletiva pode optar por

¹³⁶ STF – 1.ª T - Rextr. n.º 223.151-9/DF - Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 6 ago. 1999, p. 49. Nesse mesmo sentido, decidiu o STF que "Tratando-se de mandado de segurança coletivo, dispensável é a juntada de documento comprovando a autorização para a impetração dos titulares do direito substancial em jogo. Distingue-se a substituição processual do inciso LXX da representação prevista no inciso XXI, ambos do artigo 5.º da Constituição Federal" (STF – 2.ª T. - Rextr. n.º 219.873-3/PB - Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 4 jun. 1999, p. 20).

¹³⁷ Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, "Os princípios básicos que regem o mandado de segurança individual informam e condicionam, no plano jurídico-processual, a utilização do writ mandamental coletivo" (STF - Pleno - MS n.º 21.615-8/RJ - Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 13 mar. 1998, p. 4).

impetrar o seu próprio mandado de segurança individual; ajuizado também o mandado de segurança coletivo, ele poderá prosseguir com a sua ação individual (e aí a decisão de mérito no seu processo, em relação a ele, prevalece sobre aquela do coletivo), ou pedir a suspensão do processo até o julgamento do outro"¹³⁸.

5 MANDADO DE INJUNÇÃO

5.1 Histórico

Alguns autores apontam a origem dessa ação constitucional no writ of injunction do direito norte-americano, que consiste em remédio de uso freqüente, com base na chamada jurisdição de equidade, aplicando-se sempre quando a norma legal se mostra insuficiente ou incompleta para solucionar, com Justiça, determinado caso concreto. Outros autores apontam suas raízes nos instrumentos existentes no velho direito português, com a única finalidade de advertência do Poder competente omissor. Apesar das raízes históricas do direito anglo-saxão, o conceito, estrutura e finalidades da injunção norte-americana ou dos antigos instrumentos lusitanos, não correspondem à criação do mandado de injunção pelo legislador constituinte de 1988, cabendo portanto à doutrina e à jurisprudência pátrias a definição dos contornos e objetivos desse importante instrumento constitucional de combate à inefetividade das normas constitucionais que não possuam aplicabilidade imediata.

5.2 Conceito

O art. 5.º, inciso LXXI, da Constituição Federal prevê, de maneira inédita, que conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. O Supremo Tribunal Federal decidiu de forma unânime pela auto-aplicabilidade do mandado de injunção, independentemente de edição de lei regulamentando-o, em face do art. 5.º, § 1.º, da Constituição Federal, que determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata¹³⁹.

O mandado de injunção consiste em uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal. Juntamente com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, visa ao combate à síndrome de inefetividade¹⁴⁰ das normas constitucionais.

Canotilho, ao discorrer sobre as perspectivas do mandado de injunção e da inconstitucionalidade por omissão no direito brasileiro, fez a seguinte observação: "Resta perguntar como o mandado de injunção ou a ação constitucional de defesa perante omissões normativas é um passo significativo no contexto da jurisdição constitucional das liberdades. Se um mandado de injunção puder, mesmo modestamente, limitar a arrogante discricionariedade dos órgãos normativos, que ficam calados quando a sua obrigação jurídico-constitucional era vazar em moldes normativos regras atuativas de direitos e liberdades constitucionais; se, por outro lado, através de uma vigilância judicial que não extravase da função judicial, se conseguir chegar a uma proteção jurídica sem lacunas; se,

¹³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado... 18. ed. Op. cit. p. 96.

¹³⁹ STF - Mandado de Injunção 107 (foi o primeiro a ser analisado pelo Supremo Tribunal Federal) - Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 21 set. 1990, p. 9.782.

¹⁴⁰ Como salienta Aricê Moacyr Amaral Santos, tanto o mandado de injunção quanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão "cuidam de um assunto comum: inércia de norma constitucional, decorrente de omissão normativa", concluindo mais adiante que "a questão da inércia constitucional não constitui fenômeno caboclo, pois atinge

através de pressões jurídicas e políticas, se começar a destruir o 'rochedo de bronze' da incensurabilidade do silêncio, então o mandado de injunção logrará os seus objetivos"¹⁴¹.

5.3 Objeto do mandado de injunção

As normas constitucionais que permitem o ajuizamento do mandado de injunção assemelham-se às da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e não decorrem de todas as espécies de omissões do Poder Público¹⁴², mas tão-só em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo¹⁴³ e de caráter impositivo¹⁴⁴ e das normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade¹⁴⁵, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade. Assim, sempre haverá a necessidade de lacunas na estrutura normativa¹⁴⁶, que necessitem ser colmatadas por leis ou atos normativos (por exemplo: ausência de resolução do Senado Federal no caso de estabelecimento de alíquota às operações interestaduais. CF, art. 155, § 2.º).

Não caberá, portanto, mandado de injunção para, sob a alegação de reclamar a edição de norma regulamentadora de dispositivo constitucional, pretender-se a alteração de lei ou ato normativo já existente, supostamente incompatível com a constituição ou para exigir-se uma certa interpretação à aplicação da legislação infraconstitucional, ou ainda para pleitear uma aplicação "mais justa" da lei existente.

Da mesma forma, não cabe mandado de injunção contra norma constitucional auto-aplicável.

O mandado de injunção somente se refere à omissão de regulamentação de norma constitucional. Como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, não há possibilidade de "ação injuncional, com a finalidade de compelir o Congresso Nacional a colmatar omissões normativas alegadamente existentes na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em ordem a viabilizar a instituição de um sistema articulado de recursos judiciais, destinado a dar concreção ao que prescreve o Artigo 25 do Pacto de S. José da Costa Rica".

Nesse sentido, posiciona-se Carlos Augusto Alcântara Machado, afirmando que "preferimos acolher a tese defendida por aqueles que sustentam que os direitos tutelados pela injunção são todos os enunciados na Constituição que reclamam a interposição legislatoris como condição de fruição do direito ou da liberdade agasalhada."

5.4 Requisitos

Os requisitos para o mandado de injunção são:

- falta de norma reguladora de uma previsão constitucional (omissão do Poder Público);
- inviabilização do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania - o mandado de injunção pressupõe a

¹⁴¹ CANOTILHO, J. J. Gomes (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). As garantias do cidadão na justiça. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 367.

¹⁴² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Estado... Op. cit. p. 101, lembra a distinção entre as normas self-executing e as normas que não o são (non self-executing), para compreender esta distinção.

¹⁴³ O Supremo Tribunal Federal entende que a norma prevista no art. 192, § 3.º, (12% de juros ao ano) da Constituição Federal é de aplicabilidade limitada, portanto exigível à edição da legislação complementar (Mandado de Injunção n.º 372-6, Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 23 set. 1994, p. 25.325; STF – 1.ª T. - Rextr. n.º 160.960/RS - Rel. Celso de Mello, Brasília, 28 set. 1993; STF - Mandado de Injunção n.º 362-9/RJ - Rel. Min. Francisco Rezek, Diário da Justiça, Seção I, 3 maio 1996, p. 13.897).

¹⁴⁴ Por exemplo, art. 128, § 5.º, que estabelece a necessidade de edição de lei complementar para estabelecer a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público.

¹⁴⁵ Por exemplo, o art. 7.º, XI, da Constituição Federal prevê a participação dos empregados nos lucros, ou resultados da empresa, conforme definido em lei.

¹⁴⁶ Ac. da Corte Especial do STJ - mv - MI 15-DF - Rel. Min. Pedro Aciole - Diário da Justiça, Seção I, 4 set. 1989, p. 14.029/14.030.

existência de nexo de causalidade entre a omissão normativa do Poder Público e a inviabilidade do exercício do direito, liberdade ou prerrogativa.

5.5 Legitimidade ativa

O mandado de injunção poderá ser ajuizado por qualquer pessoa cujo exercício de um direito, liberdade ou prerrogativa constitucional esteja sendo inviabilizado em virtude da falta de norma reguladora da Constituição Federal. Anote-se que apesar da ausência de previsão expressa da Constituição Federal, é plenamente possível o mandado de injunção coletivo¹⁴⁷, tendo sido reconhecida a legitimidade para as associações de classe devidamente constituídas.

5.6 Legitimidade passiva

O sujeito passivo será somente a pessoa estatal, uma vez que no pólo passivo da relação processual instaurada com o ajuizamento do mandado de injunção só aquelas podem estar presentes, pois somente aos entes estatais pode ser imputável o dever jurídico de emanção de provimentos normativos.

Os particulares não se revestem de legitimidade passiva ad causam para o processo injuncional, pois não lhes compete o dever de emanar as normas reputadas essenciais ao exercício do direito vindicado pelos impetrantes. Somente ao Poder Público é imputável o encargo constitucional de emanção de provimento normativo para dar aplicabilidade à norma constitucional.

Em conclusão, somente pessoas estatais podem figurar no pólo passivo da relação processual instaurada com a impetração do mandado de injunção¹⁴⁸.

Dessa forma, a natureza jurídico-processual do instituto não permite a formação de litisconsórcio passivo, necessário ou facultativo, entre particulares e entre estatais.

Ressalte-se que se a omissão for legislativa federal, o mandado de injunção deverá ser ajuizado em face do Congresso Nacional, salvo se a iniciativa da lei for privativa do Presidente da República (CF, 61, § 1.º), quando então o mandado de injunção deverá ser ajuizado em face do Presidente da República, nunca do Congresso Nacional.

5.7 Procedimento

No mandado de injunção, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica, conforme determina o art. 24, § 1.º, da Lei n.º 8.038/90. Importante ressaltar, porém, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já se pacificou pela impossibilidade da concessão de medida liminar por ser imprópria ao instituto do mandado de injunção¹⁴⁹.

¹⁴⁷ STF - Mandado de Injunção n.º 361-1 - Diário da Justiça, Seção I, 17 jun. 1994, p. 15.707. Ementa: "Mandado de injunção coletivo; admissibilidade, por aplicação analógica do art. 5.º, LXX, da Constituição; legitimidade, no caso, de entidade sindical de pequenas e médias empresas, as quais, notoriamente dependentes do crédito bancário, têm interesse comum na eficácia do art. 192 § 3.º, da Constituição, que fixou limites aos juros reais."

¹⁴⁸ STF - Mandado de Injunção n.º 335 (AgRg) - Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 19 dez. 1994. No mesmo sentido: DANTAS, Ivo. Mandado de injunção. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1994; TEMER, Michel. RPGESP 30/13. Contra esse posicionamento, entendendo que o sujeito passivo deve ser a pessoa pública ou privada, a qual compete tornar viável a pretensão: PIOVESAN, Flávia. Op. cit. p. 128; BERMUDEZ, Sérgio. O Mandado de Injunção. RT 642/24; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Mandado de injunção. São Paulo: Atlas, 2000. p. 99.

¹⁴⁹ STF - Mandado de Injunção n.º 536-2/MG - Rel. Min. Ilmar Galvão, Diário da Justiça, Seção I, 17 abr. 1996; STF - Mandado de Injunção n.º 530-3/SP - Rel. Min. Maurício Correa, Diário da Justiça, Seção I, 8 mar. 1996, p. 6.246/7; STF - Mandado de Injunção n.º 342-SP, Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 1 ago. 1991; STF - Mandado de Injunção n.º 535-4/SP - Rel. Min. Ilmar Galvão, Diário da Justiça, Seção I, 14 mar. 1996, p. 7.085. Contra, admitindo a possibilidade de liminar em mandado de injunção: SILVA, Paulo Napoleão Nogueira. Curso de direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 279.

Regimentalmente, no Superior Tribunal de Justiça, o mandado de injunção terá prioridade sobre os demais atos judiciais, salvo o habeas corpus, mandado de segurança e o habeas data.

5.8 Competência

O art. 102, I, q, da Constituição Federal determina que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Mesa de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

A Constituição Federal prevê, ainda, no art. 105, I, h, que compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

Por fim, o art. 121, § 4.º, V, da Carta Magna prevê a competência do Tribunal Superior Eleitoral para julgar, em grau de recurso, o mandado de injunção que tiver sido denegado pelo Tribunal Regional Eleitoral.

A lei poderá, respeitadas as hipóteses previamente definidas na constituição, regulamentar a competência remanescente para outros casos de mandado de injunção.

No âmbito estadual, será permitido aos Estados-membros, no exercício do poder constituinte derivado decorrente, estabelecerem em suas constituições estaduais o órgão competente para processo e julgamento de mandados de injunção contra a omissão do Poder Público estadual em relação às normas constitucionais estaduais¹⁵⁰.

5.9 Decisão e efeitos do mandado de injunção

QUADRO GERAL

Posições: Concretista, Não concretista¹⁵¹

Concretista: Geral¹⁵², Individual¹⁵³

¹⁵⁰ O art. 74, V, da Constituição do Estado de São Paulo estabeleceu que compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar o mandado de injunção quando a inexistência da norma regulamentadora estadual ou municipal de qualquer dos Poderes inclusive da Administração indireta, torne inviável o exercício de direitos assegurados nesta Constituição.

¹⁵¹ Orientação predominante no Supremo Tribunal Federal: Ministros Sepúlveda Pertence, Moreira Alves, Celso de Mello, Ilmar Galvão, Octávio Galloti, Sydney Sanches, Maurício Corrêa e Nelson Jobim (cf. em relação à esse o MI n.º 535-4/SP - Rel. Min. Ilmar Galvão, Diário da Justiça, Seção I, 26 set. 1997, p. 47.478) e, também, o MI n.º 586-5/RJ, Diário da Justiça, Seção I, 27 ago. 1998, p. 13, onde afirmou que: "O Supremo Tribunal Federal não pode obrigar o legislativo a legislar, mas apontar a mora e recomendar que a supra. Também não pode assegurar ao impetrante o exercício do direito de greve, porquanto esse exercício está a depender de lei Complementar que lhe estabeleça os termos e limites" e, também, dos ex-Ministros Francisco Rezek e Paulo Brossard. Na doutrina: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso... Op. cit. p. 277; MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança... Op. cit. p. 141; NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Instrumentos de... Op. cit. p. 88.

¹⁵² Vicente Greco Filho. Tutela... p. 184, assim se manifesta: "A solução adequada, portanto, parece a primeira, admitida a alternativa de, antes, ser dada a oportunidade para que o poder competente elabore a norma. Se este não o fizer o Judiciário a fará para que possa ser exercido o direito constitucional."

¹⁵³ PACHECO, José da Silva. O mandado de segurança e... Op. cit. p. 290-291. O referido autor afirma que ambas as hipóteses são satisfatórias. Tanto a que vê o "mandado de injunção como instrumento para obter do juiz a decisão no sentido de, atendendo ao pedido, proteger o direito reclamado, levando em conta os fins sociais, as exigências do bem comum e os princípios constitucionais e gerais do Direito, quanto a que determina que "o órgão competente, que não se resume no Legislativo, baixe a norma em certo prazo, ciente de que se não o fizer, o juiz julgará o caso concreto submetido à sua apreciação".

Individual: Direta¹⁵⁴, Intermediária¹⁵⁵

Em relação à natureza jurídica da decisão judicial no mandado de injunção e seus efeitos, necessário transcrevermos parcialmente o pronunciamento do Ministro Néri da Silveira, que com absoluta clareza resumiu as posições existentes no Supremo Tribunal Federal em relação ao mandado de injunção¹⁵⁶: "Há, como sabemos, na Corte, no julgamento dos mandados de injunção, três correntes: a majoritária, que se formou a partir do Mandado de Injunção n.º 107, que entende deva o Supremo Tribunal Federal, em reconhecendo a existência da mora do Congresso Nacional, comunicar a existência dessa omissão, para que o Poder Legislativo elabore a lei. Outra corrente, minoritária, reconhecendo também a mora do Congresso Nacional, decide, desde logo, o pedido do requerente do mandado de injunção e provê sobre o exercício do direito constitucionalmente previsto. Por último, registro minha posição, que é isolada: partilho do entendimento de que o Congresso Nacional é que deve elaborar a lei, mas também tenho presente que a Constituição, por via do mandado de injunção, quer assegurar aos cidadãos o exercício de direitos e liberdades, contemplados na Carta Política, mas dependentes de regulamentação. Adoto posição que considero intermediária. Entendo que se deva, também, em primeiro lugar, comunicar ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional, para que ele, exercitando sua competência, faça a lei indispensável ao exercício do direito constitucionalmente assegurado aos cidadãos. Compreendo, entretanto, que, se o Congresso Nacional não fizer a lei, em certo prazo que se estabeleceria na decisão, o Supremo Tribunal Federal pode tomar conhecimento de reclamação da parte, quanto ao prosseguimento da omissão, e, a seguir, dispor a respeito do direito in concreto. É, por isso mesmo, uma posição que me parece concilia a prerrogativa do Poder Legislativo de fazer a lei, como o órgão competente para a criação da norma, e a possibilidade de o Poder Judiciário garantir aos cidadãos, assim como quer a Constituição, o efetivo exercício de direito na Constituição assegurado, mesmo se não houver a elaboração da lei. Esse tem sido o sentido de meus votos, em tal matéria. De qualquer maneira, porque voto isolado e vencido, não poderia representar uma ordem ao Congresso Nacional, eis que ineficaz. De outra parte, em se cuidando de voto, no julgamento de processo judicial, é o exercício, precisamente, da competência e independência que cada membro do Supremo Tribunal Federal tem, e necessariamente há de ter, decorrente da Constituição, de interpretar o sistema da Lei Maior e decidir os pleitos que lhe sejam submetidos, nos limites da autoridade conferida à Corte Suprema pela Constituição" (destaque nosso).

Dessa forma, podemos classificar as diversas posições em relação aos efeitos do mandado de injunção a partir de dois grandes grupos: concretista e não concretista¹⁵⁷.

Pela posição concretista, presentes os requisitos constitucionais exigidos para o mandado de injunção, o Poder Judiciário através de uma decisão constitutiva, declara a existência da

¹⁵⁴ No Supremo Tribunal Federal: Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio. Na doutrina: TEMER, Michel. Elementos... Op. cit. p. 198-199; CARRAZA, Roque. Curso... Op. cit., p. 225; SILVA, José Afonso. Curso... Op. cit. p. 394; PIOVESAN, Flávia C. Proteção... Op. cit. p. 138; BERMUDEZ, Sérgio. RT 642/24; DANTAS, Ivo. Mandado... Op. cit. p. 97; SANTOS, Moacyr Amaral. Mandado de injunção. Op. cit. p. 29; GOMES, Luiz Flávio. Anotações sobre o mandado de injunção. RT 647/43; ACKEL FILHO, Diomar. Op. cit. p. 126; BARBI, Celso Agrícola. Mandado. Op. cit. p. 391; FIGUEIREDO, Marcelo. O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 58; SIDOU, J. M. Othon. Habeas data, mandado de injunção, habeas corpus, mandado de segurança e ação popular. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 455.

¹⁵⁵ No Supremo Tribunal Federal: Ministro Néri da Silveira.

¹⁵⁶ Pronunciamento do Ministro Néri da Silveira. Ata da 7.ª (sétima) sessão extraordinária do Supremo Tribunal Federal, realizada em 16 de março de 1995 e publicada no Diário da Justiça, 4 abr. 1995, Seção I, p. 8.265.

¹⁵⁷ STF - Mandado de Injunção n.º 107 (foi o primeiro a ser analisado pelo Supremo Tribunal Federal) - Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 21 set. 1990, p. 9.782.

omissão administrativa ou legislativa, e implementa o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional até que sobrevenha regulamentação do poder competente. Essa posição divide-se em duas espécies: concretista geral e concretista individual; conforme a abrangência de seus efeitos.

Pela concretista geral, a decisão do Poder Judiciário terá efeitos erga omnes, implementando o exercício da norma constitucional através de uma normatividade geral, até que a omissão seja suprida pelo poder competente. Essa posição é pouco aceita na doutrina, pois como ressaltado pelo Ministro Moreira Alves, ao proclamar em sede de mandado de injunção, uma decisão com efeitos erga omnes, estaria "o Supremo, juiz ou tribunal que decidisse a injunção, ocupando a função do Poder Legislativo, o que seria claramente incompatível com o sistema de separação de poderes"¹⁵⁸.

Pela concretista individual, a decisão do Poder Judiciário só produzirá efeitos para o autor do mandado de injunção, que poderá exercer plenamente o direito, liberdade ou prerrogativa prevista na norma constitucional. Como salienta Canotilho "o mandado de injunção não tem por objecto uma pretensão a uma emanção, a cargo do juiz, de uma regulação legal complementadora com eficácia `erga omnes'. O mandado de injunção apenas viabiliza, num caso concreto, o exercício de um direito ou liberdade constitucional perturbado pela falta parcial de lei regulamentadora. Se a sentença judicial pretendesse ser uma norma com valor de lei ela seria nula (inexistente) por usurpação de poderes"¹⁵⁹.

Essa espécie, no Supremo Tribunal Federal, se subdivide em duas: direta e intermediária.

Pela primeira, concretista individual direta, o Poder Judiciário, imediatamente ao julgar procedente o mandado de injunção, implementa a eficácia da norma constitucional ao autor. Assim, os Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio entendem que a constituição criou mecanismos distintos voltados a controlar as omissões inconstitucionais, que são a inconstitucionalidade por omissão, inscrita no art. 103 da CF, e o mandado de injunção, estabelecido pelo inc. LXXI, art. 5.º, da mesma Carta. Como afirmado pelo Ministro Marco Aurélio: "sob a minha ótica, o mandado de injunção tem, no tocante ao provimento judicial, efeitos concretos, beneficiando apenas a parte envolvida, a impetrante".

Pela segunda, concretista individual intermediária, posição do Ministro Néri da Silveira, após julgar a procedência do mandado de injunção, fixa ao Congresso Nacional o prazo de 120 dias para a elaboração da norma regulamentadora. Ao término desse prazo, se a inércia permanecer o Poder Judiciário deve fixar as condições necessárias ao exercício do direito por parte do autor.

Parece-nos que inexistente incompatibilidade entre a adoção da posição concretista individual e a teoria da separação de poderes consagrada expressamente pelo art. 2.º da Constituição Federal.

A constituição, ao determinar que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são Poderes da República, independentes e harmônicos, adotou a doutrina constitucional norte-americana do check and balances, pois ao mesmo tempo que previu diversas e diferentes funções estatais para cada um dos Poderes, garantindo-lhes prerrogativas para o bom exercício delas, estabeleceu um sistema complexo de freios e contrapesos para harmonizá-los em prol da

¹⁵⁸ STF - Mandado de Injunção n.º 107-3 (foi o primeiro a ser analisado pelo Supremo Tribunal Federal) - Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 21 set. 1990, p. 9.782.

¹⁵⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). As garantias... Op. cit. p. 88.

sociedade. Assim, poderá o Poder Legislativo sustar a excoutoriedade de lei delegada editada pelo Chefe do Poder Executivo que exorbite os limites constitucionais (CF, art. 49, V); o Senado Federal processará e julgará o Presidente da República e os Ministros do Supremo Tribunal Federal em crimes de responsabilidade (CF, art. 52, I) e igualmente deverá aprovar por maioria absoluta de seus membros a indicação presidencial para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 52, III). Todos esses instrumentos encontram-se previstos no sistema de freios e contrapesos constitucionais, visando impedir o arbítrio estatal¹⁶⁰.

Dessa forma, plenamente conciliável o art. 5.º, LXXI (conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania) e o art. 5.º, XXXV (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), com o art. 2.º (são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário), todos da Constituição Federal, pois o Poder Judiciário, no exercício da atividade jurisdicional, deverá evitar a ameaça ou a lesão a direitos, liberdades ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, decorrentes da omissão do Poder competente, declarando a existência da omissão e permitindo que o prejudicado usufrua da norma constitucional, nos moldes previstos na decisão, enquanto não for colmatada a lacuna legislativa ou administrativa.

Assim agindo, não estará o Judiciário regulamentando abstratamente a Constituição Federal, com efeitos erga omnes, pois não é sua função; mas ao mesmo tempo, não estará deixando de exercer uma de suas funções precípua, o resguardo dos direitos e garantias fundamentais. Como destaca Carlos Augusto Alcântara Machado, "não se trata de pretensa usurpação da função legislativa pelo Poder Judiciário e, sim, de exercício de uma atribuição conferida constitucionalmente"¹⁶¹.

Em conclusão, filiamo-nos à posição concretista individual intermediária, criada pelo Ministro Néri da Silveira, parecendo-nos com a devida venia, que a idéia do Poder Judiciário, após julgar procedente o mandado de injunção estabelecer um prazo para que a Constituição Federal seja regulamentada, antes de efetivamente colmatá-la, adequa-se perfeitamente à idéia de Separação de Poderes. Assim, à partir da decisão do Judiciário, o poder competente estaria oficialmente declarado omissor, devendo atuar. Esse prazo, no âmbito legislativo, entendemos, nunca poderia ser inferior ao processo legislativo sumário¹⁶².

Por fim, temos a posição não concretista, adotada pela jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal que, firmou-se no sentido de atribuir ao mandado de injunção a finalidade específica de ensejar o reconhecimento formal da inércia do Poder Público, "em dar concreção à norma constitucional positivadora do direito postulado, buscando-se, com essa exortação ao legislador, a plena integração normativa do preceito fundamental invocado pelo impetrante do writ como fundamento da prerrogativa que lhe foi outorgada pela Carta Política".

¹⁶⁰ Ver a respeito completíssima obra de FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Conflito entre poderes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. Conferir, ainda, na doutrina portuguesa: PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Coimbra: Coimbra, 1989.

¹⁶¹ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Mandado... Op. cit. p. 122.

¹⁶² Processo legislativo sumário poderá alcançar no máximo 100 dias (ver capítulo sobre processo legislativo).

Sendo esse o conteúdo possível da decisão injuncional, não há falar em medidas jurisdicionais que estabeleçam, desde logo, condições viabilizadoras do exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucionalmente prevista, mas, tão-somente, deverá ser dado ciência ao poder competente para que edite a norma faltante.

Critica-se essa posição por tornar os efeitos do mandado de injunção idênticos aos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2.º), apesar de serem institutos diversos.

Excepcionalmente, o Supremo Tribunal Federal adotando parcialmente a posição concretista, em face da manutenção da inércia do Poder Legislativo, decidiu em sede de mandado de injunção em relação à norma prevista no art. 8.º, § 3.º do ADCT de 1988¹⁶³, autorizar, desde logo, a possibilidade de ajuizarem os beneficiários dessa norma transitória, com fundamento no direito comum, a pertinente ação de reparação econômica do prejuízo, caso o tenham sofrido.

Ressalte-se, porém, que esta decisão baseou-se no fato de o Poder Legislativo ter descumprido um prazo constitucionalmente estabelecido para a edição de norma, pela própria constituição, nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, não podendo desta maneira restar dúvida quanto à mora do parlamento.

Também, de maneira excepcional, o STF adotou a posição concretista, para proteger o direito constitucional previsto no art. 195, § 7.º ("são isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei") e desrespeitado pela inércia estatal, proclamando que "o Tribunal, por maioria, conheceu em parte o mandado de injunção e nessa parte o deferiu para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote as providências legislativas, decorrentes do art. 195, § 7.º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo, sem legislar, passe a requerente a gozar a imunidade requerida".

6 DIREITO DE CERTIDÃO

Tradicional previsão constitucional, o chamado direito de certidão, novamente, foi consagrado como o direito líquido e certo de qualquer pessoa à obtenção de certidão para defesa de um direito, desde que demonstrado seu legítimo interesse.

A esse direito corresponde a obrigatoriedade do Estado, salvo nas hipóteses constitucionais de sigilo, em fornecer as informações solicitadas, sob pena de responsabilização política, civil e criminal¹⁶⁴.

Ressalte-se que o direito à expedição de certidão engloba o esclarecimento de situações já ocorridas, jamais sob hipóteses ou conjecturas relacionadas a situações ainda a serem esclarecidas.

¹⁶³ Art. 8.º, § 3.º Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n.º S-50-GM5, de 19-6-64, e n.º S-285-GMS será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da constituição.

¹⁶⁴ Cf. Lei n.º 9.051/95 - Art. 1.º As certidões para a defesa e esclarecimentos de situações, requeridas aos órgãos da administração centralizada ou autárquica, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às fundações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverão ser expedidas no prazo improrrogável de quinze dias, contado do registro do pedido no órgão expedidor. - Art. 2.º Nos requerimentos que objetivam a obtenção das certidões a que se refere esta Lei, deverão os interessados fazer constar esclarecimentos relativos aos fins e razões do pedido.

A negativa estatal ao fornecimento das informações englobadas pelo direito de certidão configura o desrespeito a um direito líquido e certo, por ilegalidade ou abuso de poder, passível, portanto, de correção por meio de mandado de segurança.

Celso de Mello aponta os pressupostos necessários para a utilização do direito de certidão: legítimo interesse (existência de direito individual ou da coletividade a ser defendido); ausência de sigilo; res habilis (atos administrativos e atos judiciais são objetos certificáveis). Como salienta o autor, "é evidente que a administração pública não pode certificar sobre documentos inexistentes em seus registros" e indicação de finalidade.

O art. 5.º, XXXIV da Constituição Federal assegura a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal, independentemente do pagamento de taxas.

Em regra, não poderá o Poder Público negar-se a fornecer as informações solicitadas, sob pena de sua responsabilização civil, bem como de responsabilização pessoal de seus servidores inertes, pois, como decidiu o Superior Tribunal de Justiça, "a garantia constitucional que assegura a todos a obtenção de certidões em repartições públicas é de natureza individual, sendo obrigatória a sua expedição quando se destina à defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal do requerente"¹⁶⁵

A exceção ocorrerá na hipótese de sigilo imposto pela segurança da sociedade e do Estado¹⁶⁶.

7 DIREITO DE PETIÇÃO

7.1 Histórico e conceito

Historicamente, o direito de petição nasceu na Inglaterra, durante a Idade Média, através do right of petition, consolidando-se no Bill of Rights de 1689, que permitiu aos súditos que dirigissem petições ao rei. Igualmente foi previsto nas clássicas Declarações de Direitos, como a da Pensilvânia de 1776 (art. 16), e também na Constituição francesa de 1791 (art. 3.º).

Pode ser definido como o direito que pertence a uma pessoa de invocar a atenção dos poderes públicos sobre uma questão ou uma situação.

A Constituição Federal consagra no art. 5.º, XXXIV o direito de petição aos Poderes Públicos, assegurando-o a todos, independentemente do pagamento de taxas, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder. A Constituição Federal de 1988 não obsta o exercício do direito de petição coletiva ou conjunta, através da interposição de petições, representações ou reclamações efetuadas conjuntamente por mais de uma pessoa. Observe-se que essa modalidade não se confunde com as petições em nome coletivo que são aquelas apresentadas por uma pessoa jurídica em representação dos respectivos membros.

7.2 Natureza

¹⁶⁵ STJ – 6.ª T. - RMS n.º 3.735-5-MG - Rel. Min. Vicente Leal - Ementário STJ, 15/203.

¹⁶⁶ TJ/SP - "Exceção feita às ressalvas legais referentes à segurança da sociedade e do Estado, ao que se impõe sigilo, não pode a Administração Pública recusar-se a fornecer as informações solicitadas, sob nenhum pretexto. Não fosse assim, estaria aquela exercitando conduta à margem da lei e assim violando direito líquido e certo" (14.ª CCível - Ap. Cível n.º 271.0542-6/SP - Rel. Des. Franklin Neiva; j. 5-9-1995).

O direito em análise constitui uma prerrogativa democrática, de caráter essencialmente informal, apesar de sua forma escrita, e independe de pagamento de taxas. Dessa forma, como instrumento de participação político-fiscalizatório dos negócios do Estado que tem por finalidade a defesa da legalidade constitucional e do interesse público geral, seu exercício está desvinculado da comprovação da existência de qualquer lesão a interesses próprios do peticionário.

Acentue-se que, pela Constituição brasileira, apesar de direito de representação possuir objeto distinto do direito de petição, instrumentaliza-se por meio deste.

7.3 Legitimidade ativa e passiva

A Constituição Federal assegura a qualquer pessoa, física ou jurídica, nacional ou estrangeira, o direito de apresentar reclamações aos Poderes Públicos, Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como ao Ministério Público, contra ilegalidade ou abuso de poder.

7.4 Finalidade

A finalidade do direito de petição é dar-se notícia do fato ilegal ou abusivo ao Poder Público, para que providencie as medidas adequadas. O exercício do direito de petição não exige seu endereçamento ao órgão competente para tomada de providências, devendo, pois, quem a receber, encaminhá-la à autoridade competente.

Na legislação ordinária, exemplo de exercício do direito de petição vem expresso na Lei n.º 4.898/65 (Lei de Abuso de Autoridade), que prevê em seu art. 1.º: "O direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, contra as autoridades que, no exercício de suas funções, cometerem abusos, são regulados pela presente Lei."

O direito de petição possui eficácia constitucional, obrigando as autoridades públicas endereçadas ao recebimento, ao exame e se necessário for, à resposta em prazo razoável, sob pena de configurar-se violação ao direito líquido e certo do peticionário, sanável por intermédio de mandado de segurança. Note-se que, apesar da impossibilidade de obrigar-se o Poder Público competente a adoção de medidas para sanar eventuais ilegalidades ou abusos de poder, haverá possibilidade, posterior, de responsabilizar o servidor público omissor, civil, administrativa e penalmente.

O Direito de Petição não poderá ser utilizado como sucedâneo da ação penal, de forma a oferecer-se, diretamente em juízo criminal, acusação formal em substituição ao Ministério Público. A Constituição Federal prevê uma única e excepcional norma sobre ação penal privada subsidiária da pública (CF, art. 5.º, LIX), que somente poderá ser utilizada quando da inércia do Ministério Público, ou seja, quando esgotado o prazo legal não tiver o Parquet oferecido denúncia, requisitado diligências ou proposto o arquivamento, ou ainda nas infrações de menor potencial ofensivo, oferecido a transação penal.

8 AÇÃO POPULAR

8.1 Conceito

O art. 5.º, LXXIII, da Constituição Federal proclama que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio

histórico e cultural. No conceito de Hely Lopes Meirelles, ação popular "é o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos - ou a estes equiparados - ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos".

8.2 Finalidade

A ação popular, juntamente com o direito de sufrágio, direito de voto em eleições, plebiscitos e referendos, e ainda a iniciativa popular de lei e o direito de organização e participação de partidos políticos, constituem formas de exercício da soberania popular (CF, arts. 1.º e 14), pela qual, na presente hipótese, permite-se ao povo, diretamente, exercer a função fiscalizatória do Poder Público, com base no princípio da legalidade dos atos administrativos e no conceito de que a res pública (República) é patrimônio do povo. A ação popular poderá ser utilizada de forma preventiva (ajuizamento da ação antes da consumação dos efeitos lesivos) ou repressiva (ajuizamento da ação buscando o ressarcimento do dano causado).

Assim sendo, a finalidade da ação popular é a defesa de interesses difusos, reconhecendo-se aos cidadãos *uti cives* e não *uti singuli*, o direito de promover a defesa de tais interesses.

8.3 Requisitos

São dois os requisitos para o ajuizamento da ação popular:

- requisito subjetivo: somente tem legitimidade para a propositura da ação popular o cidadão;
- requisito objetivo refere-se à natureza do ato ou da omissão do Poder Público a ser impugnado, que deve ser, obrigatoriamente lesivo ao patrimônio público, seja por ilegalidade, seja por imoralidade. Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, a ação popular é destinada "a preservar, em função de seu amplo espectro de atuação jurídico-processual, a intangibilidade do patrimônio público e a integridade da moralidade administrativa (CF, art. 5.º, LXXIII)".

8.4 Objeto

O objeto da ação popular é o combate ao ato ilegal ou imoral e lesivo ao patrimônio público, sem contudo configurar-se a *ultima ratio*, ou seja, não se exige o esgotamento de todos os meios administrativos e jurídicos de prevenção ou repressão aos atos ilegais ou imorais e lesivos ao patrimônio público para seu ajuizamento.

A Lei da Ação Popular (Lei n.º 4.717/65), em seu art. 4.º, apesar de definir exemplificativamente os atos com presunção legal de ilegitimidade e lesividade, passíveis, portanto, de ação popular, não excluiu dessa possibilidade todos os atos que contenham vício de forma; ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos, desvio de finalidade ou tenham sido praticados por autoridade incompetente (Lei n.º 4.717/65, art. 1.º).

Ainda em relação ao objeto, Hely Lopes Meirelles aponta que "hoje é ponto pacífico na doutrina e na jurisprudência que não cabe ação popular para invalidar lei em tese, ou seja, a norma geral, abstrata, que apenas estabelece regras de conduta para sua aplicação. Em tais casos, é necessário que a lei renda ensejo a algum ato concreto de execução, para ser

atacado pela via popular e declarado ilegítimo e lesivo ao patrimônio público, se assim o for"¹⁶⁷.

8.5 Legitimação ativa

Somente o cidadão, seja o brasileiro nato ou naturalizado, inclusive aquele entre 16 e 21 anos, e ainda, o português equiparado, no gozo de seus direitos políticos, possuem legitimação constitucional para a propositura da ação popular. A comprovação da legitimidade será feita com a juntada do título de eleitor (brasileiros) ou do certificado de equiparação e gozo dos direitos civis e políticos e título de eleitor (português equiparado).

Dessa forma, não poderão ingressar em juízo os estrangeiros, as pessoas jurídicas e aqueles que tiverem suspensos ou declarados perdidos seus direitos políticos (CF, art. 15). Porém, se a privação for posterior ao ajuizamento da ação popular, não será obstáculo para seu prosseguimento.

Ressalte-se que, no caso do cidadão menor de 21 anos, por tratar-se de um direito político, tal qual o direito de voto, não há necessidade de assistência.

A legitimação do cidadão é ampla, tendo o direito de ajuizar a ação popular, mesmo que o litígio se verifique em comarca onde ele não possua domicílio eleitoral, sendo irrelevante que o cidadão pertença, ou não, à comunidade a que diga respeito o litígio, pois esse pressuposto não está na lei e nem se assenta em razoáveis fundamentos.

A jurisprudência e a doutrina majoritária entendem que o cidadão, autor da ação popular, age como substituto processual, pois defende em juízo, em nome próprio, um interesse difuso, pertencente à coletividade, pois como ensina Hely Lopes Meirelles, tal ação é um instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utilizável por qualquer de seus membros. Por ela não se amparam direitos individuais próprios, mas sim interesses da comunidade. O beneficiário direto e imediato desta ação não é o autor; é o povo, titular do direito subjetivo ao governo honesto. O cidadão promove em nome da coletividade, no uso de uma prerrogativa cívica que a Constituição Federal lhe outorga".

Discordamos dessa posição, pois a ação popular, enquanto instrumento de exercício da soberania popular (CF, arts. 1.º e 14), pertence ao cidadão, que em face de expressa previsão constitucional teve sua legitimação ordinária ampliada, e, em nome próprio e na defesa de seu próprio direito - participação na vida política do Estado e fiscalização da gerência do patrimônio público -, poderá ingressar em juízo. Canotilho e Moreira, em análise ao mesmo instituto previsto na Constituição da República Portuguesa¹⁶⁸, prelecionam que a ação popular traduz-se, por definição, num alargamento da legitimidade processual activa a todos os cidadãos, independentemente do seu interesse individual ou da sua relação específica com os bens ou interesses em causa"¹⁶⁹.

Assim entende José Afonso da Silva, para quem a ação popular consiste num instituto de democracia direta, e o cidadão, que a intenta, fá-lo em nome próprio, por direito próprio, na defesa de direito próprio, que é o de sua participação na vida política do Estado, fiscalizando

¹⁶⁷ MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. Estudos e pareceres de direito público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 369. v. 9.

¹⁶⁸ Constituição da República Portuguesa, art. 52, § 3.º. "É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, nomeadamente o direito de promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, a degradação do ambiente e da qualidade de vida ou a degradação do património cultural, bem como de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização."

¹⁶⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. Constituição... Op. cit. p. 281.

a gestão do patrimônio público, a fim de que esta se conforme com os princípios da legalidade e da moralidade¹⁷⁰.

O Ministério Público, enquanto instituição, não possui legitimação para o ingresso de ação popular; porém como parte pública autônoma é incumbido de zelar pela regularidade do processo e de promover a responsabilização civil e criminal dos responsáveis pelo ato ilegal e lesivo ao patrimônio público, manifestando-se, em relação ao mérito, com total independência funcional (CF, art. 127, § 1.º).

8.6 Legitimação passiva

Os sujeitos passivos da ação popular são diversos, prevendo a Lei n.º 4.717/65, em seu art. 6.º, § 2.º, a obrigatoriedade de citação das pessoas jurídicas públicas, tanto da Administração direta quanto da indireta, inclusive das empresas públicas e das sociedades de economia mista, ou privadas, em nome das quais foi praticado o ato a ser anulado, e mais as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado pessoalmente o ato ou firmado o contrato impugnado, ou que, por omissos, tiverem dado oportunidade à lesão, como também, os beneficiários diretos do mesmo ato ou contrato.

8.7 Natureza da decisão

A natureza da decisão na ação popular é desconstitutiva-condenatória, visando tanto à anulação do ato impugnado quanto à condenação dos responsáveis e beneficiários em perdas e danos.

8.8 Competência

A competência para processar e julgar a ação popular será determinada pela origem do ato a ser anulado, aplicando-se as normais regras constitucionais e legais de competência.

Importante ressaltar que seguindo uma tradição de nosso direito constitucional, não há previsão na Constituição de 1988, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, para o processo e julgamento de ações populares, mesmo que propostas em face do Congresso Nacional, de Ministros de Estado ou do próprio Presidente da República¹⁷¹, ou das demais autoridades que, em mandado de segurança, estão sob sua jurisdição.

8.9 Sentença e coisa julgada

As conseqüências da procedência da ação popular são:

- invalidade do ato impugnado;
- condenação dos responsáveis e beneficiários em perdas e danos;
- condenação dos réus às custas e despesas com a ação, bem como honorários advocatícios;
- produção de efeitos de coisa julgada erga omnes.

¹⁷⁰ SILVA, José Afonso. Ação popular constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 195.

¹⁷¹ STF - Petição n.º 1.026-4/DF - Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 31 maio 1995, p. 15.855; tendo citado vasta e conclusiva jurisprudência do Pretório Excelso: Pet 296-2, Rel. Min. Célio Boda, DJU, 10 nov. 1988; Pet 352-7, Rel. Min. Sidney Sanches, DJU, 9 jun. 1989; Pet 431-1, Rel. Min. Néri da Silveira, DJU, 10 ago. 1990; Pet 487-6, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU, 20 jun. 1991; Pet 546-5, Rel. Min. Celso de Mello, DJU, 16 dez. 1991; Pet 626-7, Rel. Min. Celso de Mello, DJU, 28 set. 1992; Pet 682-MS, Rel. Min. Celso de Mello, DJU, 9 fev. 1993; Pet 129-0, Rel. Min. Moreira Alves, DJU, 25 fev. 1985.

Por outro lado, quando a ação popular é julgada improcedente, deve-se perquirir a razão da improcedência, para se analisarem seus efeitos. Se a ação popular for julgada improcedente por ser infundada, a sentença produzirá efeitos de coisa julgada erga omnes, permanecendo válido o ato. Porém, se a improcedência decorrer de deficiência probatória, apesar da manutenção da validade do ato impugnado, a decisão de mérito não terá eficácia de coisa julgada erga omnes, havendo possibilidade de ajuizamento de nova ação popular com o mesmo objeto e fundamento, por prevalecer o interesse público de defesa da legalidade e da moralidade administrativas, em busca da verdade real.

Em ambas as hipóteses de improcedência, ficará o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

A ratio dessa previsão constitucional é impedir a utilização eleitoral da ação popular, com objetivos político-partidários de desmoralização dos adversários políticos, levemente.

9 TEXTO INTEGRAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

CAPÍTULO I DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

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

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação;

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

XVII - é plena a liberdade de associações para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes

de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

XXX - é garantido o direito de herança;

XXXI - a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do de cujus;

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça;

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

a) a plenitude de defesa;

b) o sigilo das votações;

c) a soberania dos veredictos;

e) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

XII - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis e militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória;

LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou interesse social o exigirem;

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

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

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado em habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

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

LXXII - conceder-se-á habeas data:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

LXXVI - são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei:

- a) o registro civil de nascimento;
- b) o registro de óbito;

LXXVII - são gratuitas as ações de habeas corpus e habeas data, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.

§ 1.º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2.º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

5 DIREITOS SOCIAIS

1 CONCEITO E ABRANGÊNCIA

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1.º, IV, da Constituição Federal.

Como ressaltam Canotilho e Vital Moreira, "a individualização de uma categoria de direitos e garantias dos trabalhadores, ao lado dos de caráter pessoal e político, reveste um particular significado constitucional, do ponto em que ela traduz o abandono de uma concepção tradicional dos direitos, liberdades e garantias como direitos do homem ou do cidadão genéricos e abstractos, fazendo intervir também o trabalhador (exatamente: o trabalhador subordinado) como titular de direitos de igual dignidade"¹⁷².

O trabalhador subordinado será, para efeitos constitucionais de proteção do art. 7.º, o empregado, ou seja, aquele que mantiver algum vínculo de emprego.

Por ausência de um conceito constitucional de trabalhador¹⁷³, para determinação dos beneficiários dos direitos sociais constitucionais devemos nos socorrer ao conceito infraconstitucional do termo, considerando para efeitos constitucionais o trabalhador subordinado, ou seja, aquele que trabalha ou presta serviços por conta e sob direção da autoridade de outrem, pessoa física ou jurídica, entidade privada ou pública, adaptando-o, porém, ao texto constitucional, como ressaltado por Amauri Mascaro do Nascimento, para quem "a Constituição é aplicável ao empregado e aos demais trabalhadores nela expressamente indicados, e nos termos que o fez; ao rural, ao avulso, ao doméstico e ao servidor público. Não mencionando outros trabalhadores, como o eventual, o autônomo e o temporário, os direitos destes ficam dependentes de alteração da lei ordinária, à qual se restringem"¹⁷⁴.

Os direitos sociais previstos constitucionalmente são normas de ordem pública, com a característica de imperativas, invioláveis, portanto, pela vontade das partes contraentes da relação trabalhista. Como conclui Arnaldo Süssekind, "essas regras cogentes formam a base do contrato de trabalho, uma linha divisória entre a vontade do Estado, manifestada pelos poderes competentes, e a dos contratantes. Estes podem complementar ou suplementar o mínimo de proteção legal; mas sem violar as respectivas normas. Daí decorre o princípio da irrenunciabilidade, atinente ao trabalhador, que é intenso na formação e no curso da relação

¹⁷² CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. Constituição... Op. cit. p. 285.

¹⁷³ Marcos Vinicius Americano da Costa conceitua empregador e empregado, com farta citação doutrinária e jurisprudencial (O direito do trabalho na constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 15-32).

¹⁷⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Direito do trabalho na constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 34.

de emprego e que se não confunde com a transação, quando há res dubia ou res litigiosa no momento ou após a cessação do contrato de trabalho"¹⁷⁵.

A definição dos direitos sociais no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais acarreta duas conseqüências imediatas: subordinação à regra da auto-aplicabilidade prevista, no § 1.º, do art. 5.º e suscetibilidade do ajuizamento do mandado de injunção, sempre que houver a omissão do poder público na regulamentação de alguma norma que preveja um direito social, e conseqüentemente inviabilize seu exercício.

A Constituição de 1988, portanto, consagrou diversas regras garantidoras da socialidade e corresponsabilidade, entre as pessoas, os diversos grupos e camadas socioeconômicas.

2 DIREITO À SEGURANÇA NO EMPREGO

Consagra a Constituição Federal o direito à segurança no emprego, que compreende a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, entre outros direitos, impedindo-se, dessa forma, a dispensa injustificada, sem motivo socialmente relevante.

O conceito de despedida arbitrária funda-se na motivação disciplinar, técnica, econômica ou financeira. Dessa forma, por motivo disciplinar deve ser entendida a relação do empregado, no cumprimento de suas obrigações, com o empregador, estando compreendidas as figuras da justa causa previstas na legislação ordinária e não apenas o descumprimento de ordens gerais de serviço.

Por sua vez, motivo técnico é aquele que se relaciona com a organização e a atividade empresarial, como a supressão necessária de seção ou de estabelecimento, e motivo econômico ou financeiro coincide com a ocorrência de força maior que atinge a empresa, tornando-a insolvente em suas obrigações negociais.

3 ROL DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais enumerados exemplificativamente nesse capítulo não esgotam os direitos fundamentais constitucionais dos trabalhadores, que encontram-se também difusamente previstos na própria Constituição Federal.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada em 10 de dezembro de 1948, pela Organização das Nações Unidas, em Assembléia Geral, consagra em seu art. XXII, que "todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômico, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade".

A Constituição Federal proclama serem direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (CF, art. 6.º)¹⁷⁶.

Observe-se que, para garantir maior efetividade aos direitos sociais, a Emenda Constitucional n.º 31, de 14 de dezembro de 2000, atenta a um dos objetivos fundamentais da República - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e

¹⁷⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo. Comentários... Op. cit. v 1, p. 332.

¹⁷⁶ A Emenda Constitucional n.º 26, de 14 de fevereiro de 2000, deu nova redação ao art. 6.º, incluindo na Constituição Federal o direito à moradia.

regionais -, criou o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído no âmbito do Poder Executivo Federal, para vigorar até 2010, e tendo por objetivo viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, devendo a aplicação de seus recursos direcionar-se às ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida.

No art. 7.º, o legislador constituinte definiu alguns direitos constitucionais dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos¹⁷⁷;

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III - fundo de garantia do tempo de serviço;

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim. Assim, conforme ressaltado pelo Supremo Tribunal Federal, "o legislador constituinte brasileiro delineou, no preceito consubstanciado no art. 7.º, IV da Carta Política, um nítido programa social destinado a ser desenvolvido pelo Estado, mediante atividade legislativa vinculada.

Ao dever de legislar imposto ao Poder Público - e de legislar com estrita observância dos parâmetros constitucionais de índole jurídico-social e de caráter econômico-financeiro - corresponde o direito público subjetivo do trabalhador a uma legislação que lhe assegure, efetivamente, as necessidades vitais básicas individuais e familiares e que lhe garanta a revisão periódica do valor salarial mínimo, em ordem de preservar, em caráter permanente, o poder aquisitivo desse piso remuneratório".

V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei¹⁷⁸. A Emenda Constitucional n.º 20/98 estabelece em seu artigo 13 que até que a lei

¹⁷⁷ Estabilidade decenal: O inciso I, do art. 7.º, da CF/88, não repetiu o inc. XIII, do art. 165, da EC 1/69, restando suprimida a estabilidade decenal, mas garantindo o direito do empregado não optante pelo FGTS de pleitear, na rescisão contratual sem culpa de sua parte, o pagamento de indenização em dobro (TRT 15.ª R. - REO 11.695/90-5 - Ac. 4.ª T. 1.279/92 - Rel. Juiz Luiz Carlos Diehi Paolieri - DOE, 25-2-92) (ST 36/61).

discipline o acesso ao salário-família para os servidores, segurados e seus dependentes, esses benefícios serão concedidos apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social;

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias¹⁷⁹;

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

XXIV - aposentadoria;

XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas;

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

XXIX - ação, quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho¹⁸⁰;

¹⁷⁸ Redação dada pelo art. 1.º da Emenda Constitucional n.º 20/98. A antiga redação dizia: "salário-família para os seus dependentes".

¹⁷⁹ O Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito de licença à gestante como cláusula pétrea (STF - Pleno - Adin n.º 1.946/DF - Medida Liminar - Rel. Min. Sydney Sanches, Informativo STF n.º 241).

¹⁸⁰ Nova redação dada pela Emenda Constitucional n.º 28, de 25 de maio de 2000. A redação anterior previa: "ação, quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de: (a) cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato; (b) até dois anos após a extinção do contrato, para o trabalhador rural."

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos¹⁸¹;

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

No parágrafo único do citado art. 7.º, a Constituição Federal criou uma regra de extensão dos direitos sociais, assegurando à categoria dos trabalhadores domésticos¹⁸² os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social¹⁸³.

4 LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO PROFISSIONAL OU SINDICAL

4.1 Conceituação

A liberdade sindical é uma forma específica de liberdade de associação (CF, art. 5.º, XVII), com regras próprias, demonstrando, portanto, sua posição de tipo autônomo.

Canotilho e Vital Moreira definem a abrangência da liberdade sindical, afirmando que "é hoje mais que uma simples liberdade de associação perante o Estado. Verdadeiramente, o acento tônico coloca-se no direito à actividade sindical, perante o Estado e perante o patronato, o que implica, por um lado, o direito de não ser prejudicado pelo exercício de direitos sindicais e, por outro lado, o direito a condições de actividade sindical (direito de informação e de assembléia nos locais de trabalho, dispensa de trabalho para dirigentes e delegados sindicais). Finalmente, dada a sua natureza de organizações de classe, os sindicatos possuem uma importante dimensão política que se alarga muito para além dos interesses profissionais dos sindicalizados, fazendo com que a liberdade sindical consista também no direito dos sindicatos a exercer determinadas funções políticas"¹⁸⁴.

4.2 Classificação dos direitos sindicais

• Liberdade de constituição: é livre a associação profissional ou sindical, não podendo a lei exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato. Ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical (CF, art. 8.º, I). A constituição estabelece somente uma restrição, quando veda criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria

¹⁸¹ Redação dada pelo art. 1.º da Emenda Constitucional n.º 20/98. A antiga redação dizia: "proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de quatorze, salvo na condição de aprendiz".

¹⁸² Observe-se que em relação aos empregados domésticos, não se aplica a regra que prevê a necessidade de assistência do sindicato para os pedidos de demissão daqueles que contem com mais de um ano de casa, por ausência de expressa previsão constitucional (TRT – 2.ª Região – 1.ª T. Recurso ordinário n.º 21.564/96-2-São Paulo; Rel. Juiz Braz José Mollica; j. 20-8-1997; v.u. ementa - Ementário AASP n.º 2028 - p. 80-e).

¹⁸³ TRT 9.ª R. - RO 3.989/89 - Ac.1.ª T. 4.412/90 – Rel. Juiz. Matias Alenor Martins -j. 24-7-90 - Diário da Justiça, Seção II, 2 ago. 1990 - ST 17/81.

¹⁸⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. Constituição... Op. cit. p. 300.

profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município. Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, "o ato de fiscalização estatal se restringe à observância da norma constitucional no que diz respeito à vedação da sobreposição, na mesma base territorial, de organização sindical do mesmo grau. Interferência estatal na liberdade de organização sindical. Inexistência. O Poder Público, tendo em vista o preceito constitucional proibitivo, exerce mera fiscalização"¹⁸⁵.

- Liberdade de inscrição: ninguém poderá ser obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a qualquer sindicato.
- Direito de auto-organização: implica a liberdade de definição da forma de governo da associação ou do sindicato, bem como as formas de expressão de vontade (assembléias, eleições, plebiscitos, referendos etc.), nos termos constitucionais. A Constituição Federal refere-se expressamente ao direito do aposentado filiado a votar e ser votado nas organizações sindicais (CF, art. 8.º, VII).
- Direito de exercício de atividade sindical na empresa: corresponde ao direito de ação sindical nos locais de trabalho, bem como ao de organização através de representantes e comissões sindicais. A própria Constituição Federal prevê a obrigatoriedade da participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho (CF, art. 8.º, VI); a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação (CF, art. 10); e a eleição de um representante, nas empresas de mais de duzentos empregados, com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores (CF, art. 11). Além disso, autoriza ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas (CF, art. 8.º, III).
- Direito democrático: impõem-se aos sindicatos diversos requisitos que coadunem-se com os princípios constitucionais. Entre eles, deverão os estatutos estabelecer eleições periódicas e por escrutínio secreto para seus órgãos dirigentes, quorum de votações para assembléias gerais, inclusive para deflagração de greves; controle e responsabilização dos órgãos dirigentes.
- Direito de independência e autonomia: inclusive com a existência de fontes de renda independentes do patronato ou do próprio Poder Público. A constituição, portanto, estabelece que a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei.
- Direito de relacionamento ou de filiação em organizações sindicais internacionais: é manifestação do princípio da solidariedade internacional dos interesses dos trabalhadores.
- Direito de proteção especial dos dirigentes eleitos dos trabalhadores: é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei (CF, art. 8.º, VIII). Esse direito, denominado de estabilidade sindical, manifesta-se sob uma dupla ótica, pois tanto é a consagração de um direito de defesa dos representantes eleitos dos trabalhadores perante o patronato, para o

¹⁸⁵ STF - Rextr. n.º 157.940 - Rel. Min. Maurício Corrêa - Informativo STF n.º 104, p. 4.

fiel cumprimento de suas funções (dimensão subjetiva), quanto uma imposição constitucional dirigida ao legislador ordinário, que deverá estabelecer adequadas normas protetivas aos referidos representantes (dimensão objetiva).

4.3 Contribuições confederativa e sindical - diferenças e exigibilidade

É certo que ninguém será obrigado a filiar-se ou manter-se filiado a sindicato (CF, art. 8.º, V), não podendo o sindicato compelir os não filiados para obrigá-los a pagar-lhe contribuição assistencial nem obrigar aos filiados a permanecerem no sindicato. Porém, não se pode confundir a chamada contribuição assistencial ou confederativa com a contribuição sindical. A primeira é prevista no início do inciso IV, art. 8.º, da Constituição Federal ("a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva"); enquanto a segunda é prevista no final do citado inciso ("independentemente da contribuição prevista em lei").

Pinto Ferreira define a contribuição sindical, antes denominada de imposto sindical, como uma contribuição parafiscal, afirmando que "na verdade é uma norma de tributo"; e citando Amauri Mascaro Nascimento, diz que a contribuição sindical é "um pagamento compulsório, devido por todo trabalhador ou empregado, em benefício do respectivo sindicato, pelo fato de pertencerem à categoria econômica ou profissional ou a uma profissão liberal"¹⁸⁶.

Assim, nenhuma entidade sindical poderá cobrar a contribuição assistencial daquele que se recusou a filiar-se ou permanecer filiado, porém, a contribuição sindical, que a Constituição Federal assegura, desde que prevista em lei, é obrigatória e devida pelos que participam das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades.

Desta forma, a contribuição sindical definida em lei é obrigatória, mesmo para os profissionais liberais não filiados¹⁸⁷, enquanto qualquer outra contribuição assistencial/confederativa é facultativa, somente podendo ser cobrada com autorização por parte do empregado ou trabalhador.

Portanto, inobstante a separação dos sindicatos da esfera de intervenção do Ministério do Trabalho, a contribuição sindical foi preservada pela nova Constituição Federal, pelo que remanesce seu disciplinamento pela CLT¹⁸⁸, sendo os recursos da "conta especial emprego e salário" descontados a título de contribuição sindical, para finalidade definida em lei, entre elas a própria subsistência e independência sindical, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal. Esse é o mesmo posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que se posiciona, nos termos constitucionais, pela não-obrigatoriedade de contribuições assistenciais/confederativas para os não filiados, mas da exigibilidade da contribuição sindical prevista em Lei.

¹⁸⁶ FERREIRA, Pinto. Comentários... Op. cit. p. 265. v. 1.

¹⁸⁷ STF - RMS n.º 21.758/DF - Rel. Min. Sepúlveda Pertence (RTJ 161/460): "A CF, à vista do art. 8.º, IV, in fine, recebeu o instituto da contribuição sindical compulsória, exigível, nos termos dos arts. 578 ss, CLT, de todos os integrantes da categoria, independentemente de sua filiação ao sindicato (cf. ADIn 1.076, med. cautelar, Pertencem 15-6-94)." Cf., ainda: STF- 2.ª T. - Rextr. n.º 187.537-2/SP - Rel. p/ Acórdão Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça, Seção I, 31 out. 1997, p. 55.562; STF - 2.ª T. - Rextr. n.º 184.266-1/SP - Rel. Min. Carlos Velloso; j. 27-8-1996; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Apelação Cível n.º 211.783 - Rel. Des. Borelli Machado, 1.º jul. 1993; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Apelação Cível n.º 207.299-2 - Rel. Des. Ralpo Oliveira, 30 set. 1993.

¹⁸⁸ Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal: "Considerando recepcionada pela CF/88 a contribuição sindical compulsória prevista no art. 578, da CLT - exigível de todos os integrantes de categoria econômica ou profissional, independentemente de filiação ao sindicato (...) Precedente citado: MI 14-SP (RTJ 147/8684). RE 180.745, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 243-98 (Informativo STF n.º 104, p. 2).

Ressalte-se, por fim, que, apesar de o art. 8.º, I, da CF, garantir a liberdade sindical, é admissível o controle jurisdicional sobre a legalidade da contribuição assistencial cobrada dos sindicalizados, em face do art. 5.º, XXXVI, pois nenhuma alegação de lesão ou ameaça a direito será excluída de apreciação do Poder Judiciário.

5 DIREITO DE GREVE

A doutrina indica que o surgimento da palavra greve deve-se a uma praça de Paris, denominada Place de Grève, na qual os operários se reuniam quando paralisavam seus serviços com finalidades reivindicatórias.

A greve pode ser definida como um direito de autodefesa que consiste na abstenção coletiva e simultânea do trabalho, organizadamente, pelos trabalhadores de um ou vários departamentos ou estabelecimentos, com o fim de defender interesses determinados.

Podemos concluir, como Cassio Mesquita Barros, para quem "o direito de greve, sob o ponto de vista da teoria jurídica, se configura como direito de imunidade do trabalhador face às conseqüências normais de não trabalhar. Seu reconhecimento como direito implica uma permissão de não-cumprimento de uma obrigação"¹⁸⁹.

Incluem-se no direito de greve diversas situações de índole instrumental, além do fato de o empregado não trabalhar, tais como a atuação de piquetes pacíficos, passeatas, reivindicações em geral, a propaganda, coleta de fundos, "operação tartaruga", "cumprimento estrito do dever", "não-colaboração" etc.

O art. 9.º da Constituição Federal assegura o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender e determina que a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, inclusive responsabilizando os abusos cometidos.

A disciplina do art. 9.º refere-se aos empregados de empresas privadas, entre as quais se incluem as sociedades de economia mista e as denominadas empresas públicas, uma vez que, em relação a essas, se aplica o art. 173, § 1.º, da Constituição Federal, que determina sua sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

Em relação às diversas espécies de greves permissíveis pelo texto constitucional, os trabalhadores podem decretar greves reivindicativas, objetivando a melhoria das condições de trabalho, ou greves de solidariedade, em apoio a outras categorias ou grupos reprimidos, ou greves políticas, visando conseguir as transformações econômico-sociais que a sociedade requeira, ou, ainda, greves de protesto. Contra esse posicionamento, Arnaldo Süssekind afirma

"O direito do Trabalho, de um modo geral, só admite a greve de finalidades profissionais, objetivando pressionar o empregador a adotar ou rever condições contratuais ou ambientais de trabalho. Por conseguinte, as greves políticas, de consumidores, de estudantes etc., precisamente por que o atendimento da respectiva postulação não depende de um dos pólos da relação de emprego, escapam às fronteiras do Direito do Trabalho. A deflagração dessas

¹⁸⁹ Op. cit. p. 39.

greves não corresponde ao exercício de um direito, mesmo quando as de liberdades políticas tiverem sido deliberadas por assembléias de sindicatos”¹⁹⁰.

As características principais do direito de greve são:

- direito coletivo, cujo titular é um grupo organizado de trabalhadores;
- direito trabalhista irrenunciável no âmbito do contrato individual do trabalho;
- direito relativo, podendo sofrer limitações, inclusive em relação às atividades consideradas essenciais (CF, art. 9.º, § 1.º);
- instrumento de autodefesa, que consiste na abstenção simultânea do trabalho;
- procedimento de pressão;
- finalidade primordial: defender os interesses da profissão (greves reivindicativas);
- outras finalidades: greves políticas, greves de solidariedade, greves de protesto;
- caráter pacífico.

O direito de greve é auto-aplicável, não podendo ser restringido ou impedido pela legislação infraconstitucional. Não está vedada, porém, a possibilidade de regulamentação de seu procedimento, como, por exemplo, a exigência de determinado quorum na assembléia geral, para que ela se instale.

Nas atividades públicas o direito de greve não entra em vigor imediatamente, dependendo seu exercício de lei ordinária específica¹⁹¹.

Sobre o direito de greve dos servidores públicos civis, conferir capítulo dedicado à Administração Pública - Servidores Públicos.

A greve dos empregadores é denominada lock-out (locaute), e ocorre quando aqueles fecham as portas de seus estabelecimentos, impossibilitando a prestação de serviços pelos empregados, com a finalidade de pressionar os próprios trabalhadores ou setores do Poder Público, para que atendam suas reivindicações.

6 DIREITO DE NACIONALIDADE

CONCEITO

Nacionalidade é o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal este Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-o ao cumprimento de deveres impostos.

Aluísio Dardeau de Carvalho aponta a falta de juridicidade do termo nacionalidade, que, partindo da idéia de nação, englobaria somente os indivíduos que pertencessem à determinado grupo ligado pela raça, religião, hábitos e costumes. Porém, igualmente, aponta que essa terminologia encontra-se generalizada em diversos ordenamentos jurídicos.

2 DEFINIÇÕES RELACIONADAS À MATÉRIA

¹⁹⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. Comentários... Op. cit. p. 71. v 2.

¹⁹¹ Redação dada pela EC n.º 19/98. Na vigência da redação anterior, que exigia a regulamentação por lei complementar, o STF já havia decidido pela não auto-aplicabilidade do direito de greve nas atividades públicas: STF – 2.ª T. - Rextr. n.º 208.278-3/RS - Rel. Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça, Seção I, 13 out. 1997, p. 51.487.

Alguns conceitos estão relacionados com o estudo do direito de nacionalidade. São os conceitos de povo, população, nação e cidadão.

Povo: é o conjunto de pessoas que fazem parte de um Estado - é seu elemento humano. O povo está unido ao Estado pelo vínculo jurídico da nacionalidade.

População: é conjunto de habitantes de um território, de um país, de uma região, de uma cidade. Esse conceito é mais extenso que o anterior - povo -, pois engloba os nacionais e os estrangeiros, desde que habitantes de um mesmo território. Como salientado por Marcelo Caetano, "o termo população tem um significado econômico, que corresponde ao sentido vulgar, e que abrange o conjunto de pessoas residentes num território, quer se trate de nacionais quer de estrangeiros. Ora o elemento humano do Estado é constituído unicamente pelos que a ele estão ligados pelo vínculo jurídico que hoje chamamos de nacionalidade"¹⁹².

Nação: agrupamento humano, em geral numeroso, cujos membros, fixados num território, são ligados por laços históricos, culturais, econômicos e lingüísticos. Conforme ensina A. Dardeau de Carvalho, "a complexidade do fenômeno nação, sem dúvida, resulta da multiplicidade de fatores que entram na sua composição, uns de natureza objetiva, outros de natureza subjetiva. A raça, a religião, a língua, os hábitos e costumes, são os fatores objetivos que permitem distinguir as nações entre si. A consciência coletiva, o sentimento da comunidade de origem, é o fator subjetivo da distinção"¹⁹³.

Cidadão: é o nacional (brasileiro nato ou naturalizado) no gozo dos direitos políticos e participantes da vida do Estado.

3 ESPÉCIES DE NACIONALIDADE

A competência para legislar sobre nacionalidade é exclusiva do próprio Estado, sendo incontroversa a total impossibilidade de ingerência normativa de direito estrangeiro.

Doutrinariamente, distinguem-se duas espécies de nacionalidade, a primária e a secundária.

A nacionalidade primária, também conhecida por originária, ou de origem, resulta do nascimento a partir do qual, através de critérios sangüíneos, territoriais ou mistos será estabelecida.

A nacionalidade secundária ou adquirida é a que se adquire por vontade própria, após o nascimento, e em regra pela naturalização.

A Constituição Federal manteve o modelo de enunciar separadamente quais os casos de aquisição de nacionalidade originária e quais as hipóteses de aquisição secundária, como fora feito pela Constituição anterior, em rompimento com a tradição constitucional brasileira, que enumerava todas as formas de aquisição da nacionalidade em uma só seqüência.

4 BRASILEIROS NATOS

4.1 Critérios de atribuição de nacionalidade originária

Os critérios de atribuição de nacionalidade originária são, basicamente, dois: o *ius sanguinis* e o *ius soli*, aplicando-se ambos a partir de um fato natural: o nascimento.

¹⁹² CAETANO, Marcelo. Direito constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 2, p. 159.

¹⁹³ CARVALHO, Aluísio Dardeau de. Nacionalidade e... Op. cit. p. 7.

a. IUS SANGUINIS (origem sangüínea) - por esse critério será nacional todo o descendente de nacionais, independentemente do local de nascimento.

Importante observar que a Constituição Federal de 1988 não adotou esse critério puro, exigindo-se sempre algum outro requisito, como veremos a seguir. Sempre, porém, deve estar presente uma relação de contemporaneidade entre a condição jurídica do ascendente e o momento do nascimento, ou seja, aquele deverá ser brasileiro nato ou naturalizado à época do nascimento deste.

b. IUS SOLI (origem territorial) - por esse critério será nacional o nascido no território do Estado, independentemente da nacionalidade de sua ascendência. A Constituição brasileira adotou-o em regra.

5 HIPÓTESES DE AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA

A Constituição Federal prevê exaustiva e taxativamente as hipóteses de aquisição da nacionalidade originária, ou seja, somente serão brasileiros natos aqueles que preencherem os requisitos constitucionais das hipóteses únicas do art. 12, inciso I. Como ressalta Francisco Rezek, analisando hipótese semelhante, "seria flagrante, na lei, o vício de inconstitucionalidade, quando ali detectássemos o intento de criar, à margem da Lei Maior, um novo caso de nacionalidade originária"¹⁹⁴.

A regra adotada, como já visto, foi ius soli, mitigada pela adoção do ius sanguinis somado a determinados requisitos. Assim são brasileiros natos:

- os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país (ius soli);
- os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil (ius sanguinis + critério funcional);
- os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira (ius sanguinis + critério residencial + opção confirmativa).

5.1 Os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país

O legislador constituinte adotou critério já tradicional em nosso ordenamento constitucional: IUS SOLI.

Dessa forma, em regra, basta ter nascido no território brasileiro, para ser considerado brasileiro nato, independentemente da nacionalidade dos pais ou ascendentes.

O território nacional deve ser entendido como as terras delimitadas pelas fronteiras geográficas, com rios, lagos, baías, golfos, ilhas, bem como o espaço aéreo e o mar territorial, formando o território propriamente dito; os navios e as aeronaves de guerra brasileiros, onde quer que se encontrem; os navios mercantes brasileiros em alto mar ou de passagem em mar territorial estrangeiro; as aeronaves civis brasileiras em vôo sobre o alto mar ou de passagem sobre águas territoriais ou espaços aéreos estrangeiros.

¹⁹⁴ REZEK, Francisco. Nacionalidade em lei ordinária: uma questão constitucional. Revista de Direito Público, n.º 65/86, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

A constituição, porém, traz uma única exceção à aplicabilidade do critério do ius soli, excluindo-se da nacionalidade brasileira os filhos de estrangeiros, que estejam a serviço de seu país.

Não se trata da adoção pura e simples do critério ius sanguinis para exclusão da nacionalidade brasileira, mas da conjugação de dois requisitos:

- ambos os pais estrangeiros;
- um dos pais, no mínimo, deve estar no território brasileiro, a serviço do seu país de origem. Frise-se que não bastará outra espécie de serviço particular ou para terceiro país, pois a exceção ao critério do ius soli refere-se a uma tendência natural do direito internacional, inexistente na hipótese de pais estrangeiros a serviço de um terceiro país, que não o seu próprio.

5.2 Os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil

Nesta hipótese o legislador constituinte adotou o ius sanguinis somado, porém, a um requisito específico (critério funcional), qual seja, a necessidade de pai ou de mãe brasileiros, sejam natos ou naturalizados, estarem a serviço do Brasil. Assim, são requisitos:

- ser filho de pai brasileiro ou mãe brasileira (ius sanguinis);
- o pai ou a mãe devem estar a serviço da República Federativa do Brasil (critério funcional), abrangendo-se o serviço diplomático; o serviço consular; serviço público de outra natureza prestado aos órgãos da administração centralizada ou descentralizada (autarquias, sociedade de economia mista e empresas públicas) da União, dos Estados-membros, dos Municípios, do Distrito Federal ou dos Territórios.

5.3 Nacionalidade potestativa: os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira

Esta hipótese de aquisição de nacionalidade originária sofreu importantes alterações com a Constituição de 1988 e, posteriormente, com a Emenda Constitucional de Revisão n.º 3, de 7-6-1994.

Na vigência da constituição passada, o art. 145, c, previa a aquisição da nacionalidade aos nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, embora não a serviço do país, e não fossem registrados, que viessem a residir no território nacional antes de atingir a maioridade; e neste caso, alcançada esta, fizessem dentro de quatro anos opção pela nacionalidade brasileira.

Assim, previa-se a necessidade de cinco requisitos:

- nascidos de pai brasileiro ou mãe brasileira;
- pai brasileiro ou mãe brasileira que não estivessem a serviço do Brasil;
- inoccorrência do registro na repartição competente;
- fixação de residência antes da maioridade;

- realização da opção até quatro anos após a aquisição da maioridade¹⁹⁵.

O legislador constituinte de 88 alterou um dos requisitos, deixando de fixar prazo para realização da opção. Dessa forma, essa hipótese de aquisição da nacionalidade originária passou a ficar condicionada aos seguintes requisitos:

- nascidos de pai brasileiro ou mãe brasileira;
- pai brasileiro ou mãe brasileira que não estivessem a serviço do Brasil;
- inexistência de registro na repartição competente;
- fixação de residência antes da maioridade;
- realização da opção a qualquer tempo.

Com a Emenda Constitucional de Revisão n.º 3, essa hipótese de aquisição foi novamente alterada, deixando de exigir-se prazo para a fixação de residência no Brasil.

Requisitos:

- nascidos de pai brasileiro ou mãe brasileira;
- pai brasileiro ou mãe brasileira que não estivessem a serviço do Brasil;
- fixação de residência a qualquer tempo;
- realização da opção a qualquer tempo.

5.4 Opção

A opção prevista na Constituição Federal consiste na declaração unilateral de vontade de conservar a nacionalidade brasileira primária, na já analisada hipótese de nacionalidade potestativa. A aquisição, apesar de provisória, dá-se com a fixação da residência, sendo a opção uma condição confirmativa e não formativa de nacionalidade.

Dessa forma, no momento em que o filho de pai brasileiro e/ou mãe brasileira, que não estivessem a serviço do Brasil, nascido no estrangeiro, fixasse residência no Brasil, adquiriria a nacionalidade provisória, que seria confirmada com a opção feita perante a Justiça Federal¹⁹⁶.

O momento da fixação da residência no País constitui o fator gerador da nacionalidade, que fica sujeita a uma condição confirmativa, a opção. Ocorre que, pela inexistência de prazo para essa opção, apesar da aquisição temporária da nacionalidade com a fixação de residência, seus efeitos ficarão suspensos até que haja a referida condição confirmativa.

Pela constituição anterior, a pessoa nascida nas condições mencionadas, enquanto não atingisse o prazo de quatro anos após a maioridade, era considerada, para todos os efeitos, brasileira nata, desde a fixação da residência, inclusive podendo requerer abertura de assento de nascimento provisório, que seria cancelado se, decorrido o prazo de quatro anos mencionado no texto constitucional, não tivesse havido a opção pela nacionalidade brasileira (Lei Federal n.º 6.015/73, art. 32, §§ 2.º a 5.º). Feita, no entanto, a opção, a pessoa

¹⁹⁵ RODAS, João Grandino Rodas. A nacionalidade da pessoa física. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 40-47, 1991. Citando, inclusive, farta jurisprudência sobre a opção na vigência da constituição anterior.

¹⁹⁶ "Compete à Justiça Federal a apreciação de pedido de transcrição do termo de nascimento de menor nascida no estrangeiro, filha de mãe brasileira que não estava a serviço do Brasil, por consubstanciar opção provisória de nacionalidade a ser ratificada após alcançada a maioridade (arts. 12, I, c e 109, X, da CF)" (STJ Conflito de competência n.º 18.074/DF - Rel. Min. César Asfor Rocha, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1997, p. 59.399).

conservaria sua condição jurídica de brasileira nata. Não a fazendo, perderia a citada condição.

Agora, nos termos da constituição atual, em virtude da inexistência de prazo para a realização da opção, que poderá ser a qualquer tempo, parece-nos mais sensato que, apesar de o momento da fixação da residência no País constituir o fator gerador da nacionalidade, seus efeitos fiquem suspensos até que sobrevenha a condição confirmativa - opção (que terá efeitos retroativos)¹⁹⁷.

Não foi outro o entendimento da Relatoria da Revisão Constitucional a cargo do então deputado Nelson Jobim, que assim se manifestou: "A opção pode agora ser feita a qualquer tempo. Tal como nos regimes anteriores, até a maioria, são brasileiros esses indivíduos. Entretanto, como a norma não estabelece mais prazo, podendo a opção ser efetuada a qualquer tempo, alcançada a maioria essas pessoas passam a ser brasileiras sob condição suspensiva, isto é, depois de alcançada a maioria, até que optem pela nacionalidade brasileira, sua condição de brasileiro nato fica suspensa. Nesse período o Brasil os reconhece como nacionais, mas a manifestação volitiva do Estado torna-se inoperante até a realização do acontecimento previsto, a opção.

É lícito considerá-los nacionais no espaço de tempo entre a maioria e a opção, mas não podem invocar tal atributo porque pendente da verificação da condição".

5.5 Hipótese suprimida pela Emenda Constitucional de Revisão n.º 3, de 7-6-1994 - ius sanguinis + registro

A análise das propostas apresentadas durante a revisão constitucional, bem como as emendas, substitutivos e pareceres ofertados, mostra que em momento algum o legislador constituinte-revisor pretendeu retirar do texto constitucional a hipótese de aquisição de nacionalidade, do filho de brasileiro que, nascendo no estrangeiro, fosse registrado na repartição pública competente. Assim, mesmo tendo o ilustre relator Deputado Nelson Jobim apresentado a proposta de emenda constitucional de revisão n.º 03-A, de 1994, como emenda aglutinativa relativa à alínea c, do inciso I, do art. 12, com a redação atual, em seu parecer somente se discute as alterações da nacionalidade potestativa, não se referindo em nenhum momento à hipótese do registro, ou mesmo quais os motivos para sua supressão.

Apesar dessas considerações, positivamente o texto constitucional foi alterado, suprimindo-se uma das tradicionais hipóteses de aquisição da nacionalidade originária.

O texto original do art. 12, I, c, da Constituição Federal previa a aquisição da nacionalidade originária aos nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que fossem registrados em repartição brasileira competente.

Assim, era adotado o critério do ius sanguinis somado a um requisito específico (registro), qual seja, a necessidade de registro em repartição brasileira competente (Embaixada ou Consulado), independentemente de qualquer outro procedimento subsequente, além do registro, para confirmar a nacionalidade.

¹⁹⁷ Nesse sentido, entendeu o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, indeferir o pedido de extradição em face de ocorrência de opção perante a Justiça Federal, durante sua tramitação: "Sustentação de fato novo consistente na sua opção pela nacionalidade originária brasileira, deduzida na Justiça Federal da Seção Judiciária do Estado da Bahia, tendo sido deferida por sentença... Sentença, na opção de nacionalidade, transitada em julgado. 8. Inviável, diante do preceito constitucional (art. 5.º, LI), atender à súplica do Governo requerente. 9. Pedido de extradição indeferido" (STF - Pleno - Extradição n.º 778-5/República Argentina - Rel. Min. Néri da Silveira - Diário da Justiça, Seção 1, 20 abr. 2001, p. 105).

O assento de nascimento lavrado no exterior por agente consular possuía a mesma eficácia jurídica daqueles que eram formalizados no Brasil por oficiais do registro civil das pessoas naturais, não havendo necessidade de qualquer opção, nesta hipótese.

A Emenda Constitucional de Revisão n.º 3, de 7-6-1994, suprimiu essa hipótese de nacionalidade originária.

Com esta alteração, não há mais possibilidade de filho de brasileiros, nascido no estrangeiro, vir a ser registrado em repartição brasileira competente, para fins de aquisição de nacionalidade. Portanto, para que venha a adquirir a nacionalidade brasileira, deverá fixar residência no país e realizar a devida opção (nacionalidade potestativa).

Note-se que não houve recepção da Lei dos Registros Públicos, quando repetindo a antiga hipótese constitucional, regulamentava a ocorrência do registro como aquisitivo de nacionalidade originária, pois a lei ordinária não pode criar novas hipóteses de brasileiros natos¹⁹⁸.

Relembremo-nos que o direito pátrio, anteriormente, já se encontrou nessa mesma situação, quando a Constituição Federal de 1967 deixou de prever como forma de aquisição da nacionalidade originária a possibilidade de opção pela nacionalidade brasileira feita pelo filho de pais estrangeiros, que estivessem a serviço de seu governo, cujo nascimento se dera no território nacional, que era prevista pela Constituição Federal de 1946. Apesar da supressão constitucional, essa hipótese constava no texto do art. 22 da Lei n.º 818/49. À época se apontou a não-recepção dessa norma, em virtude de somente a norma constitucional determinar as hipóteses de aquisição da nacionalidade originária.

6 BRASILEIRO NATURALIZADO

O brasileiro naturalizado é aquele que adquire a nacionalidade brasileira de forma secundária, ou seja, não pela ocorrência de um fato natural, mas por um ato voluntário. A naturalização é o único meio derivado de aquisição de nacionalidade, permitindo-se ao estrangeiro, que detém outra nacionalidade, ou ao apátrida (também denominado *heimatlos*), que não possui nenhuma, assumir a nacionalidade do país em que se encontra, mediante a satisfação de requisitos constitucionais e legais.

Não existe direito público subjetivo à obtenção da naturalização, que se configura ato de soberania estatal, sendo, portanto, ato discricionário do Chefe do Poder Executivo, já tendo, inclusive, o Supremo Tribunal Federal decidido que "não há inconstitucionalidade no preceito que atribui exclusivamente ao Poder Executivo a faculdade de conceder naturalização".

Como bem observa Celso de Mello, "a concessão da naturalização é faculdade exclusiva do Poder Executivo. A satisfação das condições, exigências e requisitos legais não assegura ao estrangeiro direito à naturalização. A outorga da nacionalidade brasileira secundária a um estrangeiro constitui manifestação de soberania nacional, sendo faculdade discricionária do Poder Executivo".

6.1 Espécies de naturalização

¹⁹⁸ No sentido da impossibilidade de criação de hipótese aquisitiva de nacionalidade originária pela lei: DOLINGER, Jacob. Comentários... Op. cit. p. 141; BASTOS, Celso, MARTINS, Ives Gandra da Silva. Op. cit. p. 550. v. 2; SILVA, José Afonso. Curso... Op. cit. p. 290; COSTA, A. Mesquita da. Parecer. RDA, 82/350. Contra o sentido do texto, Georgette Nazo (Folha de S. Paulo, p. 3-2, 23 abril 1995), afirma que: "Se não foi proibido, é permitido, ..., depois quando a pessoa atingir a maioridade faz a opção."

A naturalização, doutrinariamente, poderá ser tácita ou expressa, dividindo-se esta última em ordinária ou extraordinária.

6.1.1 Naturalização tácita ou grande naturalização¹⁹⁹

O art. 69, § 4.º, da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, previa serem "cidadãos brasileiros os estrangeiros que, achando-se no Brasil aos 15 de novembro de 1889, não declararem, dentro em seis meses depois de entrar em vigor a Constituição, o animo de conservar a nacionalidade de origem".

Obviamente, essa hipótese de aquisição de nacionalidade foi prevista com um prazo fatal - seis meses da promulgação da Constituição de 1891 - ao término do qual deixou de produzir efeitos jurídicos. Por tradição constitucional foi sendo mantida nas sucessivas constituições, porém sem qualquer relevância jurídica. Fez bem o legislador constituinte de 1988 ao suprimir sua menção.

Anote-se que citado dispositivo da naturalização tácita quando aplicado aos pais, igualmente, acarretava a naturalização dos filhos menores em sua companhia.

6.1.2 Naturalização expressa

É aquela que depende de requerimento do interessado, demonstrando sua manifestação de vontade em adquirir a nacionalidade brasileira. Divide-se em ordinária e extraordinária.

1. Naturalização ordinária

O processo de naturalização deve respeitar os requisitos legais²⁰⁰, bem como apresenta características administrativas, uma vez que todo o procedimento até decisão final do Presidente da República ocorre perante o Ministério da Justiça, porém com uma formalidade final de caráter jurisdicional, uma vez que "a entrega do certificado de naturalização ao estrangeiro que pretende naturalizar-se brasileiro constitui o momento de efetiva aquisição da nacionalidade brasileira. Este certificado deve ser entregue pelo magistrado competente²⁰¹".

Enquanto não ocorrer tal entrega, o estrangeiro ainda não é brasileiro, podendo, inclusive, ser excluído no território nacional²⁰².

Assim, serão considerados brasileiros naturalizados os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, sendo exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral.

Devemos subdividir o estudo da aquisição da nacionalidade ordinária, para melhor compreensão, em três partes:

- estrangeiros, excluídos os originários de países de língua portuguesa;

¹⁹⁹ CHAVES, Antonio. Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 14/77, 1970. O autor, nesta obra, elabora minucioso estudo sobre naturalização tácita (grande naturalização).

²⁰⁰ Estatuto do estrangeiro - Lei Federal n.º 6.815, de 19-8-1980.

²⁰¹ CF, art. 109, X - Justiça Federal.

²⁰² STF, Pleno, HC 62.795-1-SP Rel. Min. Rafael Mayer, v. u., DJU, 22 mar. 1985, p. 3.623. Conforme ressaltado pelo Ministro da Justiça, ao analisar o art. 119 da Lei n.º 6.815/80, "importante é registrar que a aquisição da nacionalidade só se completa com a entrega do certificado, quando começará a produzir efeitos" (Guia prático para orientação a estrangeiros no Brasil. Brasília: Imprensa Nacional, 1997. p. 27).

- estrangeiros originários de países de língua portuguesa, exceto portugueses residentes no Brasil (Angola, Açores, Cabo Verde, Goa, Guiné-Bissau, Macau, Moçambique, Portugal, Príncipe e Timor Leste);
- os portugueses residentes no Brasil.

A. Estrangeiros, excluídos os originários de países de língua portuguesa

Requisitos: o Estatuto dos Estrangeiros (Lei n.º 6.815, de 19-8-1980), em seu art. 112 prevê os seguintes requisitos:

1. capacidade civil segundo a lei brasileira;
2. ser registrado como permanente no Brasil (visto permanente);
3. residência contínua pelo prazo de quatro anos;
4. ler e escrever em português;
5. boa conduta e boa saúde;
6. exercício de profissão ou posse de bens suficientes à manutenção própria e da família;
7. bom procedimento;
8. inexistência de denúncia, pronúncia ou condenação no Brasil ou no exterior por crime doloso a que seja cominada pena mínima de prisão, abstratamente considerada superior a um ano.

A simples satisfação dos requisitos não assegura a nacionalização do estrangeiro, uma vez que a concessão da nacionalidade é ato discricionário do Poder Executivo, conforme já visto.

B. Para os originários de países de língua portuguesa, exceto portugueses residentes no Brasil

A constituição prevê somente dois requisitos para que os originários de países de língua portuguesa adquiram a nacionalidade brasileira, quais sejam:

1. residência por um ano ininterrupto;
2. idoneidade moral.

O fato de os requisitos serem previstos constitucionalmente não afasta a natureza discricionária do Poder Executivo em conceder ou não a nacionalidade nestes casos.

Além disso, entende-se necessário o requisito da capacidade civil, pois a aquisição da nacionalidade secundária decorre de um ato de vontade.

C. Para os portugueses residentes no Brasil

A constituição, além de garantir aos portugueses, na forma da lei, a aquisição da nacionalidade brasileira, exigindo apenas os requisitos de residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral, prevê a possibilidade de aos portugueses com residência permanente no país, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serem atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro naturalizado.

São, portanto, duas hipóteses previstas aos portugueses:

- 1.^a - aquisição da nacionalidade brasileira derivada: neste caso seguirá todos os requisitos da naturalização para os originários de países de língua portuguesa (ver item anterior);
- 2.^a - aquisição da equiparação com brasileiro naturalizado, sem contudo perder a nacionalidade portuguesa (quase nacionalidade): o art. 12, § 1.º, da Constituição Federal,

com nova redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão n.º 3, de 7-6-1994, prevê aos portugueses que preencham os requisitos constitucionais, a possibilidade, desde que haja reciprocidade em favor dos brasileiros (cláusula do ut des, ou seja, cláusula de admissão de reciprocidade)²⁰³, de atribuição dos direitos inerentes ao brasileiro naturalizado, salvo os previstos na Constituição. O Ministério da Justiça é o órgão com atribuição para o reconhecimento da igualdade de direitos e deveres entre os portugueses equiparados e os brasileiros naturalizados. Ressalte-se que, para o exercício dos direitos políticos, há necessidade de requerimento à Justiça Eleitoral e permanência, no mínimo, de cinco anos de residência no País. Como ressalta Jorge Miranda, "com esse regime não se estabelece uma dupla cidadania ou uma cidadania comum luso-brasileira. Os portugueses no Brasil continuam portugueses e os brasileiros em Portugal, brasileiros. Simplesmente, uns e outros recebem, à margem ou para além da condição comum de estrangeiro, direitos que a priori poderiam ser apenas conferidos aos cidadãos do país".

2. Naturalização extraordinária ou quinquenária

A previsão de uma hipótese de naturalização extraordinária foi uma inovação na ordem constitucional de 1988. O texto original da CF/88 previa que seriam considerados brasileiros naturalizados os estrangeiros residentes no país há mais de 30 anos (trintenária), sem condenação penal, desde que fizessem o requerimento.

Somente se exigiam estes três requisitos, não podendo a lei infraconstitucional ampliá-los:

1. residência fixa no país há mais de trinta anos;
2. ausência de condenação penal;
3. requerimento do interessado.

A Emenda Constitucional de Revisão n.º 3/94 alterou o prazo de residência fixa no Brasil exigida, diminuindo-o para 15 (quinze) anos ininterruptos (quinzenária). Exigem-se, atualmente, os seguintes requisitos:

1. residência fixa no país há mais de 15 anos;
2. ausência de condenação penal;
3. requerimento do interessado.

A Constituição Federal respeitou a declaração de vontade do interessado, exigindo, expressamente, seu requerimento de nacionalidade.

Discute-se se, excepcionalmente, nessa hipótese inexistiria discricionariedade por parte do Poder Executivo, estando o mesmo vinculado ao requerimento feito pelo interessado.

A expressa previsão constitucional afirmando a aquisição, presentes todos os requisitos, "... desde que requeiram...", parece não deixar dúvidas sobre a existência de direito subjetivo por parte daquele que cumprir com as exigências constitucionais, mesmo porque, diferentemente da hipótese de naturalização ordinária, não há referência alguma à lei.

É esse o entendimento da doutrina. Celso Bastos diz: "A hipótese não comporta discussão administrativa. A utilização do verbo 'requerer' oferece bem a idéia de que se trata do exercício de um direito vinculado a certos pressupostos. Em outras palavras, a incorporação

²⁰³ V. Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses, assinada em 7-9-1971 e ratificada no Brasil pelo Decreto Legislativo n.º 82, de 24-11-1971, tendo sido promulgada pelo Decreto n.º 70.391, de 12-4-1972. Em Portugal foi ratificada pelo Decreto Legislativo n.º 126/72.

deste direito no patrimônio do naturalizado é automática. Falta-lhes, é certo, o requerimento. Mas sobrevivendo este, não podem as autoridades negar-lhe a naturalização sob fundamento de ser necessário cumprir qualquer outro pressuposto".

Da mesma forma se manifesta José Afonso da Silva, para quem essa hipótese "é uma prerrogativa à qual o interessado tem direito subjetivo, preenchidos os pressupostos". João Grandino Rodas e Jacob Dolinger afirmam a criação de "uma nova figura de naturalização constitucional, independentemente do poder discricionário do Estado".

Por fim, ressalte-se, em relação ao prazo de 15 anos, que a ausência temporária do estrangeiro do território brasileiro "não significa que a residência não foi contínua, pois há que distinguir entre residência contínua e permanência contínua".

6.2 Radicação precoce e curso superior

A constituição anterior (CF/67, art. 145, II, b, 1 e 2) previa expressamente outras duas hipóteses de aquisição da nacionalidade secundária: radicação precoce e conclusão de curso superior.

Assim, também eram considerados brasileiros naturalizados os nascidos no estrangeiro, que hajam sido admitidos no Brasil durante os primeiros cinco anos de vida, estabelecidos definitivamente no território nacional, que para preservar a nacionalidade brasileira deveriam manifestar-se por ela, inequivocadamente, até dois anos após atingir a maioridade (radicação precoce); e os nascidos no estrangeiro que, vindo a residir no País antes de atingida a maioridade, fizessem curso superior em estabelecimento nacional e tivessem requerido a nacionalidade até um ano depois da formatura (conclusão de curso superior).

As hipóteses da radicação precoce e conclusão de curso superior deixaram de constar no texto constitucional em virtude da desnecessidade de especificar hipóteses casuísticas, que devem ficar a cargo do legislador ordinário. O fato de deixarem de figurar no Texto Maior, porém, não impede que continuem a existir como hipóteses legais de aquisição da nacionalidade secundária, uma vez que a Lei n.º 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro), nesse aspecto, foi recepcionada pelo art. 12, II, a (são brasileiros naturalizados os que na forma da lei ...) e pelo art. 22, XIII (compete privativamente à União legislar sobre nacionalidade, cidadania e naturalização) ambos da Carta Magna²⁰⁴.

7 TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE BRASILEIRO NATO E NATURALIZADO

A Constituição Federal, em virtude do princípio da igualdade, determina que a lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados. Portanto, as únicas hipóteses de tratamento diferenciado são as quatro constitucionais: cargos, função, extradição e propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

As exceções constitucionais têm natureza histórica, como salienta Ilmar Penna Marinho: "... devido, entretanto, aos abusos cometidos por indivíduos naturalizados, com a espantosa facilidade das antigas leis sobre a nacionalidade e devido, sobretudo, à atividade nociva e subversiva desses elementos, os Estados, em suas legislações modernas, não só dificultaram a outorga da naturalização, exigindo uma série de requisitos e um estágio de

²⁰⁴ Conforme se verifica em publicação oficial do Ministério da Justiça, a hipótese de radicação precoce continua com plena eficácia e "se dirige a estrangeiro admitido no Brasil, durante os primeiros 5 (cinco) anos de vida, estabelecido definitivamente no território nacional, se a requerer, enquanto menor, por intermédio de seu representante legal. Essa naturalização se tornará definitiva se o titular do certificado provisório, até 2 (dois) anos após atingir a maioridade, confirmar expressamente, perante o Ministro da Justiça, a intenção de continuar brasileiro (Guia prático para orientação a estrangeiros no Brasil. Brasília: Imprensa Nacional, 1997 p. 25).

residência mais longo, porém, tornaram, ainda, exclusivo dos nacionais natos o gozo de certas prerrogativas, outrora concedidas indistintamente".

7.1 Brasileiro nato e naturalizado - diferenças

Cargos art. 12, § 3.º

Função art. 8.º, VII

Extradição art. 5.º, LI

Direito de propriedade art. 222

7.2 Cargos

Como salienta Pontes de Miranda, "alguns cargos a Constituição considerou privativos de brasileiros natos. A ratio legis está em que seria perigoso que interesses estranhos ao Brasil fizessem alguém naturalizar-se brasileiro, para que, em verdade, os representasse".

Nesta esteira, o legislador constituinte fixou dois critérios para a definição dos cargos privativos aos brasileiros natos: a chamada linha sucessória e a segurança nacional.

Assim, em relação à linha sucessória, temos que o art. 79 da Constituição Federal prevê que substituirá o Presidente, no caso de impedimento, e suceder-lhe-á, na vaga, o Vice-presidente. Da mesma forma, no art. 80, temos a determinação de que em caso de impedimento do Presidente e do Vice-presidente, ou vacância dos respectivos cargos, serão sucessivamente chamados ao exercício da presidência o presidente da Câmara dos Deputados; o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal (cuja presidência pode ser ocupada por qualquer dos Ministros).

No tocante à segurança nacional, devemos ter em mente as funções exercidas pelos diplomatas e oficiais das Forças Armadas, que em virtude de suas posições estratégicas nos negócios do Estado, mereceram maior atenção por parte do legislador constituinte.

Assim, são privativos de brasileiro nato os cargos: de Presidente e Vice-presidente da República; de Presidente da Câmara dos Deputados; de Presidente do Senado Federal, de Ministro do Supremo Tribunal Federal; da carreira diplomática; de oficial das Forças Armadas e de Ministro de Estado da Defesa²⁰⁵.

Apesar desta previsão constitucional em relação à carreira diplomática, ressalte-se que não há impedimento em relação ao brasileiro naturalizado ocupar o cargo de Ministro das Relações Exteriores, uma vez que o art. 87 da Constituição Federal não exige a condição de brasileiro nato aos ocupantes de cargos de ministros de Estado, salvo em relação ao titular do Ministério de Estado da Defesa, em virtude da redação dada pela EC n.º 23, promulgada em 2-9-1999.

Houve, portanto, redução dos cargos privativos de brasileiros natos, em relação à constituição anterior, que exigia essa condição aos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, ministros de Estado, ministros do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal Militar, do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Superior do Trabalho, do Tribunal Federal de Recursos, do Tribunal de Contas da União, Procurador-Geral da República, senador e deputado federal, Governador do Distrito Federal, Governador e Vice-governador de Estado e Território e seus substitutos, os de Embaixador e os das carreiras diplomáticas, de oficial da Marinha, do Exército e da Aeronáutica (CF/67, art. 145, parágrafo único).

²⁰⁵ Este último cargo privativo de brasileiros natos foi acrescentado pela EC n.º 23, promulgada em 2-9-1999.

A enumeração do texto é taxativa, não permitindo qualquer ampliação, por meio de legislação ordinária.

7.3 Função

A Constituição Federal, igualmente diferenciando o brasileiro nato do naturalizado, reserva aos primeiros (natos), seis assentos no Conselho da República.

O Conselho da República é órgão superior de consulta do Presidente da República, e dele participam: o Vice-Presidente da República; o Presidente da Câmara dos Deputados; o Presidente do Senado Federal; os líderes da maioria e da minoria na Câmara dos Deputados, os líderes da maioria e da minoria no Senado Federal; o Ministro da Justiça; seis cidadãos brasileiros natos, com mais de 35 anos de idade, sendo dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado Federal e dois eleitos pela Câmara dos Deputados, todos com mandato de três anos, vedada a recondução.

Note-se que tanto o brasileiro nato quanto o naturalizado têm acesso ao Conselho da República, porém esse sofre algumas restrições, pois, além das funções previstas para detentores de cargos exclusivos do brasileiro nato (Vice-Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados e do Senado Federal), a Constituição, reitera-se, reserva seis lugares nesse Conselho para cidadãos brasileiros natos.

O brasileiro naturalizado, porém, poderá fazer parte do Conselho da República, como líder da maioria e da minoria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal ou como Ministro da Justiça.

7.4 Extradicação

O tema referente à extradicação, inclusive sob o aspecto diferenciados entre brasileiro nato e naturalizado, foi exaustivamente tratado no capítulo destinado aos direitos e garantias individuais.

7.5 Direito de propriedade/manifestação de pensamento/informação

A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País²⁰⁶.

Dessa forma, a Constituição não exclui o brasileiro naturalizado dessa hipótese, tão-somente lhe exige contar com mais de 10 anos de naturalização.

8 PERDA DO DIREITO DE NACIONALIDADE

A perda da nacionalidade só pode ocorrer nas hipóteses taxativamente previstas na Constituição Federal, sendo absolutamente vedada a ampliação de tais hipóteses pelo legislador ordinário, e será declarada quando o brasileiro:

- tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional (ação de cancelamento de naturalização);
- adquirir outra nacionalidade (naturalização voluntária), salvo nos casos²⁰⁷:

²⁰⁶ A possibilidade de a pessoa jurídica ser proprietária foi introduzida pela EC n.º 36, de 28 de maio de 2002, que, porém, exige que pelo menos 70% do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverão pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação.

- a. de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira;
- b. de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em Estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis.

A Constituição de 1988 suprimiu uma terceira hipótese prevista anteriormente (CF/ 67-69, art. 146, II), pela qual perderia a nacionalidade o brasileiro que sem licença do Presidente da República, aceitasse comissão, emprego ou pensão de governo estrangeiro. Aqueles que tiverem perdido a nacionalidade brasileira em decorrência deste fato terão direito de readquiri-la com efeitos retroativos (*ex tunc*).

Por fim, apesar da ausência de previsão expressa da constituição, também haverá possibilidade de perda da nacionalidade, quando essa foi adquirida com fraude à lei, nos termos da legislação civil ordinária²⁰⁸. Como destaca Jacob Dolinger: "O Constituinte de 1988 entendeu que a fraude às leis sobre aquisição da nacionalidade equivale a qualquer outra fraude, podendo ficar sob a égide da lei ordinária, dizendo o Constituinte João Hermann Neto, em seu Relatório dos Trabalhos da Subcomissão Temática, que "não mencionou o parágrafo único do art. 146 que se refere à anulação por decreto do Chefe do Estado de aquisição de nacionalidade obtida em fraude à lei, que certamente virá a constar da legislação ordinária."

8.1 Ação de cancelamento de naturalização

Esta hipótese de perda da nacionalidade²⁰⁹, também conhecida como perda-punição, somente se aplica, obviamente, aos brasileiros naturalizados.

São previstos dois requisitos para que o brasileiro naturalizado perca sua nacionalidade, por meio de ação de cancelamento:

- prática de atividade nociva ao interesse nacional;
- cancelamento por sentença judicial com trânsito em julgado.

A ação é proposta pelo Ministério Público Federal, que imputará ao brasileiro naturalizado a prática de atividade nociva ao interesse nacional. Não há, porém, uma tipicidade específica na lei que preveja quais são as hipóteses de atividade nociva ao interesse nacional, devendo haver uma interpretação por parte do Ministério Público no momento da propositura da ação e do Poder Judiciário ao julgá-la.

Os efeitos da sentença judicial que decreta a perda da nacionalidade são *ex nunc*, ou seja, não são retroativos, somente atingindo a relação jurídica indivíduo-Estado, após seu trânsito em julgado.

Por fim, ressalte-se que uma vez perdida a nacionalidade somente será possível readquiri-la por meio de ação rescisória e nunca por novo procedimento de naturalização, pois estaria-se burlando a previsão constitucional.

8.2 Naturalização voluntária

²⁰⁷ Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão n.º 3, de 7-6-1994.

²⁰⁸ Verifica-se essa possibilidade, por exemplo, quando a aquisição da nacionalidade incidir em um dos vícios de consentimento previstos pela legislação civil. Cf. a respeito das características dos vícios de consentimento: SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 67 ss.

²⁰⁹ V. Lei n.º 818/49, arts. 24 a 34.

8.2.1 Regra constitucional

A segunda hipótese de perda da nacionalidade, também conhecida como perda-mudança, é aplicável tanto aos brasileiros natos quanto aos naturalizados. O brasileiro, em regra, perderá sua nacionalidade quando, voluntariamente, adquirir outra nacionalidade. Diferentemente da previsão anterior, nesta hipótese não haverá necessidade de processo judicial, pois a perda da nacionalidade será decretada por meio de processo administrativo e oficializada mediante Decreto do Presidente da República, garantida a ampla defesa²¹⁰.

São necessários três requisitos para que a previsão constitucional seja levada a termo:

- voluntariedade da conduta;
- capacidade civil do interessado;
- aquisição da nacionalidade estrangeira.

A mera formalização, perante o Estado estrangeiro, de pedido que vise à obtenção de sua nacionalização, não gera, por si só, a perda da nacionalidade, que supõe efetiva aquisição da nacionalidade estrangeira.

A perda será efetivada por meio de um procedimento administrativo no Ministério da Justiça.

Os efeitos do Decreto Presidencial que estabelece a perda da nacionalidade são ex nunc, ou seja, não são retroativos, atingindo somente a relação jurídica indivíduo-Estado, após sua edição.

O brasileiro nato ou naturalizado, que perde esta condição, em virtude do art. 12, § 4.º, II, da Constituição Federal, poderá readquiri-la, por meio dos procedimentos previstos de naturalização.

Mesmo na hipótese do brasileiro nato que se vê privado da nacionalidade originária, tornando-se, pois, estrangeiro, somente poderá haver a reaquisição sob forma derivada, mediante processo de naturalização, tornando-se brasileiro naturalizado²¹¹.

8.2.2 Exceções constitucionais

A Emenda Constitucional de Revisão n.º 3, de 7-6-1994, expressamente, passou a admitir duas hipóteses de dupla nacionalidade. Dessa forma, não será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que, apesar de adquirir outra nacionalidade, incidir em uma das seguintes hipóteses constitucionais:

Reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira. Assim, não perderá a nacionalidade o brasileiro que teve reconhecida outra nacionalidade por Estado estrangeiro, originariamente, em virtude do ius sanguinis. Por exemplo: é o caso da Itália que reconhece

²¹⁰ Após a decretação da perda da nacionalidade, a Justiça Eleitoral será comunicada para efeito de efetivação da automática perda dos direitos políticos. Cf. TSE - Pleno - Processo DP n.º 2.410/01 - CGE/DF - Protocolo: 14.921/01, Rel. Min. Garcia Vieira, Diário da Justiça, Seção I, 10 out. 2001, p. 95; TSE - Pleno - Processo DP n.º 2.418/01 - CGF/DF - Protocolo: 14.920/01, Diário da Justiça, Seção I, 10 out. 2001, p. 95; TSE - Pleno - Processo DP n.º 2.397/01 - CGE/DF - Protocolo: 14.939/01, Rel. Min. Garcia Vieira, Diário da Justiça, Seção I, 10 out. 2001, p. 95.

²¹¹ No sentido do texto: CARVALHO, Aluísio Dardeau de. Nacionalidade e... Op. cit. p. 288; MELLO FILHO, José Celso. Constituição... Op. cit. p. 406; MIRANDA, Pontes de. Comentários... Op. cit. p. 541; FERREIRA, Pinto. Comentários... Op. cit. v. 1, p. 282; REZEK, Francisco. A nacionalidade à luz da obra de Pontes de Miranda. RF, 263/7; DOLINGER, Jacob. Comentários... Op. cit. p. 164. Contra, entendendo que a reaquisição da nacionalidade (ex nunc) poderá ocorrer por decreto do Presidente da República (art. 36 da Lei n.º 818/49), desde que o ex-brasileiro esteja domiciliado no território nacional. Assim, se a condição originária era de brasileiro nato, voltará a ostentá-la, se por contrário, fosse brasileiro naturalizado, retornará a esta situação: SILVA, José Afonso. Curso... Op. cit. p. 297; VALLADÃO, Haroldo. Direito internacional privado. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980. p. 160; MARINHO, Ilmar Penna. Tratado do estrangeiro no Brasil. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1909. p. 867.

aos descendentes de seus nacionais a cidadania italiana. Os brasileiros descendentes de italianos que adquirem aquela nacionalidade, por meio do simples processo administrativo, não perderão a nacionalidade brasileira, uma vez que se trata de mero reconhecimento de nacionalidade originária italiana, em virtude do vínculo sangüíneo. Ostentarão, pois, dupla nacionalidade.

Imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em Estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis. Em relação à interpretação do art. 12, § 4.º, II, b, da Constituição Federal, é importante citar a decisão do Ministro da Justiça Nelson Jobim, que adota integralmente o parecer da Dr.^a Sandra Valle, Secretária de Justiça, "no sentido de que a perda da nacionalidade brasileira não deve ocorrer quando a aquisição da outra nacionalidade decorrer de imposição da norma estrangeira".

Trata-se de hipótese em que uma brasileira adquiriu, por naturalização, a nacionalidade norte-americana, tendo sido instaurada contra a mesma processo de perda de nacionalidade brasileira, pelo Consulado Geral do Brasil em New York. Ocorre que a brasileira trabalhava nos Estados Unidos desde o ano de 1975, tendo concluído curso de mestrado jurídico naquele país, além de ter contraído casamento com nacional americano, e necessitou adquirir a nacionalidade americana para seguir a carreira de promotora assistente da Promotoria de Justiça Federal dos Estados Unidos. Além disso, sua condição de estrangeira inviabilizaria eventual herança deixada por seu marido norte-americano, em face da excessiva tributação. Entendeu-se que a norma constitucional procura, "assim, preservar a nacionalidade brasileira daquele que, por motivos de trabalho, acesso aos serviços públicos, fixação de residência etc., praticamente se vê obrigado a adquirir a nacionalidade estrangeira, mas que, na realidade, jamais teve a intenção ou a vontade de abdicar de cidadania originária", concluindo que "a perda só deve ocorrer nos casos em que a vontade do indivíduo é de, efetivamente, mudar de nacionalidade, expressamente demonstrada".

7 DIREITOS POLÍTICOS

1 CONCEITO

É o conjunto de regras que disciplina as formas de atuação da soberania popular, conforme preleciona o caput do art. 14 da Constituição Federal. São direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no status *activae civitatis*, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania. Tradicional a definição de Pimenta Bueno: "...prerrogativas, atributos, faculdades, ou poder de intervenção dos cidadãos ativos no governo de seu país, intervenção direta ou indireta, mais ou menos ampla, segundo a intensidade do gozo desses direitos. São o *Jus Civitatis*, os direitos cívicos, que se referem ao Poder Público, que autorizam o cidadão ativo a participar na formação ou exercício da autoridade nacional, a exercer o direito de vontade ou eleitor, o direito de deputado ou senador, a ocupar cargos políticos e a manifestar suas opiniões sobre o governo do Estado".

Tais normas constituem um desdobramento do princípio democrático inscrito no art. 1.º, parágrafo único, que afirma todo o poder emanar do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.

2 DIREITOS POLÍTICOS

A soberania popular, conforme prescreve o art. 14, caput, da Constituição Federal, será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos e, nos termos da lei²¹², mediante: plebiscito; referendo; iniciativa popular. Podemos, igualmente, incluir como exercício da soberania e pertencente aos direitos políticos do cidadão: ajuizamento de ação popular e organização e participação de partidos políticos.

Assim, são direitos políticos:

- direito de sufrágio;
- alistabilidade (direito de votar em eleições, plebiscitos e referendos);
- elegibilidade;
- iniciativa popular de lei;
- ação popular;
- organização e participação de partidos políticos.

3 NÚCLEO DOS DIREITOS POLÍTICOS - DIREITO DE SUFRÁGIO

3.1 Conceituação

O direito de sufrágio é a essência do direito político, expressando-se pela capacidade de eleger e de ser eleito. Assim, o direito de sufrágio apresenta-se em seus dois aspectos:

- capacidade eleitoral ativa (direito de votar - alistabilidade)
- capacidade eleitoral passiva (direito de ser votado - elegibilidade).

É importante ressaltar que os direitos políticos compreendem o direito de sufrágio, como seu núcleo, e este, por sua vez, compreende o direito de voto.

Como explica José Afonso da Silva, "as palavras sufrágio e voto são empregadas comumente como sinônimos. A Constituição, no entanto, dá-lhes sentidos diferentes, especialmente, no seu artigo 14, por onde se vê que o sufrágio é universal e o voto é direto e secreto e tem valor igual. A palavra voto é empregada em outros dispositivos, exprimindo a vontade num processo decisório. Escrutínio é outro termo com que se confundem as palavras sufrágio e voto. É que os três se inserem no processo de participação do povo no governo, expressando: um, o direito (sufrágio), outro, o seu exercício (o voto), e o outro, o modo de exercício (escrutínio)".

O sufrágio "é um direito público subjetivo de natureza política, que tem o cidadão de eleger, ser eleito e de participar da organização e da atividade do poder estatal".

Dessa forma, por meio do sufrágio o conjunto de cidadãos de determinado Estado escolherá as pessoas que irão exercer as funções estatais, mediante o sistema representativo existente em um regime democrático.

3.2 Classificação

A doutrina classifica o sufrágio, em virtude de sua abrangência, em universal ou restrito (qualificativo).

²¹² Cf. Lei n.º 9.709, de 18 de novembro de 1998, que regulamentou o disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal.

O sufrágio é universal quando o direito de votar é concedido a todos os nacionais, independentemente de fixação de condições de nascimento, econômicas, culturais²¹³ ou outras condições especiais, não padecendo, como relembra Pedro Henrique Távora Niess, “do mal da discriminação, pois é conferido pela Constituição brasileira independentemente de solicitação econômica, qualificação pessoal ou qualquer outra exigência, não obstante condicionado ao preenchimento de certos requisitos, como é necessário”.

Ressalte-se que a existência de requisitos de forma (necessidade de alistamento eleitoral) e fundo (nacionalidade, idade mínima, por exemplo), não retiram a universalidade do sufrágio.

O sufrágio, por outro lado, será restrito quando o direito de voto é concedido em virtude da presença de determinadas condições especiais possuídas por alguns nacionais. O sufrágio restrito poderá ser censitário, quando o nacional tiver que preencher qualificação econômica²¹⁴ (renda, bens em), ou capacitário, quando necessitar apresentar alguma característica especial (natureza intelectual, por exemplo).

4 CAPACIDADE ELEITORAL ATIVA

A capacidade eleitoral ativa consiste em forma de participação da pessoa na democracia representativa, por meio da escolha de seus mandatários.

O direito de voto é o ato fundamental para o exercício do direito de sufrágio e manifesta-se tanto em eleições quanto em plebiscitos e referendos.

A aquisição dos direitos políticos faz-se mediante alistamento, que é condição de elegibilidade, assim, a qualificação de uma pessoa, perante o órgão da Justiça Eleitoral, inscrevendo-se como eleitor, garante-lhe o direito de votar.

No Brasil, o alistamento eleitoral depende da iniciativa do nacional que preencha os requisitos, não havendo inscrição ex officio por parte da autoridade judicial eleitoral.

O alistamento eleitoral consiste em procedimento administrativo, instaurado perante os órgãos competentes da Justiça Eleitoral, visando à verificação do cumprimento dos requisitos constitucionais e das condições legais necessárias à inscrição como eleitor.

O alistamento eleitoral e o voto são obrigatórios para os maiores de 18 anos; e, facultativos para os analfabetos, os maiores de 70 anos e os maiores de 16 e menores de 18 anos.

Além disso, a constituição determina que não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.

O conceito de conscrito estende-se aos médicos, dentistas, farmacêuticos e veterinários que prestam serviço militar obrigatório a teor da Lei n.º 5.292. Também aos que prestam serviço militar na condição de prorrogação de engajamento incidem restrições da Constituição Federal, com base no art. 14, § 2.º.

5 DIREITO DE VOTO

²¹³ Não foi com a CF/88 que os analfabetos adquiriram o direito de eleger seus representantes. Com a Emenda Constitucional n.º 25, de 15-5-1985, os analfabetos passaram a ter acesso, embora limitado, à cidadania. Puderam alistar-se como eleitores em qualquer eleição, e, nessa condição, passaram a exercer o direito de sufrágio, através do voto. Os analfabetos, contudo, permaneceram privados da capacidade eleitoral passiva, o que significa que não poderiam disputar qualquer cargo eletivo.

²¹⁴ Por exemplo: CF/1891, art. 70, § 1.º, item 1; CF/1934, art. 108, parágrafo único, c: expressamente excluíam os mendigos do direito de sufrágio.

O direito de sufrágio, no tocante ao direito de eleger (capacidade eleitoral ativa) é exercido por meio do direito de voto, ou seja, o direito de voto é o instrumento de exercício do direito de sufrágio.

5.1 Natureza do voto

O voto é um direito público subjetivo, sem, contudo, deixar de ser uma função política e social de soberania popular na democracia representativa. Além disso, aos maiores de 18 e menores de 70 anos é um dever; portanto, obrigatório.

Assim, a natureza do voto também se caracteriza por ser um dever sociopolítico, pois o cidadão tem o dever de manifestar sua vontade, por meio do voto, para a escolha de governantes em um regime representativo.

5.2 Caracteres do voto

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

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

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

OBRIGATORIEDADE FORMAL DO COMPARECIMENTO: em regra, existe a obrigatoriedade do voto, salvo aos maiores de 70 anos e aos menores de 18 e maiores de 16. Consiste em obrigar o cidadão ao comparecimento às eleições, assinando uma folha de presença e depositando seu voto na urna, havendo inclusive uma sanção (multa) para sua ausência. Em virtude, porém, de sua característica de secreto, não se pode exigir que o cidadão, efetivamente, vote.

LIBERDADE: manifesta-se não apenas pela preferência a um candidato entre os que se apresentam, mas também pela faculdade até mesmo de depositar uma cédula em branco na urna ou em anular o voto. Essa liberdade deve ser garantida, e, por esta razão, a obrigatoriedade já analisada não pode significar senão o comparecimento do eleitor, o depósito da cédula na urna e a assinatura da folha individual de votação. Como salienta Pedro Henrique Távora Niess, "em defesa da prevalência dessa liberdade, não passível de elisão pela renúncia - que a afetaria na essência, tornando-a extremamente vulnerável -, é que o Judiciário inadmita a validade do voto identificável".

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

O sigilo do voto deverá ser garantido mediante algumas providências legais, tais como: uso de cédulas oficiais, que impossibilitam o reconhecimento do eleitor; isolamento do eleitor em cabine indevassável, para assinalar, em segredo, o candidato de sua preferência; verificação da autenticidade da cédula oficial, à vista das rubricas dos mesários emprego de urna que assegure a inviolabilidade do sufrágio e seja suficientemente ampla para que não se acumulem as cédulas na ordem em que forem introduzidas pelo próprio eleitor, não se admitindo que outro o faça (Código Eleitoral, art. 103 do Código Eleitoral).

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

DIRETO: os eleitores elegerão, no exercício do direito de sufrágio, por meio do voto (instrumento), por si, sem intermediários, seus representantes e governantes. Discordamos de José Afonso da Silva que afirma que essa é uma regra sem exceções, pois a própria Constituição Federal prevê, excepcionalmente, no art. 81, § 2.º, uma espécie de eleição indireta para o cargo de Presidente da República. Assim, vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, nos últimos dois anos do período presidencial, far-se-á nova eleição para ambos os cargos, em 30 dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei.

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

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

6 PLEBISCITO E REFERENDO: EXERCÍCIO DO DIREITO DE VOTO²¹⁵

A Constituição Federal prevê expressamente que uma das formas de exercício da soberania popular será por meio da realização direta de consultas populares, mediante plebiscitos e referendos (CF, art. 14, caput), disciplinando, ainda, que caberá privativamente ao Congresso Nacional autorizar referendo e convocar plebiscitos (CF, art. 49), salvo, por óbvio, quando a própria Constituição expressamente determinar (por exemplo: art. 18, §§ 3.º e 4.º; art. 2.º, Ato Constitucional das Disposições Transitórias).

Em nosso ordenamento jurídico-constitucional essas duas formas de participação popular nos negócios do Estado divergem, basicamente, em virtude do momento de suas realizações.

Enquanto o plebiscito é uma consulta prévia que se faz aos cidadãos no gozo de seus direitos políticos, sobre determinada matéria a ser, posteriormente, discutida pelo Congresso Nacional²¹⁶, o referendo consiste em uma consulta posterior sobre determinado ato governamental para ratificá-lo, ou no sentido de conceder-lhe eficácia (condição suspensiva), ou, ainda, para retirar-lhe a eficácia (condição resolutiva)²¹⁷.

Saliente-se, novamente, que por se tratar de exercício da soberania, somente àqueles que detiverem capacidade eleitoral ativa será permitido participar de ambas as consultas.

7 ELEGIBILIDADE

7.1 Conceito

²¹⁵ A Lei n.º 9.709, de 18 de novembro de 1998, regulamentou a execução dos plebiscitos e referendos.

²¹⁶ O art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 9.709/98 definiu que "o plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido".

²¹⁷ O art. 2.º, § 2.º, da Lei n.º 9.709/98 definiu que "o referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição".

Elegibilidade é a capacidade eleitoral passiva consistente na possibilidade de o cidadão pleitear determinados mandatos políticos, mediante eleição popular, desde que preenchidos certos requisitos.

7.2 Condições

Não basta possuir capacidade eleitoral ativa (ser eleitor) para adquirir a capacidade eleitoral passiva (poder ser eleito). A elegibilidade adquire-se por etapas segundo faixas etárias (art. 14, § 3.º, VI, a até d).

Assim, para que alguém possa concorrer a um mandato eletivo, torna-se necessário que preencha certos requisitos gerais, denominados condições de elegibilidade, e não incida numa das inelegibilidades, que consistem em impedimentos à capacidade eleitoral passiva.

São condições de elegibilidade (Cf, art. 14, § 3.º):

- Nacionalidade brasileira ou condição de português equiparado: só o nacional e o português equiparado têm acesso ao alistamento, que é pressuposto necessário para a capacidade eleitoral passiva. A constituição, porém, reservou para alguns cargos (CF, art. 12, § 3.º) a exigência da nacionalidade originária.
- Pleno exercido dos direitos políticos: aquele que teve suspenso ou perdeu seus direitos políticos não exercerá a capacidade eleitoral passiva.
- Alistamento eleitoral: comprovado pela inscrição eleitoral obtida no juízo eleitoral do domicílio do alistando, e por parte do candidato, com o seu título de eleitor.
- Domicílio eleitoral na circunscrição: o eleitor deve ser domiciliado no local pelo qual se candidata, por período que será estabelecido pela legislação infraconstitucional.
- Filiação partidária: ninguém pode concorrer avulso sem partido político (CF, art. 17). A capacidade eleitoral passiva exige prévia filiação partidária, uma vez que a democracia representativa consagrada pela Constituição de 1988 inadmite candidaturas que não apresentem a intermediação de agremiações políticas constituídas na forma do art. 17 da Constituição Federal. Saliente-se que, em face da exigibilidade de filiação partidária para o exercício desse direito político (elegibilidade), há de ser assegurado a todos o direito de livre acesso aos partidos, sem possibilidade de existência de requisitos discriminatórios e arbitrários. Alguns países possibilitam a apresentação de candidaturas presidenciais diretamente aos cidadãos e não aos partidos (por exemplo: Constituição da República Portuguesa, art. 127).

Em relação aos partidos políticos, o art. 17 da Constituição Federal estabelece que é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa e observados os seguintes preceitos: caráter nacional; proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; prestação de contas à Justiça Eleitoral; funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

A lei ordinária fixará o prazo de filiação partidária antes do pleito eleitoral, a fim de que o cidadão tome-se elegível²¹⁸.

²¹⁸ Conforme decidiu o Tribunal Superior Eleitoral: "Magistrados e membros dos Tribunais de Contas, por estarem submetidos à vedação constitucional de filiação partidária, estão dispensados de cumprir o prazo de filiação fixado em lei ordinária, devendo satisfazer tal condição

Além disso, assegura-se aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias.

Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral, tendo direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

Por fim, a constituição veda a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

- Idade mínima: deverá ser atendido esse requisito na data do certame eleitoral e não do alistamento ou mesmo na do registro²¹⁹:

35 anos para presidente e vice-presidente da República e senador;

30 anos para governador e vice-governador de Estado e do Distrito Federal;

21 anos para deputado federal, deputado estadual ou distrital, prefeito, vice-prefeito e juiz de paz;

18 anos para vereador.

8 DIREITOS POLITICOS NEGATIVOS

8.1 Conceito

Os direitos políticos negativos correspondem às previsões constitucionais que restringem o acesso do cidadão à participação nos órgãos governamentais, por meio de impedimentos às candidaturas.

Dividem-se em regras sobre inelegibilidade e normas sobre perda e suspensão dos direitos políticos.

8.2 Inelegibilidades

A inelegibilidade consiste na ausência de capacidade eleitoral passiva, ou seja, da condição de ser candidato e, conseqüentemente, poder ser votado, constituindo-se, portanto, em condição obstativa ao exercício passivo da cidadania. Sua finalidade é proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou do abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta, conforme expressa previsão constitucional (art. 14, § 9.º).

A constituição estabelece, diretamente, vários casos de inelegibilidades no art. 14, §§ 4.º a 7.º, normas estas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, além de permitir que lei

de elegibilidade até seis meses antes das eleições, prazo de desincompatibilização estabelecido pela Lei Complementar n.º 64/90" (TSE - Pleno - Consulta n.º 353/DF - Rel. Min. Costa Leite, Diário da Justiça, Seção I, 21 out. 1997, p. 53.430).

²¹⁹ Sobre a idade mínima Resolução/TSE n.º 14.371, de 1994, sendo relator o Ministro Marco Aurélio, cujo v. acórdão teve a seguinte ementa: "Relativamente à elegibilidade, os precedentes desta Corte assentam que a idade mínima há que estar atendida na data do certame eleitoral e não do alistamento ou mesmo na do registro" - Resolução n.º 16.468, de 10-5-90, Rel. Min. Bueno de Souza, Diário da Justiça, 7 jun. 1990 e Acórdão n.º 4.617, prolatado no Recurso n.º 3.420-GO, Rel. Min. Antonio Neder, de 2 out. 1970, BE n.º 231, p. 219. Entendemos ser inconstitucional a norma prevista no § 2.º, do art. 11, da Lei n.º 9.504/97, que estabelece como prazo fatal para completar a idade mínima a data de posse, e não o momento da eleição, uma vez que as condições de elegibilidade devem ser verificadas no dia do pleito eleitoral, quando o eleitor escolherá seu candidato. A Constituição estabelece, claramente, o requisito da idade mínima como condição para que o candidato possa ser escolhido pelo eleitorado - fato esse que ocorre na data do pleito eleitoral -, e não como condição de posse (Cf. nesse mesmo sentido: NEISS, Pedro Henrique Távora. Direitos políticos. 2. ed. Bauru: Edipro, 2000. p. 95; NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro. Lineamentos de direito eleitoral. São Paulo: Síntese, 1996. p. 63. Contra o sentido do texto, afirmando a constitucionalidade da lei: CÂNDIDO, Joel J. Inelegibilidades no direito brasileiro. Bauru: Edipro, 1999. p. 95).

complementar estabeleça outros casos (CF, art. 14, § 9.º. A lei complementar correspondente é a LC n.º 64/90), com a mesma finalidade acima descrita.

8.3 Quadro de inelegibilidades

Inelegibilidade: Absoluta, Relativa

Absoluta - Inalistáveis, Analfabetos

Inalistáveis {Estrangeiros, Conscritos

Relativa - Motivos funcionais, Cônjuge/parentesco/afinidade, Militares, Legais

Motivos funcionais {para o mesmo cargo (reeleição), para outros cargos (desincompatibilização)

Cônjuge/parentesco/afinidade {Inelegibilidade reflexa

Militares {Menos de 10 anos de serviço, Mais de 10 anos de serviço

Legais {Lei Complementar n.º 64/90

8.4 Inelegibilidade absoluta

A inelegibilidade absoluta consiste em impedimento eleitoral para qualquer cargo eletivo. O indivíduo que se encontrar em uma das situações descritas pela Constituição Federal como de inelegibilidade absoluta não poderá concorrer a eleição alguma, ou seja, não poderá pleitear nenhum mandato eletivo. Refere-se, pois, à determinada característica da pessoa que pretende candidatar-se, e não ao pleito ou mesmo ao cargo pretendido.

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

São os seguintes casos:

- Inalistáveis: a elegibilidade tem como pressuposto a alistabilidade (capacidade eleitoral ativa); assim, todos aqueles que não podem ser eleitores, não poderão ser candidatos.
- Analfabetos: apesar da possibilidade de alistamento eleitoral e do exercício do direito de voto, o analfabeto não possui capacidade eleitoral passiva.

8.5 Inelegibilidade relativa

As inelegibilidades relativas, diferentemente das anteriores, não estão relacionadas com determinada característica pessoal daquele que pretende candidatar-se, mas constituem restrições à elegibilidade para certos pleitos eleitorais e determinados mandatos, em razão de situações especiais existentes, no momento da eleição, em relação ao cidadão.

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

A inelegibilidade relativa pode ser dividida em:

- por motivos funcionais;
- por motivos de casamento, parentesco ou afinidade;
- dos militares;
- previsões de ordem legal.

8.5.1 Por motivos funcionais

A. Para o mesmo cargo (CF, art. 14, § 5.º - com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 16, de 4-6-1997)

A Emenda Constitucional n.º 16, de 4-6-1997, alterou tradição histórica do direito constitucional brasileiro instituindo a possibilidade de reeleição para o chefe do Poder Executivo federal, estadual, distrital e municipal.

Desde a primeira Constituição republicana, de 24 de fevereiro de 1891, até a atual Constituição Federal, de 1988, o sistema político-constitucional brasileiro jamais admitiu a possibilidade do detentor de mandado executivo se candidatar a reeleição.

O art. 43 da Constituição de 1891 estabelecia que "o Presidente exercerá o cargo por quatro anos, não podendo ser reeleito para o período presidencial imediato". Comentando esse dispositivo, e defendendo o posicionamento do constituinte da época, Rui Barbosa colocava-se contra o instituto da reeleição e ensinava que "desde os tempos mais longínquos da evolução política da humanidade, uma das características da forma republicana começou a ser, com poucas exceções explicadas pela contingência accidental de certos factos ou meios sociais, a limitação, rigorosamente temporária, do poder do Chefe da Nação, contraposta a duração, ordinariamente por toda a vida humana, da supremacia do soberano nas Monarquias", para concluir que "desta noção tem resultado, não somente ser restricto a um curto prazo o termo de exercício da primeira magistratura, senão também vedar-se a reeleição do que ocupa, receiando-se que a faculdade contrária importe em deixar ao Chefe do Estado aberta a porta à perpetuidade no gozo da soberania".

Esse posicionamento foi seguindo por todas as demais previsões constitucionais.

A previsão da Constituição de 16 de julho de 1934, em seu art. 52, estabelecia que "o período presidencial durará um quadriennium, não podendo o Presidente da República ser reeleito senão quatro anos depois de cessada a sua função, qualquer que tenha sido a duração desta".

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, apesar de não se referir expressamente a possibilidade ou não de reeleição do Presidente da República, regulamentava nos arts. 82 ss a sucessão presidencial, estabelecendo que a única prerrogativa do Presidente em exercício seria indicar um candidato à eleição.

A vedação à reeleição do Presidente da República foi prevista, ainda, no art. 139, I, a, da Constituição de 18 de setembro de 1946 ("São também inelegíveis para Presidente da República o Presidente que tenha exercido o cargo por qualquer tempo, no período imediatamente anterior, e bem assim o Vice-presidente que lhe tenha sucedido ou quem dentro dos seis meses anteriores ao pleito, o haja substituído"), no art. 146, I, a, da Constituição de 24 de janeiro de 1967 ("São também inelegíveis para Presidente e Vice-presidente da República o Presidente que tenha exercido o cargo por qualquer tempo, no período imediatamente anterior; ou quem, dentro dos seis meses anteriores ao pleito, lhe haja sucedido ou o tenha substituído") e no art. 151, parágrafo único, da Emenda Constitucional n.º 01, de 17 de outubro de 1969, posteriormente transformado em § 1.º, a, pela Emenda Constitucional n.º 19, de 6 de agosto de 1981 ("... irrelegibilidade de quem haja exercido cargo de Presidente e de Vice-presidente da República, de Governador e de Vice-governador, de Prefeito e de Vice-prefeito, por qualquer tempo, no período imediatamente anterior").

Mesmo com a reabertura democrática, a idéia de reeleição dos mandatos executivos continuou sendo repelida pela doutrina constitucional brasileira, como percebe-se pelo texto do Anteprojeto Constitucional elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais - Comissão Afonso Arinos ("Comissão dos Notáveis"), entregue ao Presidente da República em 18-9-1986, que previa em seu art. 221 a seguinte redação: "O mandato do Presidente e do Vice-presidente da República é de seis anos, vedada a reeleição."

Dessa forma, a vedação à reeleição foi novamente consagrada pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, que proibia expressamente a reeleição em seus arts. 14, § 5.º ("São inelegíveis para os mesmos cargos, no período subsequente, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído nos seis meses anteriores ao pleito") e 82 ("O mandato do Presidente da República é de quatro anos, vedada a reeleição para o período subsequente, e terá início em 1.º de janeiro do ano seguinte ao de sua eleição" - redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão n.º 5, de 7-6-1994).

Tal tradição em nosso ordenamento constitucional visava não só afastar o perigo da perpetuidade da mesma pessoa na chefia da Nação, por meio de sucessivos mandatos, mas também evitar o uso da máquina administrativa por parte do Chefe do Executivo, na busca de novos mandatos.

Esse entendimento é seguido por inúmeros países, que vedam taxativamente a possibilidade da reeleição do Chefe do Executivo para o período seguinte, como, por exemplo, o art. 25 da Constituição Política da República do Chile, com a atual redação dada pelo artigo único da Lei de Reforma Constitucional n.º 19.295, de 4-3-1994, que expressamente veda a possibilidade de reeleição, determinando que o mandato do Presidente da República terá a duração de seis anos, não podendo ser reeleito para o período seguinte; e o art. 70 da Constituição da República da Coreia, de 12 de julho de 1948, emendada em outubro de 1987, estabelecendo que o mandato do Presidente da República será de cinco anos, sem direito à reeleição.

Outras constituições são ainda mais severas, pretendendo impedir drasticamente a perpetuidade no poder, como, por exemplo, a Constituição da República das Filipinas, de 15-10-1986, em seu art. VII, seção 4, estabelece que o Presidente e Vice-presidente da República serão eleitos para um mandato de seis anos, proibindo-se não só a reeleição, mas também que o Presidente ou qualquer pessoa que o houver sucedido por mais de quatro anos possam concorrer à qualquer eleição para o mesmo cargo, independente da sucessividade ou não dos mandatos.

Criticando a opção do legislador constituinte de 1988, que vedava a reeleição do chefe do Poder Executivo para o período sucessivo, Michel Temer salientava, em defesa da reeleição, que "a possibilidade da reeleição privilegia, assim, o princípio da participação popular porque confere ao povo a possibilidade de um duplo julgamento: o do programa partidário e do agente executor desse programa (chefe do Poder Executivo). Talvez por essa razão o sistema jurídico norte-americano autorize a reeleição. E ninguém pode dizer que ali não se pratica a democracia", e concluía fazendo um pedido: "Reeleição, portanto, e por um período, para Presidente, governadores e prefeitos."

Igualmente, salientávamos na 1.^a edição dessa obra que realmente não havia o que justificasse a vedação à reeleição, por um único período, para os cargos de Chefe do Poder Executivo Federal, Estadual, Distrital e Municipal, e afirmávamos que "não seduzindo o argumento da utilização da máquina administrativa a seu próprio favor, quando o mesmo pode ocorrer e, costumeira e lamentavelmente ocorre, a favor do candidato de seu partido político", para concluirmos que "a reeleição é democrática, e deve ser implementada, juntamente com a concessão de maiores mecanismos e instrumentos para a Justiça eleitoral e o Ministério Público coibirem o uso da máquina administrativa".

A Emenda Constitucional n.º 16, de 4-6-1997, portanto, veio alterar a disciplina histórica de inelegibilidades relativas, alterando o art. 14, § 5.º, que passou a ter a seguinte redação: "O presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente."

Importante ressaltar a espécie de reeleição adotada pela EC n.º 16/97, dentre as demais existentes em ordenamentos jurídicos comparados. O legislador reformador brasileiro, ao permitir a reeleição para um único período subsequente, manteve na Constituição Federal uma inelegibilidade relativa por motivos funcionais para o mesmo cargo, pois os chefes do Poder Executivo, Federal, Estadual, Distrital e Municipal, não poderão ser candidatos a um terceiro mandato sucessivo.

Note-se que não se proíbe constitucionalmente que uma mesma pessoa possa exercer três ou mais mandatos presidenciais, mas se proíbe a sucessividade indeterminada de mandatos. Assim, após o exercício de dois mandatos sucessivos, o Chefe do Poder Executivo não poderá ser candidato ao mesmo cargo, na eleição imediatamente posterior, incidindo sobre ele a inelegibilidade relativa por motivos funcionais para o mesmo cargo.

O ordenamento constitucional brasileiro não adotou a fórmula norte-americana sobre reeleição. O art. II, Seção 1, item 1 da Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, não fazia qualquer restrição à reeleição do Presidente e Vice-presidente da República, consagrando-se a plena e ilimitada possibilidade de mandatos sucessivos. Posteriormente, a Emenda Constitucional n.º 22, de 1951, introduziu a limitação à reeleição em uma única vez, prevendo que ninguém poderá ser eleito mais de duas vezes para o cargo de Presidente. Perceba-se que a vedação aplica-se a mandatos sucessivos ou não, proibindo-se que uma mesma pessoa possa ser Presidente da República por mais de dois mandatos. Essa previsão visa possibilitar uma maior e necessária alternância no poder. É o mesmo entendimento da Constituição austríaca, promulgada em 14-10-1920 e atualizada até a Lei Constitucional Federal n.º 491, de 27-11-1984, que estabelece em seu art. 60, item 5, a duração do mandato presidencial em seis anos, admitindo-se somente uma reeleição para o período presidencial seguinte.

A fórmula adotada pela Emenda Constitucional n.º 16, promulgada em 4-6-1997, assemelha-se com as previsões constitucionais argentina, portuguesa e chinesa, ao vedar-se mais de dois mandatos sucessivos. Note-se, somente, que enquanto a argentina autoriza, expressamente, a possibilidade de um terceiro mandato não sucessivo, as constituições portuguesa e chinesa, assim como a brasileira, simplesmente não proíbem que isso ocorra. Dessa forma, o art. 90 da Constituição da Nação Argentina, com a nova redação dada pelas reformas de 24-8-1994 e segundo a versão publicada em 10-1-1995, prevê a possibilidade de reeleição por um só período consecutivo. Expressamente, porém, admite a possibilidade

de um terceiro mandato presidencial, após o intervalo de um período. Quiroga Lavié, ao comentar o citado art. 90 da Constituição da Nação Argentina, aponta a não-adoção do sistema norte-americano, onde depois de uma reeleição o presidente não pode jamais ser reeleito, para a seguir concluir que no sistema argentino, desde que haja intervalo de um período, poderá haver um terceiro mandato.

A Constituição da República Portuguesa, aprovada em 2-4-1976, estabelece, em seu art. 126, item 1, a possibilidade de reeleição para um segundo mandato consecutivo, prevendo, expressamente, sua inadmissibilidade para um terceiro mandato consecutivo, ou ainda, durante o quinquênio imediatamente subsequente ao termo do segundo mandato consecutivo. Como salientam Canotilho e Moreira, "a proibição de reeleição para um terceiro mandato consecutivo visa evitar a permanência demasiado longa no cargo, com os riscos da pessoalização do poder, inerentes à eleição directa".

Igualmente, o art. 79 da Constituição da República Popular da China, de 4-12-1982, prevê que o presidente e vice-presidente não podem cumprir mais de dois mandatos consecutivos, não havendo, porém, qualquer vedação expressa impedindo um terceiro mandato, desde que não consecutivo.

Parece-nos que essa foi a regra adotada pela Constituição Federal brasileira a partir da Emenda Constitucional n.º 16, de 4-6-1997, diferenciando-se da já estudada norma norte-americana, mesmo porque, se a Constituição brasileira pretendesse impedir que uma mesma pessoa exercesse mais de dois mandatos na Chefia do Executivo, utilizar-se-ia da fórmula: "... poderão ser reeleitos para um único período", pois, dessa maneira, irrelevante seria a sucessividade ou não dos mandatos, e não da adotada pela EC n.º 16/ 97: "... poderão ser reeleitos para um único período subsequente".

Em conclusão, podemos apontar as seguintes características da introdução da reeleição à Chefia do Poder Executivo no ordenamento constitucional brasileiro:

- possibilidade expressa de reeleição para o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos para um único período subsequente.
- Permanência da inelegibilidade relativa por motivos funcionais para o mesmo cargo, na medida em que o art. 14, § 5.º, da Constituição Federal proíbe a possibilidade dos chefes do Poder Executivo Federal, Estadual, Distrital e Municipal candidatarem-se a um terceiro mandato sucessivo.
- Possibilidade implícita de uma mesma pessoa candidatar-se e, eventualmente, exercer por mais de três mandatos a Chefia do Executivo Federal, Estadual, Distrital e Municipal, desde que não sejam sucessivos. Assim, após o exercício de dois mandatos de Presidente da República, Governador de Estado ou do Distrito Federal ou Prefeito Municipal, haverá a obrigatoriedade do intervalo de um período, para que possa haver nova candidatura ao mesmo cargo.
- Plena elegibilidade do Vice-presidente da República, dos Vice-governadores dos Estados e do Distrito Federal e dos Vice-prefeitos aos mesmos cargos, para um único período subsequente.

É importante ressaltar, a fim de evitar-se futuras fraudes e inconstitucionalidades, as seguintes regras:

- Impossibilidade do Chefe do Poder Executivo, que esteja exercendo seu segundo mandato sucessivo, renunciar antes do término desse, no intuito de pleitear nova recondução para o período subsequente. A renúncia, por óbvio, seria válida, porém, não afastaria a inelegibilidade relativa por motivos funcionais para o mesmo cargo, prevista no art. 14, § 5.º, da CF, e que impediria um terceiro mandato consecutivo²²⁰.
- Impossibilidade daquele que foi titular de dois mandatos sucessivos na chefia do Executivo, vir a candidatar-se, no período imediatamente subsequente, à vice-chefia. Tal vedação decorre do próprio texto constitucional, pois o art. 79 prevê que o Vice-presidente substituirá o Presidente, no caso de impedimento, e suceder-lhe-á, no de vaga; regra essa que é seguida em nível estadual, distrital e municipal. Desta forma, haveria clara fraude à Constituição Federal, permitindo-se a possibilidade de uma mesma pessoa exercer três mandatos presidenciais sucessivos.

Na vigência do texto constitucional anterior à EC n.º 16/97 o Supremo Tribunal Federal confirmou decisão da Justiça Eleitoral, que considerou inelegível, para o cargo de vice-prefeito, quem exerceu o cargo de prefeito, no período imediatamente anterior; ainda que desincompatibilizado no prazo do art. 14, § 5.º, da Constituição Federal. Conforme ressaltado, não há o que se falar na impossibilidade de interpretar-se extensivamente norma restritiva de direito, mas na aplicação correta de regra de hermenêutica, a revelar e definir o exato sentido da norma, de molde a impedir que, por via indireta, viesse ele a frustrar-se, pois se acaso o novo Prefeito renunciasse e o vice assumisse a titularidade do Executivo, estar-se-ia burlando a regra que vedava a reeleição, pois estaria exercendo dois mandatos de Prefeito sucessivamente.

Certamente, com a alteração proposta pela Emenda Constitucional n.º 16/97, essa regra interpretativa do Supremo Tribunal Federal somente teria aplicação se aquele que pretendesse candidatar-se a Vice-prefeito já houvesse exercido dois mandatos sucessivos como Prefeito municipal, pois, conforme já analisado, haveria clara fraude à Constituição Federal, permitindo-se a possibilidade de uma mesma pessoa exercer três mandatos executivos sucessivos;

- Impossibilidade daquele que foi titular de dois mandatos sucessivos na chefia do Executivo vir a candidatar-se, durante o período imediatamente subsequente à eleição prevista no art. 81 da Constituição Federal, que determina que vagando os cargos de Presidente e Vice-presidente da República, far-se-á eleição direta, noventa dias depois de aberta a última vaga, ou eleição indireta pelo Congresso Nacional, trinta dias depois de aberta a última vaga, se a vacância ocorrer nos últimos dois anos do mandato presidencial. Essa vedação decorre da proibição de uma mesma pessoa exercer a chefia do Executivo por três mandatos sucessivos, pois, se eventualmente fosse eleito, estaria exercendo o terceiro mandato, sem que houvesse respeitado um período integral afastado da Chefia do Executivo.

Note-se, portanto, que apesar de inexistir regra expressa na Emenda Constitucional n.º 16, de 4-6-1997, semelhante ao art. 126 da Constituição da República portuguesa ("Não é admitida a reeleição para um terceiro mandato consecutivo, nem durante o quinquênio

²²⁰ Ressaltando a impossibilidade de três mandatos sucessivos, decidiu o Tribunal Superior Eleitoral que: "O titular do mandato executivo que renuncia, se eleito para o mesmo cargo, vindo assim, a exercê-lo no período imediatamente subsequente, não poderá, entretanto, ao término desse novo mandato, pleitear reeleição, porque do contrário, seria admitir-se, contra a letra do art. 14, § 5.º, da Constituição, o exercício do cargo em três períodos consecutivos" (TSE - Resolução n.º 20.114, de 10-3-98 - Consulta n.º 366 - Classe 5.ª - Distrito Federal - Rel. Min. Néri da Silveira, Diário da Justiça, Seção I, 3 jun. 1998, p. 63).

imediatamente subsequente ao termo do segundo mandato consecutivo. Se o Presidente da República renunciar ao cargo, não poderá candidatar-se nas eleições imediatas nem nas que se realizem no quinquênio imediatamente subsequente à renúncia”), será absolutamente inconstitucional qualquer tentativa daquele que foi titular de dois mandatos sucessivos de chefe do Poder Executivo, pleiteá-lo novamente no período imediatamente subsequente (atualmente de quatro anos em virtude da duração dos mandatos), seja ao pretender candidatar-se às eleições normais, seja ao pretender suceder o novo chefe do Executivo durante o exercício de seu mandato (CF, art. 81).

A.1 Reeleição e desincompatibilização

Importante opção adotada pela Emenda Constitucional n.º 16, de 4-6-1997, foi no tocante a inexistência de desincompatibilização do Chefe do Poder Executivo que pretenda candidatar-se à reeleição. A citada Emenda não exigiu ao titular de mandato executivo a necessidade de renunciar, ou mesmo de afastar-se temporariamente do cargo, para que pudesse concorrer a sua própria reeleição, demonstrando a nítida escolha pela ideia de continuidade administrativa.

O texto da Emenda Constitucional n.º 16, de 4-6-1997, guarda muita relação com o texto do substitutivo apresentado pelo relator da Revisão Constitucional de 1994, o então deputado federal, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim, que afastando diversos textos que exigiam a prévia renúncia dos detentores de cargo executivo, concluiu pela redação que permitia ao chefe do Executivo concorrer à reeleição no exercício do cargo. Salientava o então relator da Revisão Constitucional que "ora, admitindo-se a reeleição para cargos executivos, seria inconsistente manter-se a exigência de renúncia prévia... a exigência de renúncia prévia poderia originar uma perturbação desnecessária na continuidade administrativa... Em realidade, o instituto da reeleição é prática constante na maioria dos países democráticos, tais como os Estados Unidos e a França, sendo um prova da crença na maturidade da vontade da maioria, quando esta decide pela manutenção de uma administração bem-sucedida", para então concluir pela possibilidade de reeleição, por um período subsequente, dos titulares de cargos do Poder Executivo, permitindo-lhes concorrer no exercício do cargo.

Entendemos que essa opção do legislador reformador foi clara e consciente, não havendo possibilidade de aplicação do § 6.º do art. 14 da CF à presente hipótese, uma vez que se trata de outra espécie de inelegibilidade relativa, aplicável somente ao chefe do Executivo que pretenda candidatar-se a outros cargos²²¹. Nem tampouco nos parece correto qualquer interpretação no sentido de possibilitar-se, com fulcro no art. 14, § 9.º, da Constituição Federal, a edição de lei complementar que preveja a necessidade de desincompatibilização do Chefe do Executivo para candidatar-se à reeleição. O citado § 9.º, assim, como o § 6.º, ambos do art. 14, estabelecem outras hipóteses de inelegibilidades relativas, que não se confundem e nem podem ser confundidas com a hipótese descrita no § 5.º do citado artigo.

Ressalte-se que a própria redação do § 9.º do art. 14 deixa isso claro, ao afirmar que: "Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade...". Obviamente, essa lei

²²¹ Logicamente, nada obsta o chefe do Executivo a solicitar ao Poder Legislativo uma licença para poder concorrer à reeleição, ou mesmo, renunciar para esse fim. Nesse sentido decidiu o Tribunal Superior Eleitoral: "A renúncia do Presidente da República, dos Governadores de Estado ou do Distrito Federal e dos Prefeitos, ao respectivo mandato, seis meses antes do pleito, não os torna inelegíveis ao mesmo cargo, para o período imediatamente subsequente. A Constituição Federal não prevê como causa de inelegibilidade a renúncia ao mandato executivo" (TSE - Resolução n.º 20.114, de 10-3-98 - Consulta n.º 366 - Classe 5.ª - Distrito Federal - Rel. Min. Néri da Silveira, Diário da Justiça, Seção I, 3 jun. 1998, p. 63).

complementar deve estabelecer novas hipóteses, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta, e não regulamentar as hipóteses já previstas pelo próprio legislador constituinte nos parágrafos antecessores e que tratam de normas constitucionais de eficácia plena.

Importante, ainda, considerar a impossibilidade de qualquer interpretação que restrinja o exercício de um direito político expressamente previsto pela Constituição Federal, no caso a possibilidade de reeleição do Chefe do Executivo para um único mandato sucessivo, sem que haja expressa limitação pelo próprio texto constitucional.

Nesse sentido entendeu o Tribunal Superior Eleitoral, ao decidir: "Não se tratando, no § 5.º do art. 14 da Constituição, na redação da Emenda Constitucional n.º 16/1997, de caso de inelegibilidade, mas, sim de hipótese em que se garante a elegibilidade dos Chefes dos Poderes Executivos federal, estadual, distrital, municipal e dos que os hajam sucedido/substituído no curso dos mandatos, para o mesmo cargo, para um período subsequente, bem de entender é que não cabe exigir-lhe desincompatibilização para concorrer ao segundo mandato, assim constitucionalmente autorizado. Cuidando-se de caso de elegibilidade, somente a Constituição poderia, de expresso, estabelecer o afastamento no prazo por ela estipulado, como condição para concorrer à reeleição prevista no § 5.º do art. 14 da Lei Magna, na redação atual", concluindo mais adiante que: "Consulta que se responde, negativamente, quanto à necessidade de desincompatibilização dos titulares dos Poderes Executivos federal, estadual, distrital ou municipal, para disputarem a reeleição, solução que se estende aos Vice-presidente da República, Vice-governador de Estado e do Distrito Federal e Vice-prefeito."

Da mesma forma, entendendo pela desnecessidade de desincompatibilização dos Chefes do Poder Executivo Federal, Estadual, Distrital e Municipal, decidiu o Supremo Tribunal Federal em sede de ação direta de inconstitucionalidade, ao indeferir medida liminar em que se requeria a interpretação conforme a Constituição Federal do art. 14, § 5.º (redação dada pela Emenda Constitucional n.º 16/97), no sentido de que lhe fosse aplicado a necessária desincompatibilização prevista no § 6.º, do citado art. 14. Entendeu o Pretório Excelso "não ser possível interpretar a CF de modo a criar cláusula restritiva de direitos políticos não prevista, expressamente, no texto constitucional".

Reforça-se, pois, a idéia exposta supra, de necessidade de dotação da Justiça Eleitoral e do Ministério Público de instrumentos e mecanismos céleres e eficazes no combate ao uso da máquina administrativa, para que não vejamos consagrados métodos ilegais e imorais de utilização de dinheiro, funcionários, locais e maquinário públicos pelo Chefe do Executivo, no intuito de manter-se no cargo.

A.2. Vacância do cargo de chefe do poder executivo. Sucessão do vice e possibilidade de candidatura à reeleição para um único período subsequente

O art. 14, § 5.º, da Constituição Federal estabelece a possibilidade de reeleição para aquele que houver sucedido ou substituído o Chefe do Poder Executivo no curso dos mandatos, para um único período subsequente.

Essa norma deve ser interpretada de forma lógica e coerente com os demais preceitos constitucionais, bem como com o próprio instituto jurídico da reeleição.

Assim, tanto sob o prisma lógico quanto sob o prisma jurídico-constitucional, entendemos inexistir dúvida quanto à possibilidade de vice-Presidentes, vice-Governadores e vice-Prefeitos candidatarem-se ao cargo de Chefe do Executivo, para o período subsequente, independentemente de terem ou não substituído ou sucedido o Presidente, Governador ou Prefeito, no curso de seus mandatos²²²²²³.

Essa solução atende à lógica interpretativa constitucional, pois sendo função constitucional precípua do vice-Presidente substituir o Presidente, no caso de impedimento, e suceder-lhe, no de vacância (CF, art. 79), não haveria lógica no sistema eleitoral, disciplinado pela Carta Magna, em acarretar punição ao vice-Presidente, vice-Governador ou vice-Prefeito pelo exercício de sua missão constitucional, impedindo-o de disputar, no mandato subsequente, a chefia do Executivo. Tal consequência tornaria a figura da vice-presidência meramente decorativa e substitutiva, sem qualquer aspiração política de continuidade do programa da chapa eleita, para os próximos mandatos.

Dessa forma, por exemplo, o vice-Presidente que - no exercício de sua missão constitucional - substituir o Presidente da República, independentemente do momento de seu mandato, poderá candidatar-se à Chefia do Poder Executivo normalmente, inclusive podendo, posteriormente se eleito for, disputar sua própria reeleição à Chefia do Executivo.

Diversa, porém, será a hipótese do vice-Presidente, vice-Governadores e vice-Prefeitos que assumirem efetivamente o cargo de titular do Poder Executivo, em face de sua vacância definitiva.

Nesse caso, para fins de reeleição, deverão ser considerados como exercentes - de forma efetiva e definitiva - do cargo de Presidente, Governador ou Prefeito, podendo somente candidatar-se a um único período subsequente.

A interpretação da norma constitucional leva-nos à seguinte conclusão: veda-se o exercício efetivo e definitivo do cargo de Chefe do Poder Executivo por mais de dois mandatos sucessivos.

Portanto, se o vice-Chefe do Poder Executivo somente substituiu o titular, não houve exercício efetivo e definitivo do cargo para fins de reeleição, podendo ser candidato à chefia do Executivo e, se eventualmente eleito, poderá disputar sua própria reeleição.

Se, porém, o vice-Chefe do Poder Executivo, em face da vacância definitiva do titular, assumiu o cargo de forma efetiva e definitiva, para fins de reeleição, esse mandato deve ser computado como o primeiro, permitindo-se somente que dispute um único período subsequente, independentemente do tempo em que exerceu de forma definitiva o primeiro mandato. Não poderá, em consequência, se for eleito para o mandato subsequente, disputar sua própria reeleição, pois se eventualmente fosse vitorioso, estaria a exercer seu terceiro

²²² Conferir, nesse sentido: TSE - "Consulta. Vice candidato ao cargo de titular. 1. Vice-presidente da República, vice-governador de Estado ou do Distrito Federal ou vice-prefeito, reeleito ou não, pode se candidatar ao cargo do titular, mesmo tendo substituído aquele no curso do mandato. 2. Se a substituição ocorrer nos seis meses anteriores ao pleito, o vice, caso eleito para o cargo do titular, não poderá concorrer à reeleição.

²²³ O mesmo ocorrerá se houver sucessão, em qualquer tempo do mandato. 4. Na hipótese de o vice pretender disputar outro cargo que não o do titular, incidirá a regra do art. 1.º, § 2.º, da Lei Complementar n.º 64, de 1990. 5. Caso o sucessor postule concorrer a cargo diverso, deverá obedecer ao disposto no art. 14, § 6.º, da Constituição da República" (TSE - Resolução n.º 20.889 - Consulta n.º 689 - Classe 5.ª - Distrito Federal - Rel. Min. Fernando Neves, Diário da Justiça, Seção I, 14 dez. 2001, p. 205). No mesmo sentido: TSE - Consulta n.º 749/DF - Rel. Min. Fernando Neves, Diário da Justiça, Seção I, 22 mar. 2002, p. 157.

mandato efetivo e definitivo como Chefe do Poder Executivo, o que é vedado pela Constituição.

B. Para outros cargos (CF, art. 14, § 6.º)

São inelegíveis para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os governadores de Estado e do Distrito Federal e os prefeitos que não renunciarem aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito²²⁴.

Trata-se de norma disciplinadora da desincompatibilização dos Chefes do Poder Executivo. Conforme salienta Celso de Mello: "A exigência da desincompatibilização, que se atende pelo afastamento do cargo ou função, só existe para aqueles que, por força de preceito constitucional ou legal, forem considerados inelegíveis. Inexistindo a inelegibilidade, não há que se cogitar de desincompatibilização."

Assim, para que possam candidatar-se a outros cargos, deverá o Chefe do Poder executivo afastar-se definitivamente, por meio da renúncia.

O Tribunal Superior Eleitoral entende que o Vice-presidente, o Vice-Governador e o Vice-Prefeito poderão candidatar-se a outros cargos preservando os seus mandatos respectivos, desde que, nos seis meses anteriores ao pleito não tenham sucedido ou substituído o titular²²⁵.

Importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal admitiu a elegibilidade de ex-prefeito municipal do município-mãe que, renunciando seis meses antes do pleito eleitoral, candidatou-se a prefeito do município-desmembrado.

8.5.2 Por motivos de casamento, parentesco ou afinidade²²⁶

Ressalte-se que a EC n.º 16/97 (reeleição) não alterou em nada a disciplina jurídico-constitucional das inelegibilidades reflexas, decorrentes de casamento, parentesco ou afinidade (TSE - Pleno - Consultas n.ºs 341/DF e 347/DF - Rel. Min. Costa Leite, Diário da Justiça, Seção 1, 23 out. 1997, p. 53.880). Conferir, ainda: TSE - Pleno - Consulta n.º 398 - Classe 5.ª - Distrito Federal (Brasília) - Rel. Min. Costa Porto, Diário da Justiça, Seção I, 4 maio 1998, p. 66.

²²⁴ Essa inelegibilidade aplica-se a qualquer cargo eletivo, inclusive a suplente de Senador, conforme decidiu o TSE: "EMENTA - Inelegibilidade. Prefeito candidato a suplente de Senador. É inelegível para suplente de Senador o prefeito que não tiver renunciado ao mandato 'até seis meses antes do pleito'. Aplicação do disposto aos arts. 14, § 6.º, da Constituição e 1.º, § 1.º da Lei Complementar n.º 64/90" (TSE - Consulta n.º 364 - Classe 5.ª - Distrito Federal (Brasília) - Rel. Min. Nilson Naves - Diário da Justiça, Seção I, 4 mar. 1998, p. 26).

²²⁵ TSE - Consulta n.º 112 - Distrito Federal - Brasília - Resolução n.º 19.491 (28-3-96) - Rel. Min. Minar Galvão, Diário da Justiça, Seção I, 26 abr. 1996, p. 13.170. No mesmo sentido: "Ementa: Consulta. Vice-presidente da República, Vice-Governadores dos Estados e do Distrito Federal e Vice-Prefeitos Municipais podem candidatar-se a outros cargos estando no pleno exercício de seus mandatos, desde que não venham a substituir ou suceder os titulares nos seis meses anteriores ao pleito (§ 2.º, do art. 1.º da LC 64/90)" - (TSE - Consulta n.º 397 - Classe 5.ª - Distrito Federal (Brasília) - Resolução n.º 20.144 - Rel. Min. Eduardo Alckim, Diário da Justiça, Seção I, 9 abr. 1998, p. 4). E, ainda, "O Vice-Prefeito que não substituiu o Prefeito nos seis meses anteriores ao pleito pode candidatar-se a Prefeito sem perda do mandato exercido. Se o sucedeu, em qualquer tempo, é inelegível para o mesmo cargo" (TSE - Consulta n.º 115 - Distrito Federal - Brasília - Resolução n.º 19.507 (16-4-96) - Rel. Min. Ilmar Galvão, Diário da Justiça, Seção I, 10 maio 1996, p. 15.167).

²²⁶ TSE - Consulta n.º 112 - Distrito Federal - Brasília - Resolução n.º 19.491 (28-3-96) - Rel. Min. Minar Galvão, Diário da Justiça, Seção I, 26 abr. 1996, p. 13.170. No mesmo sentido: "Ementa: Consulta. Vice-presidente da República, Vice-Governadores dos Estados e do Distrito Federal e Vice-Prefeitos Municipais podem candidatar-se a outros cargos estando no pleno exercício de seus mandatos, desde que não venham a substituir ou suceder os titulares nos seis meses anteriores ao pleito (§ 2.º, do art. 1.º da LC 64/90)" - (TSE - Consulta n.º 397 - Classe 5.ª - Distrito Federal (Brasília) - Resolução n.º 20.144 - Rel. Min. Eduardo Alckim, Diário da Justiça, Seção I, 9 abr. 1998, p. 4). E, ainda, "O Vice-Prefeito que não substituiu o Prefeito nos seis meses anteriores ao pleito pode candidatar-se a Prefeito sem perda do mandato exercido. Se o sucedeu, em qualquer tempo, é inelegível para o mesmo cargo" (TSE - Consulta n.º 115 - Distrito Federal - Brasília - Resolução n.º 19.507 (16-4-96) - Rel. Min. Ilmar Galvão, Diário da Justiça, Seção I, 10 maio 1996, p. 15.167).

São inelegíveis, no território de circunscrição (a Constituição Federal usa a terminologia jurisdição) do titular; o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição. É a denominada inelegibilidade reflexa.

Como o próprio texto constitucional expressamente prevê, a inelegibilidade reflexa incide sobre os cônjuges, parentes e afins dos detentores de mandatos eletivos executivos, e não sobre seus auxiliares (Ministros, Secretários de Estado ou do Município). Assim, já decidiu o Tribunal Superior Eleitoral que a norma constitucional não inclui a inelegibilidade dos parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, de Ministros de Estado.

A norma constitucional traz duas regras para a inelegibilidade reflexa: uma como norma geral e proibitiva e outra como norma excepcional e permissiva.

- Norma geral e proibitiva: a expressão constitucional no território da jurisdição significa que o cônjuge, parentes e afins até segundo grau do prefeito municipal não poderão candidatar-se a vereador e/ou prefeito do mesmo município; o mesmo ocorrendo no caso do cônjuge, parentes ou afins até segundo grau do governador; que não poderão candidatar-se a qualquer cargo no Estado (vereador ou prefeito de qualquer município do respectivo Estado; deputado estadual e governador do mesmo Estado; e ainda, deputado federal e senador nas vagas do próprio Estado, pois conforme entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, "em se tratando de eleição para deputado federal ou senador; cada Estado e o Distrito Federal constituem uma circunscrição eleitoral"); por sua vez, o cônjuge, parentes e afins até segundo grau do Presidente, não poderão candidatar-se a qualquer cargo no país. Aplicando-se as mesmas regras àqueles que os tenham substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito.

Ressalte-se, ainda, que essa inelegibilidade não se aplica à viúva do Chefe do Poder Executivo, pois, com a morte, dissolve-se a sociedade conjugal, não mais se podendo considerar cônjuge a viúva.

Com base na inelegibilidade reflexa, no caso de ocorrência de criação de Município por desmembramento (CF, art. 18, § 4.º), o irmão do prefeito do Município-mãe não poderá candidatar-se a Chefe do Executivo do Município recém-criado, pois como salientou o Supremo Tribunal Federal, "o regime jurídico das inelegibilidades comporta interpretação construtiva dos preceitos que lhe compõem a estrutura normativa. Disso resulta a plena validade da exegese que, sorteada por parâmetros axiológicos consagrados pela própria Constituição, visa a impedir que se formem grupos hegemônicos nas instâncias políticas locais. O primado da idéia republicana - cujo fundamento ético-político repousa no exercício do regime democrático e no postulado da igualdade - rejeita qualquer prática que possa monopolizar o acesso aos mandatos eletivos e patrimonializar o poder governamental, comprometendo, desse modo, a legitimidade do processo eleitoral".

Da mesma forma, será inelegível para o mandato de Chefe do Poder Executivo alguém que vive maritalmente com o Chefe do Poder Executivo, ou mesmo com seu irmão (afim de 2.º grau), pois a Constituição Federal estende o conceito de entidade familiar, nos termos do art. 226, § 3.º. O mesmo ocorrendo no caso de casamento religioso, pois "no casamento

eclesiástico há circunstâncias especiais, com características de matrimônio de fato, no campo das relações pessoais e, às vezes, patrimoniais, que têm relevância na esfera da ordem política, a justificar a incidência da inelegibilidade".

- Norma excepcional e permissiva: no caso do cônjuge, parente ou afim já possuir mandato eletivo, não haverá qualquer impedimento para que pleiteie a reeleição, ou seja, candidate-se ao mesmo cargo, mesmo que dentro da circunscrição de atuação do chefe do Poder Executivo. Note-se que a exceção constitucional refere-se à reeleição para o mesmo cargo na mesma circunscrição eleitoral. A título exemplificativo, o cônjuge, parente ou afim até segundo grau de Governador de Estado somente poderá disputar a reeleição para Deputado Federal ou Senador por esse Estado se já for titular desse mandato nessa mesma circunscrição. Caso, porém, seja titular do mandato de Deputado Federal ou Senador por outro Estado e pretenda, após transferir seu domicílio eleitoral, disputar novamente as eleições à Câmara dos Deputados ou ao Senado Federal pelo Estado onde seu cônjuge, parente ou afim até segundo grau seja Governador do Estado, incidirá a inelegibilidade reflexa (CF, art. 14, § 7.º), uma vez que não se tratará juridicamente de reeleição, mas de uma nova e primeira eleição para o Congresso Nacional por uma nova circunscrição eleitoral.

Nesse sentido decidiu o Egrégio Tribunal Superior Eleitoral, afirmando que "O conceito de reeleição de Deputado Federal ou de Senador implica renovação do mandato para o mesmo cargo, por mais um período subsequente, no mesmo Estado ou no Distrito Federal, por onde se elegeu. Se o parlamentar federal transferir o domicílio eleitoral para outra Unidade da Federação e, aí, concorrer, não cabe falar em reeleição, que pressupõe pronunciamento do corpo de eleitores da mesma circunscrição, na qual, no pleito imediatamente anterior se elegeu.

Se o parlamentar federal, detentor de mandato por uma Unidade Federativa, transferir o domicílio eleitoral para Estado diverso ou para o Distrito Federal, onde cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, até o segundo grau, ou por adoção, seja Governador, torna-se inelegível, no território da respectiva jurisdição, por não se encontrar, nessas circunstâncias, em situação jurídica de reeleição, embora titular de mandato."

8.5.2.1 Inelegibilidade reflexa e renúncia do detentor de mandato executivo

A Súmula 6 do Tribunal Superior Eleitoral ("É inelegível para o cargo de Prefeito, o cônjuge e os parentes indicados no § 7.º do art. 14 da Constituição, do titular do mandato, ainda, que este haja renunciado ao cargo há mais de seis meses do pleito"), não concedendo qualquer efeito a renúncia do titular do mandato Executivo para fins de afastamento da inelegibilidade reflexa, mantinha a impossibilidade da candidatura de seu cônjuge e parentes ou afins até segundo grau para o idêntico cargo de chefe do Executivo.

Essa previsão não se aplicava para todas as candidaturas a outros mandatos eletivos, mas somente ao mesmo cargo de Chefe do Executivo.

A nova interpretação do Tribunal Superior Eleitoral, porém, afastou a incidência da Súmula 6, igualando a situação da renúncia do Chefe do Executivo seis meses antes do término do mandato para todas as eventuais candidaturas de seu cônjuge, parentes ou afins até segundo grau.

Dessa forma, se o chefe do Executivo renunciar seis meses antes da eleição, seu cônjuge e parente ou afins até segundo grau poderão candidatar-se a todos os cargos eletivos,

inclusive à chefia do Executivo até então por ele ocupada, desde que esse pudesse concorrer a sua própria reeleição, afastando-se totalmente a inelegibilidade reflexa²²⁷.

Assim, ampliou-se o entendimento anterior do Tribunal Superior Eleitoral ao afirmar que, "somente com o afastamento do titular do cargo eletivo do Poder Executivo, seis meses antes do pleito, ficam elegíveis o cônjuge e os parentes, consangüíneos ou afins", pois a renúncia do chefe do Poder Executivo, nos seis meses anteriores à eleição, somente produzirá efeitos de afastamento da inelegibilidade reflexa, para a disputa de cargos eletivos diversos daquele renunciado pelo titular do mandato. Assim, por exemplo, irmão do Governador do Estado poderá candidatar-se a Deputado Federal, Senador da República ou Prefeito de município, desde que haja renúncia do Governador nos seis meses anteriores ao pleito eleitoral.

8.5.3 Militar

O militar é alistável, podendo ser eleito, conforme determina o art. 14, § 8.º. Ocorre, porém, que o art. 142, § 3.º, V, da Constituição Federal proíbe aos membros das Forças Armadas, enquanto em serviço ativo, estarem filiados a partidos políticos. Essa proibição, igualmente, se aplica aos militares dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, em face do art. 42, § 1.º²²⁸.

Como solucionar este aparente conflito constitucional: a necessidade do militar estar filiado a partido político para exercer sua capacidade eleitoral passiva (CF, art. 14, § 3.º, V), garantida pelo art. 14, § 8.º, da CF e a impossibilidade de filiar-se a partidos políticos enquanto em serviço ativo?

O assunto já foi reiteradamente julgado pelo Tribunal Superior Eleitoral, na vigência da antiga redação do art. 42, § 6.º, substituído pela EC n.º 18/98, por semelhante redação pelos atuais arts. 42, § 1.º e 142, § 3.º, V, onde se indica "como suprimento da prévia filiação partidária, o registro da candidatura apresentada pelo partido e autorizada pelo candidato"²²⁹. Assim, do registro da candidatura até a diplomação do candidato ou seu regresso às Forças Armadas, o candidato é mantido na condição de agregado, ou seja, afastado temporariamente, caso conte com mais de dez anos de serviço, ou ainda, será afastado definitivamente, se contar com menos de dez anos.

Fixada esta premissa, a Constituição Federal determina que o militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições:

- se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade;
- se contar mais de dez anos, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

8.5.4 Previsões de ordem legal

A Constituição Federal, no § 9.º, do art. 14, autorizou a edição de lei complementar (LC n.º 64/90 e LC n.º 81/94) para dispor sobre outros casos de inelegibilidades e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do

²²⁷ "Elegibilidade. Cônjuge. Chefe do Poder Executivo. Art. 14, § 7.º da Constituição. O cônjuge do chefe do Poder Executivo é elegível para o mesmo cargo do titular, quando este for elegível e tiver renunciado até seis meses antes do pleito" (TSE - Acórdão n.º 19.442, decisão: 21-8-01).

²²⁸ Ambos os artigos com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 18, de 5 de fevereiro de 1998.

²²⁹ Acórdão TSE n.º 11.314.

mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou do abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

A lei complementar é a única espécie normativa autorizada constitucionalmente a disciplinar a criação e estabelecer os prazos de duração de outras inelegibilidades relativas, sendo-lhe vedado a criação de inelegibilidade absoluta, pois estas são previstas taxativamente pela própria Constituição.

Existe, portanto, uma autêntica reserva de Lei Complementar, e, conseqüentemente, qualquer outra lei, regulamento, regimento, portaria ou resolução que verse o assunto será inconstitucional, por invasão de matéria própria e exclusiva daquela espécie normativa²³⁰.

9 PRIVAÇÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS

O cidadão pode ser privado, definitiva ou temporariamente, de seus direitos políticos, em face de hipóteses taxativamente previstas no texto constitucional.

A Constituição Federal não aponta as hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos, porém a natureza, forma e, principalmente, efeitos das mesmas possibilitam a diferenciação entre os casos de perda e suspensão.

O art. 15 da Constituição Federal estabelece ser vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; incapacidade civil absoluta; condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5.º, inc. VIII, e improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4.º.

Ocorrendo uma das hipóteses previstas na Constituição Federal, o fato deverá ser comunicado ao Juiz Eleitoral competente, que determinará sua inclusão no sistema de dados, para que aquele que estiver privado de seus direitos políticos seja definitivamente (perda), seja temporariamente (suspensão), não figure na folha de votação.

A privação dos direitos políticos, seja nas hipóteses de perda seja nas de suspensão, engloba a perda do mandato eletivo, determinando, portanto, imediata cessação de seu exercício. Note-se que, no caso de tratar-se de parlamentares federais, a própria Constituição Federal regulamenta o mecanismo da perda do mandato, afirmando em seu art. 55, § 3.º, que perderá o mandato o Deputado ou Senador que perder ou tiver suspensos os direitos políticos, por declaração da Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada a ampla defesa. Essa previsão somente não é aplicável na hipótese de suspensão dos direitos políticos por condenação criminal em sentença transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos, como será analisado no item 9.2.2.

Aquele que estiver com sua inscrição cancelada, por ter perdido seus direitos políticos, ou suspensa, por estar com seus direitos políticos suspensos, cessado o motivo ensejador da privação, poderá regularizar sua situação junto à Justiça Eleitoral²³¹.

²³⁰ Conforme ensina o Tribunal Superior Eleitoral: "Legislar sobre matéria de inelegibilidade é da competência privativa da União Federal e somente pode ser regulada por lei complementar federal (Constituição Federal, art. 14, § 9.º c/c art. 22, I)" - (TSE - Consulta n.º 397 - Classe 5.ª - Distrito Federal (Brasília) - Resolução n.º 20.144 - Rel. Min. Eduardo Alckim, Diário da Justiça, Seção I, 9 abr. 1998, p. 4).

²³¹ Cf. Título III - Da perda e da suspensão de direitos políticos - Tribunal Superior Eleitoral Resolução n.º 19.875, de 12-6-1997, modificada pela Resolução n.º 19.975, de 23-9-1997.

9.1 Perda

A perda dos direitos políticos configura a privação definitiva dos mesmos e ocorre nos casos de cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado e recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5.º, VIII, da Constituição Federal.

9.1.1 Cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional (CF, art. 12, § 4.º)

A hipótese de perda da nacionalidade brasileira por esse motivo já foi estudada anteriormente. Como consequência desta perda, o indivíduo retorna à situação de estrangeiro perdendo os direitos políticos, pois o atributo da cidadania é próprio dos que possuem nacionalidade. Somente o Poder Judiciário (Justiça Federal, art. 109, X, da CF) poderá decretar a perda dos direitos políticos nessa hipótese.

9.1.2 Escusa de consciência

O art. 5.º, inciso VIII, prevê que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei. A Lei n.º 8.239, de 4-10-1991, regulamentada pela Portaria n.º 2.681, de 28-7-1992 (fundamentada no § 1.º do art. 143 da CF): "Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar", previu as obrigações alternativas para o caso de serviço militar obrigatório.

Assim, para que haja perda dos direitos políticos deverão estar presentes os dois requisitos:

- descumprimento de uma obrigação a todos imposta;
- recusa à realização de uma prestação alternativa fixada em lei: caso não tenha sido editada a lei regulamentando a prestação alternativa, não há possibilidade do cidadão ser afetado em seus direitos políticos por inércia estatal. Dessa forma, ficará aguardando a edição legislativa.

Diferentemente da constituição anterior, onde havia expressa previsão da competência do Presidente da República para decretar a perda dos direitos políticos nessa hipótese (CF/67-69, art. 144, § 2.º), a atual silenciou a respeito.

Analisando a questão, José Afonso da Silva entende que se a Constituição não autorizou o Presidente da República a fazê-lo, "só resta ao Poder Judiciário, único que tem poder para dirimir a questão, em processo suscitado pelas autoridades federais em face de caso concreto", esta competência.

Data venia desse entendimento, concordamos com Fávila Ribeiro, para quem "o legislador constituinte deixando de estabelecer, cedeu à lei federal, com base no art. 22, XIII, da Constituição Federal, a competência para regular esse procedimento".

Mesmo porque, lembre-se que no caso de perda da nacionalidade por naturalização voluntária (CF, art. 12, § 4.º, II), e consequente perda dos direitos políticos, é competente a autoridade administrativa, como já visto.

A Lei n.º 8.239, de 4-10-1991, que regulamentou o art. 143, § 1.º, da Constituição Federal, acolhendo esse entendimento, determina que a recusa ou cumprimento incompleto do serviço alternativo, sob qualquer pretexto, por motivo de responsabilidade pessoal do convocado, implicará o não-fornecimento do certificado correspondente, pelo prazo de dois anos após o vencimento do período estabelecido. Findo o prazo previsto no parágrafo anterior, o certificado só será emitido após a decretação, pela autoridade administrativa competente, da suspensão dos direitos políticos do inadimplente, que poderá, a qualquer tempo, regularizar sua situação mediante cumprimento das obrigações devidas. Apesar da lei referir-se à suspensão, trata-se de perda, pois não configura uma sanção com prazo determinado para terminar. O que a lei possibilita é a reaquisição dos direitos políticos, a qualquer tempo, mediante o cumprimento das obrigações devidas²³².

9.1.3 Outros casos de perda

Tanto a perda quanto a suspensão dos direitos políticos, como já ressaltado, somente poderão ocorrer nos casos taxativamente previstos na Constituição. Logicamente, não necessariamente nas previsões do art. 15, como é o caso da hipótese prevista no art. 12, § 4.º, II. Assim, determina essa norma legal que será declarada a perda da nacionalidade brasileira administrativamente, quando a pessoa adquirir outra nacionalidade por naturalização voluntária. Como consequência desta alteração em sua condição jurídica, tornando-se estrangeiro, por óbvio não mais terá direitos políticos no Brasil.

O mesmo ocorrerá nas hipóteses em que o procedimento de naturalização vier a ser anulado judicialmente por vício de consentimento no ato jurídico (erro, dolo, coação, fraude ou simulação). A pessoa retornará à condição de estrangeiro, deixando, pois, de ostentar direitos políticos perante o ordenamento brasileiro.

9.2 Suspensão

A suspensão dos direitos políticos caracteriza-se pela temporariedade da privação dos direitos políticos e ocorre nas seguintes hipóteses: incapacidade civil absoluta; condenação criminal com trânsito em julgado, enquanto durarem seus efeitos; improbidade administrativa.

9.2.1 Incapacidade civil absoluta

Um dos efeitos secundários da sentença judicial que decreta a interdição é a suspensão dos direitos políticos. Assim, basta a decretação da interdição do incapaz, nos termos dos arts. 446 e 462 do Código Civil, nas hipóteses do art. 5.º do referido diploma legal, para que decorra, como efeito secundário e específico da sentença judicial, a suspensão dos direitos políticos, enquanto durarem os efeitos da interdição.

9.2.2 Condenação criminal com trânsito em julgado enquanto durarem seus efeitos

Todos os sentenciados que sofrerem condenação criminal com trânsito em julgado estarão com seus direitos políticos suspensos até que ocorra a extinção da punibilidade, como consequência automática e inafastável da sentença condenatória. A duração dessa suspensão cessa com a já citada ocorrência da extinção da punibilidade, seja pelo cumprimento da pena, seja por qualquer outras das espécies previstas no Código Penal,

²³² Nesse sentido, conferir decisão do Tribunal Superior Eleitoral: "O nominado eximiu-se de prestar o serviço militar obrigatório em razão de convicção religiosa (Atestado - fls. 10), pelo que a regularização de sua situação eleitoral somente poderá ser deferida após ser promovida a quitação de suas obrigações para com o serviço militar e requerida ao Ministério da Justiça a reaquisição de seus direitos políticos" (TSE - Pleno - Processo DP n.º 2.420/01 - CGE/RJ - Protocolo: 14.012/01, Rel. Min. Garcia Vieira, Diário da Justiça, Seção I, 10 out. 2001, p. 95).

independentemente de reabilitação ou de prova de reparação de danos (Súmula 9 do TSE: "A suspensão de direitos políticos decorrente de condenação criminal transitada em julgado cessa com o cumprimento ou a extinção da pena, independentemente de reabilitação ou de prova de reparação dos danos").

Os requisitos para a ocorrência dessa hipótese de suspensão dos direitos políticos são:

- condenação criminal com trânsito em julgado: O art. 15, inciso III, da Constituição Federal é auto-aplicável, sendo consequência direta e imediata da decisão condenatória transitada em julgado, não havendo necessidade de manifestação expressa a respeito de sua incidência na decisão condenatória e prescindindo-se de quaisquer formalidades. Assim, a condenação criminal transitada em julgado acarreta a suspensão de direitos políticos pelo tempo em que durarem seus efeitos, independentemente de estar em curso ação de revisão criminal.

Não transitada em julgado a sentença condenatória, pode ser concedido o registro do candidato, uma vez que a suspensão dos direitos políticos prevista pelo inciso III, do art. 15, da Constituição Federal, ainda não terá incidência. O disposto no art. 15, inciso III, da Constituição Federal, ao referir-se ao termo "condenação criminal transitada em julgado" não distingue quanto ao tipo de infração penal cometida, abrangendo não só aquelas decorrentes da prática de crimes dolosos ou culposos²³³, mas também as decorrentes de contravenção penal, independentemente da aplicação de pena privativa de liberdade²³⁴, pois a ratio do citado dispositivo é permitir que os cargos públicos eletivos sejam reservados somente para os cidadãos insuspeitos, preservando-se a dignidade da representação democrática. Importante, portanto, lembrar a lição do Ministro Carlos Velloso que, ao defender a aplicabilidade do art. 15, inciso III, tanto aos crimes dolosos quanto aos crimes culposos, afirma que "sou daqueles que entendem que os cargos públicos deveriam ser reservados para os cidadãos insuspeitos. Não posso entender que a administração pública possa impedir que, para cargos menores, sejam empossados cidadãos com maus antecedentes e que os altos cargos eletivos possam ser exercidos por cidadãos que estão sendo processados e por cidadãos até condenados".

- Efeitos da condenação criminal: a suspensão dos direitos persistirá enquanto durarem as sanções impostas ao condenado, tendo total incidência durante o período de livramento condicional, e ainda, nas hipóteses de prisão albergue ou domiciliar, pois somente a execução da pena afasta a suspensão dos direitos políticos com base no art. 15, inc. III, da Constituição Federal. Em relação ao período de prova do sursis, por tratar-se de forma de cumprimento da pena, o sentenciado igualmente ficará privado temporariamente de seus direitos políticos.

Anote-se que, diferentemente da Constituição anterior, não se trata atualmente de norma constitucional de eficácia limitada à edição de uma futura lei complementar, o que impediria a aplicação imediata da suspensão dos direitos políticos como ocorria. O art. 149, § 2.º, c, com

²³³ STF - Pleno - Rextr. n.º 179.502-6/SP - Rel. Min. Moreira Alves - Ementário n.º 1.799-09; TSE - Pleno - Recurso n.º 9.900/RS - Acórdão n.º 12.731 - Rel. Min. Sepúlveda Pertence, d. 24 ser. 1992. Na hipótese tratava-se de suspensão dos direitos políticos em virtude de condenação transitada em julgado por lesões corporais culposas.

²³⁴ Importante salientar o posicionamento mais restritivo do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, para o qual "utilizando-se da técnica finalística de interpretação constitucional, poder-se-ia concluir que os crimes culposos são insuscetíveis de suspensão dos direitos políticos e os crimes dolosos determinantes dessa mesma suspensão independente da existência ou cumprimento da pena privativa de liberdade" (Acórdão n.º 112.985 - Rel. Juiz Mathias Coltro), que porém não encontra respaldo no Supremo Tribunal Federal, como salientado pelo Min. Ilmar Galvão ao analisar o art. 15, inciso III: "Também estou com S. Exa. em identificar na ética o fundamento da norma, embora extremamente rigorosa, como é de se reconhecer, porque não discrimina a natureza nem a espécie de crimes" (Rextr. n.º 179.502-6/SP - Ementário n.º 1.799-09).

a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 01, de 1969, determinava que: "Assegurada ao paciente ampla defesa, poderá ser declarada a perda ou a suspensão dos seus direitos políticos por motivo de condenação criminal, enquanto durarem seus efeitos." Porém, o § 3.º desse mesmo artigo estipulava a necessidade de edição de lei complementar para dispor sobre a especificação dos direitos políticos, o gozo, o exercício, a perda ou suspensão de todos ou de qualquer deles e os casos e as condições de sua re aquisição. Em virtude dessa redação, entendia o Supremo Tribunal Federal que a condenação criminal transitada em julgado não importava na automática suspensão dos direitos políticos, em face da inexistência da lei complementar exigida pela Constituição Federal. A partir da Constituição Federal de 1988, a suspensão dos direitos políticos em virtude de condenação criminal transitada em julgado se dá ainda que em curso o período de prova do sursis, conforme destacado pelo Supremo Tribunal Federal: "Em face do disposto no artigo 15, III, da Constituição Federal, a suspensão dos direitos políticos se dá ainda quando, com referência ao condenado por sentença criminal transitada em julgado, esteja em curso o período da suspensão condicional da pena."

A. Condenação criminal com trânsito em julgado e perda de mandato eletivo

Lembremo-nos que, como regra geral, a privação dos direitos políticos, inclusive na hipótese de condenação criminal transitada em julgado enquanto durarem seus efeitos, engloba a perda do mandato eletivo, determinando, portanto, imediata cessação de seu exercício²³⁵.

Porém, os parlamentares federais no exercício do mandato que forem condenados criminalmente incidem na hipótese do art. 55, inciso VI e § 2.º, da CF, não perdendo automaticamente o mandato, mas não podendo disputar novas eleições enquanto durarem os efeitos da decisão condenatória²³⁶. Isso ocorre pois a própria Constituição Federal estabelece que perderá o mandato o Deputado ou Senador que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado, sendo que a perda será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

Assim, em face de duas normas constitucionais aparentemente conflitantes (CF, arts. 15, III, e 55, VI) deve-se procurar delimitar o âmbito normativo de cada uma, vislumbrando-se sua razão de existência, finalidade e extensão, para então interpretá-las no sentido de garantir-se a unidade da constituição e a máxima efetividade de suas previsões. A partir dessa análise, percebe-se que a razão de existência do art. 55, inciso VI, e § 2.º, da Constituição Federal é de garantir ao Congresso Nacional a durabilidade dos mandatos de seus membros (deputados federais e senadores da República), com a finalidade de preservar a independência do Legislativo perante os demais poderes, tendo sua extensão delimitada,

²³⁵ STF - 1.ª T. - Embs. Decl. em Embs. Decl. em Agr. Reg. em Ag. de inst. ou de pet. n.º 177.313/MG - Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 5 nov. 1996, p. 44.488 - Ementário STF, 1.850/1.900, TSE - Pleno - Agravo regimental na medida cautelar n.º 33/RO - Acórdão n.º 33 (26-8-96) - Rel. Min. Marco Aurélio; Tribunal Regional Eleitoral Estado de São Paulo - Tribunal Pleno - Acórdão n.º 112.985 - Processo n.º 9.477 - Classe sétima - Rel. Juiz A. C. Mathias Coltro, d. 2 jul. 1992. Conforme destacado no Acórdão n.º 116.444/TRE-SP, "impõe-se o cancelamento do alistamento e da filiação partidária dos condenados, ex vi do art. 71, inc. II, do Código Eleitoral e artigo 69, inc. II, da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, por período igual ao da pena aplicada, aqui incluído o prazo do sursis, perdendo os eleitos, por igual razão, os respectivos mandatos" (Tribunal Pleno - Acórdão n.º 116.444 - processo n.º 22/89 - Classe quarta - Rel. Juiz Sebastião Oscar Feltrin, d. 29 out. 1992).

²³⁶ TSE - Pleno - Recurso especial eleitoral n.º 13.324/BA - Acórdão n.º 13.324 (11-3-97) - Min. Ilmar Galvão. Ementa: "Registro de candidatura. Inelegibilidade. Art. 15, inciso III, da Constituição. Término do cumprimento da pena posterior ao pedido de registro e anterior as eleições. É inelegível o candidato que à época do pedido de sua candidatura encontrava-se com seus direitos políticos suspensos, não importando que a causa da inelegibilidade tenha cessado antes da realização das eleições."

tão-somente, aos próprios parlamentares federais, por expressa e taxativa previsão constitucional. Trata-se, pois, de uma norma constitucional especial e excepcional em relação à previsão genérica do art. 15, inciso III.

Dessa forma, em relação aos Congressistas condenados criminalmente, com trânsito em julgado, não será automática a perda do mandato, pois a própria constituição, estabelecendo que "a perda será decidida", exigiu a ocorrência de um ato político e discricionário da respectiva Casa Legislativa Federal, absolutamente independente à decisão judicial. Como destacou o Ministro Nelson Jobim, no caso de parlamentares federais, "a perda do mandato, por condenação criminal, não é automática: depende de um juízo político do plenário da casa parlamentar. A Constituição outorga ao Parlamento a possibilidade da emissão de um juízo político de conveniência sobre a perda do mandato. Desta forma, a rigor, a condenação criminal, transitada em julgado, não causará a suspensão dos direitos políticos, tudo porque a perda do mandato depende de uma decisão da Casa parlamentar respectiva e não da condenação criminal".

Nesse sentido, importante lição nos traz o Ministro Moreira Alves, relator do Rextr. n.º 179.502-6/SP, em cuja decisão o Supremo Tribunal Federal pacificou o assunto: "Assim sendo, tem-se que, por esse critério da especialidade - sem retirar a eficácia de qualquer das normas em choque, o que só se faz em último caso, pelo princípio dominante no direito moderno, de que se deve dar a máxima eficácia possível às normas constitucionais -, o problema se resolve excepcionando-se da abrangência da generalidade do art. 15, III, os parlamentares referidos no art. 55, para os quais, enquanto no exercício do mandato, a condenação criminal por si só, e ainda quando transitada em julgado, não implica a suspensão dos direitos políticos, só ocorrendo tal se a perda do mandato vier a ser decretada pela Casa a que ele pertencer".

Temos a mesma situação em relação aos deputados estaduais e distritais²³⁷, por força dos arts. 27, § 1.º e 32, § 3.º, que determinam a aplicação das mesmas regras referentes à perda do mandato do deputado federal²³⁸.

Diversa, porém, é a hipótese em relação aos parlamentares municipais ou detentores de mandatos no âmbito do Poder Executivo, uma vez que a Constituição Federal não os excepcionou da total incidência do referido inciso III, do art. 15, não havendo, portanto, em relação aos vereadores, presidente²³⁹, governadores e prefeitos, o que justifique o afastamento da regra geral aplicável na hipótese de suspensão dos direitos políticos, qual seja, imediata cessação do exercício do mandato²⁴⁰. Dessa forma, uma vez transitada em julgado a sentença condenatória por infração penal praticada por detentor de mandato eletivo, serão remetidas certidões à Justiça Eleitoral, que as encaminhará ao Juiz Eleitoral competente, que oficiará no caso de tratar-se de parlamentares o Presidente da respectiva

²³⁷ Conferir voto do Ministro-relator Nelson Jobim: STF - Pleno - Rextr. n.º 225.019/GO - decisão 8-8-99 - Informativo STF n.º 162.

²³⁸ Alteramos nosso posicionamento defendido até a 6.ª edição da presente obra.

²³⁹ Em relação ao Presidente, conferir Capítulo 10, item 3.2.2-A.

²⁴⁰ Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal: "Condição de elegibilidade. Cassação de diploma de candidato eleito vereador, porque fora ele condenado, com trânsito em julgado, por crime eleitoral contra a honra, estando em curso a suspensão condicional da pena. Interpretação do art. 15, III, da Constituição Federal. Em face do disposto no art. 15, III, da Constituição Federal, a suspensão dos direitos políticos se dá ainda quando, com referência ao condenado por sentença criminal transitada em julgado, esteja em curso o período da suspensão condicional da pena." (STF - Pleno - Rextr. n.º 179.502-6/SP - Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, 8 set. 1995, p. 28.389). Em sentido contrário: Pedro Henrique Távora Niess entende que essa regra se aplica por igual aos deputados estaduais e aos vereadores, que, portanto, somente poderiam perder seus mandatos em virtude de decisão condenatória transitada em julgado, após voto secreto da maioria absoluta dos membros da respectiva casa, garantida a ampla defesa (Direitos políticos: condições de elegibilidades e inelegibilidades. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 21).

Casa Legislativa, para que declare a extinção do mandato e, conseqüentemente, efetive o preenchimento da vaga. Trata-se de ato vinculado do Poder Legislativo municipal que deverá, obrigatoriamente, aplicar os efeitos decorrentes do art. 15, inciso III, da Constituição Federal, independentemente de qualquer deliberação política²⁴¹.

B. Diferenciação entre suspensão dos direitos políticos por condenação criminal transitada em julgado (CF, art. 15, inciso III) e inelegibilidade legal em face de condenação criminal por determinadas infrações penais (Lei complementar n.º 64/90, art. 1.º, inciso I, e)

Por fim, a presente hipótese de suspensão dos direitos políticos em virtude de condenação criminal transitada em julgado enquanto durarem seus efeitos não se confunde com a previsão de inelegibilidade do art. 1.º, inciso I, e, da Lei Complementar n.º 64/90, que prevê serem inelegíveis para qualquer cargo os que forem condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, pela prática de crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento da pena.

Enquanto a primeira hipótese tem seu fundamento no art. 15, inciso III, da Constituição Federal (suspensão), a segunda tem seu fundamento no § 9.º do art. 14 (inelegibilidade legal) e somente abrange uma situação de inelegibilidade, posterior ao término da suspensão dos direitos políticos, aos condenados pela prática dos crimes previstos no já citado art. 1.º, da LC n.º 64/90.

Assim, conforme decidido pelo Egrégio Tribunal Superior Eleitoral, "extinta a pena, não cabe cogitar de subsistência da suspensão de direitos políticos decorrentes da condenação criminal e, por outro lado, não incide o art. 1.º, inciso I, e, LC n.º 64/90, se a condenação não foi baseada em qualquer dos crimes nela enumerados taxativamente".

9.2.3 Improbidade administrativa

A Constituição Federal, no art. 37, § 4.º prevê que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da sanção penal cabível, reforçando a previsão de suspensão dos direitos políticos do art. 15, V.

A questão da improbidade administrativa será amplamente analisada no capítulo da Administração Pública, somente anotando desde já que a competência para essa hipótese será do próprio Poder Judiciário, nas ações envolvendo atos de improbidade.

Ressalte-se, ainda, inexistir previsão constitucional de foro privilegiado para a propositura de ações por ato de improbidade administrativa movidas contra quaisquer autoridades²⁴².

²⁴¹ Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal tendo destacado o Ministro-relator que "vereador, condenado criminalmente, perde o mandato, independentemente de deliberação da Câmara, como consequência da suspensão de seus direitos políticos... A perda do mandato não depende de deliberação da Casa. É consequência da suspensão dos direitos políticos que, por sua vez, é decorrência da condenação criminal transitada em julgado". Igualmente, em relação aos Prefeitos Municipais, expôs o Ministro Nelson Jobim que "o ato declaratório é obrigatório. Constitui-se em mera formalização da extinção do mandato e da vacância do cargo. Não cabe ao Presidente da Câmara de Vereadores outra conduta senão a declaração da extinção do mandato" (trecho do voto do Ministro-relator: STF - Pleno - Rextr. n.º 225.019/GO - Rel. Min. Nelson Jobim, decisão: 8-8-99 - Informativo STF n.º 162). No Estado de São Paulo, conferir a Circular n.º 166, do Tribunal Regional Eleitoral, de 26-10-1992 que estabelece: "recebidas as certidões pelo Juízo Eleitoral deverá ser instaurado procedimento administrativo de suspensão da inscrição eleitoral, não havendo necessidade de expedição de edital e nem tampouco de novo contraditório, uma vez que a suspensão dos direitos políticos decorre no próprio texto constitucional" (cf. TRE/SP - MS n.º 1.266 - Angatuba - Acórdão n.º 124.734, Rel. Juiz Souza José, d. 14 maio 1992).

²⁴² Conferir Capítulo 10, item 4.7/A4 (Competências do Supremo Tribunal Federal).

10 PARTIDOS POLÍTICOS

A Constituição Federal regulamentou os partidos políticos, como instrumentos necessários e importantes para preservação do Estado Democrático de Direito, afirmando a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os preceitos de caráter nacional; proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; prestação de contas à Justiça Eleitoral e funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

A Constituição Federal assegura aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias, sendo vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral e terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

Conforme salienta Miguel Reale Junior, "enquanto na Europa vive-se a crise da democracia dos partidos, partidos de massa que se revelam incapazes de satisfatoriamente aglutinar os segmentos sociais, de se fazerem intérpretes das aspirações concretas, veículos impróprios para efetiva participação política, no Brasil é mister iniciar a obra da ligação entre a Sociedade Civil e o Estado pelo fortalecimento dos partidos políticos".

Com esse intuito, o legislador constituinte fortaleceu a autonomia dos partidos políticos, diminuindo extraordinariamente o controle do Poder Público sobre eles, visando, como ressaltando por Michel Temer, "tentar criar (ou fortalecer) partidos políticos sólidos, comprometidos com determinada ideologia político-administrativa, uma vez que o partido há de ser o canal condutor a ser percorrido por certa parcela da opinião pública para chegar ao governo e aplicar o seu programa", uma vez que é essencial lembrar a lição de Raul Machado Horta de que "o sistema de partidos repercute de igual modo no funcionamento do regime presidencial, tornando mais flexíveis as relações entre o Presidente e o Congresso, ou concorrendo para abrandar as dimensões imperiais do poder presidencial, em regime de pluripartidarismo".

Por fim, importante lembrarmos que, apesar de serem os principais operadores políticos em um regime democrático, os partidos não são os únicos, havendo a possibilidade de tutela de interesses setoriais (grupos ecológicos, feministas, pacifistas), através de associações e grupos de pressão.

11 LÍNGUA E SÍMBOLOS OFICIAIS

O art. 13 da Constituição proclama a língua portuguesa como idioma oficial da República Federativa do Brasil e estabelece a bandeira, o hino, as armas e o selo nacionais como símbolos da República Federativa do Brasil. Igualmente, autoriza os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a estabelecerem símbolos próprios.

Em relação à importância do idioma oficial, ressaltava Miguel Reale, no período anterior à Assembléia Nacional Constituinte, que "a questão da língua é essencial, sugerindo eu se declare que `o Português é a língua oficial do Brasil', porque há uma grande luta para saber se é o Português. Há quem diga que não, que a língua oficial é `o Brasileiro', e outros que é

o 'Português falado no Brasil'. Ainda recentemente os Estados Unidos da América aprovaram emenda constitucional dizendo que 'o Inglês é a língua oficial', porque havia quem quisesse que fosse o Espanhol e outras línguas. Essa experiência parece-me necessária, porque a língua é o solo da cultura, é o ponto de partida da cultura. Toda cultura está fundamentada na linguagem. É a razão pela qual os filósofos neopositivistas dizem, com exagero, que 'quem diz Ciência, diz Linguagem', pois, na realidade, cada Ciência corresponde a um sistema de signos, a um conjunto próprio de termos específicos, isto é, à sua linguagem".

Em complementação à regra prevista no citado art. 13, a Constituição Federal prevê em seu art. 210, § 2.º, que o ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada, porém, às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

Ressalte-se, portanto, que nas comunidades indígenas ambas as línguas serão ministradas, permanecendo, porém, o caráter de idioma oficial à língua portuguesa.

8 ORGANIZAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA

1 REGRAS DE ORGANIZAÇÃO

1.1 Adoção da federação

A Constituição de 1988 adotou como forma de Estado o federalismo, que na conceituação de Dalmo de Abreu Dallari é uma "aliança ou união de Estados", baseada em uma Constituição e onde "os Estados que ingressam na federação perdem sua soberania no momento mesmo do ingresso, preservando, contudo, uma autonomia política limitada".

Dessa forma, difere o Estado Unitário, que "é, por conseguinte, rigorosamente centralizado, no seu limiar, e identifica um mesmo poder, para um mesmo povo, num mesmo território", caracterizando-se pela centralização político-administrativa em um só centro produtor de decisões. Igualmente, difere da Confederação, que consiste na união de Estados-soberanos por meio de um tratado internacional dissolúvel.

A adoção da espécie federal de Estado gravita em torno do princípio da autonomia e da participação política e pressupõe a consagração de certas regras constitucionais, tendentes não somente à sua configuração, mas também à sua manutenção e indissolubilidade, pois como aponta José Roberto Dromi, analisando a federação argentina, "a simples federação pura é tão irrealizável quanto um sistema unitário, pois é uma aliança e as alianças não perduram".

Como ressaltado por Geraldo Ataliba, "exsurge a Federação como a associação de Estados (foedus, foederis) para formação de novo Estado (o federal) com repartição rígida de atributos da soberania entre eles. Informa-se seu relacionamento pela 'autonomia recíproca da União e dos Estados, sob a égide da Constituição Federal' (Sampaio Dória), caracterizadora dessa igualdade jurídica (Ruy Barbosa), dado que ambos extraem suas competências da mesma norma (Kelsen). Daí cada qual ser supremo em sua esfera, tal como disposto no Pacto Federal (Victor Nunes)".

O mínimo necessário para a caracterização da organização constitucional federalista exige, inicialmente, a decisão do legislador constituinte, por meio da edição de uma constituição, em criar o Estado Federal e suas partes indissociáveis, a Federação ou União, e os Estados-

membros, pois a criação de um governo geral supõe a renúncia e o abandono de certas porções de competências administrativas, legislativas e tributárias por parte dos governos locais. Essa decisão está consubstanciada nos arts. 1.º e 18 da Constituição de 1988.

Além disso, a constituição deve estabelecer os seguintes princípios:

- os cidadãos dos diversos Estados-membros aderentes à Federação devem possuir a nacionalidade única dessa;
- repartição constitucional de competências entre a União, Estados-membros, Distrito Federal e município;
- necessidade de que cada ente federativo possua uma esfera de competência tributária que lhe garanta renda própria;
- poder de auto-organização dos Estados-membros, Distrito Federal e municípios, atribuindo-lhes autonomia constitucional;
- possibilidade constitucional excepcional e taxativa de intervenção federal, para manutenção do equilíbrio federativo;
- participação dos Estados no Poder Legislativo Federal, de forma a permitir-se a ingerência de sua vontade na formação da legislação federal;
- possibilidade de criação de novo Estado ou modificação territorial de Estado existente dependendo da aquiescência da população do Estado afetado;
- a existência de um órgão de cúpula do Poder Judiciário para interpretação e proteção da Constituição Federal.

Note-se que, expressamente, o legislador constituinte determinou a impossibilidade de qualquer proposta de emenda constitucional tendente a abolir a Federação (CF, art. 60, § 4.º, I).

1.2 Princípio da indissolubilidade do vínculo federativo

O princípio da indissolubilidade em nosso Estado Federal foi consagrado em nossas constituições republicanas desde 1891 (art. 1.º) e tem duas finalidades básicas: a unidade nacional e a necessidade descentralizadora.

O art. 1.º da Constituição Federal afirma que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e municípios e do Distrito Federal; sendo completado pelo art. 18, que prevê que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios, todos autônomos e possuidores da tríplice capacidade de auto-organização e normalização própria, autogoverno e auto-administração.

Dessa forma, inadmissível qualquer pretensão de separação de um Estado-membro, do Distrito Federal ou de qualquer município da Federação, inexistindo em nosso ordenamento jurídico o denominado direito de secessão. A mera tentativa de secessão do Estado-membro permitirá a decretação de intervenção federal (CF, art. 34, I), devendo sempre a Constituição ser interpretada de sorte que não ameace a organização federal por ela instituída, ou ponha em risco a coexistência harmoniosa e solidária da União, Estados e municípios.

1.3 Capital Federal

A Constituição Federal determina que Brasília é a Capital Federal (CF, art. 18, § 1.º), tratando-se de inovação do legislador constituinte de 1988, que não mais definiu o Distrito Federal como a Capital²⁴³, pois esse é o ente federativo que engloba aquela, ao qual é vedado dividir-se em municípios (CF, art. 32, caput). Assim ficam diferenciadas a Capital Federal do País da circunscrição territorial representada na Federação pelo Distrito Federal.

Ressalte-se que foi a 1.ª Constituição da República, de 24 de fevereiro de 1891, em seu art. 3.º, que expressamente determinou que “fica pertencendo à União, no planalto central da República, uma zona de 14.400 quilômetros quadrados, que será oportunamente demarcada, para nella estabelecer-se a futura Capital Federal. Effectuada a mudança da capital, o actual Distrito Federal passará a constituir um Estado”.

Em lição preciosa, José Afonso da Silva expõe que “Brasília, assim, assume uma posição jurídica específica no conceito brasileiro de cidade. Brasília é civitas civitatum, na medida em que é cidade-centro, pólo irradiante, de onde partem, aos governados, as decisões mais graves, e onde acontecem os fatos decisivos para os destinos do País. Mas não se encaixa no conceito geral de cidades, porque não é sede de município. É civitas e polis, enquanto modo de habitar de sede do Governo Federal... Brasília tem como função servir de Capital da União, Capital Federal e, pois, Capital do Brasil, como entidade de direito internacional”.

1.4 União

A União é entidade federativa autônoma em relação aos Estados-membros e municípios, constituindo pessoa jurídica de Direito Público Interno, cabendo-lhe exercer as atribuições da soberania do Estado brasileiro. Não se confundindo com o Estado Federal, este sim pessoa jurídica de Direito Internacional e formado pelo conjunto de União, Estados-membros, Distrito Federal e municípios. Ressalte-se, porém, que a União poderá agir em nome próprio, ou em nome de toda Federação, quando, neste último caso, relaciona-se internacionalmente com os demais países.

As regras relacionadas diretamente à União serão estudadas em pertinentes capítulos.

A Constituição Federal enumera os bens da União (CF, art. 20): as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei; os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as áreas referidas no art. 26, II; os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; o mar territorial; os terrenos de marinha e seus acrescidos; os potenciais de energia hidráulica; os recursos minerais, inclusive os do subsolo; as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos; as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

Saliente-se que o legislador constituinte permitiu à União, somente para efeitos administrativos, a possibilidade de criação de regiões de desenvolvimento (CF, art. 43), mediante a articulação de sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social,

²⁴³ EC n.º 01/69 - art. 2.º - O Distrito Federal é a Capital da União. CF/67 - art. 2.º - "O Distrito Federal é a Capital da União". CF/46 - art. 1.º, § 2.º - O Distrito Federal é a Capital da União. CF/37 - art. 7.º - O atual Distrito Federal, enquanto sede do Governo da República, será administrado pela União.

visando ao seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais, por meio de lei complementar, que disporá sobre as condições para integração de regiões em desenvolvimento; a composição dos organismos regionais que executarão, na forma da lei, os planos regionais, integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social (CF, art. 174, § 1.º)²⁴⁴, aprovados juntamente com estes.

Além disso, poderão ser estabelecidos incentivos regionais, que compreenderão, além de outros, na forma da lei, de igualdade de tarifas, fretes, seguros e outros itens de custos e preços de responsabilidade do poder público; juros favorecidos para financiamento de atividades prioritárias; isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas; prioridade para o aproveitamento econômico e social dos rios e das massas de água represadas ou represáveis nas regiões de baixa renda, sujeitas a secas periódicas.

1.5 Estados-membros

1.5.1 Autonomia estadual

A autonomia dos Estados-membros caracteriza-se pela denominada tríplice capacidade de auto-organização e normatização própria, autogoverno e auto-administração.

A. Auto-organização e normatização própria

Os Estados-membros se auto-organizam por meio do exercício de seu poder constituinte derivado-decorrente, consubstanciando-se na edição das respectivas Constituições Estaduais e, posteriormente, através de sua própria legislação (CF, art. 25, caput²⁴⁵, sempre, porém, respeitando os princípios constitucionais sensíveis, princípios federais extensíveis e princípios constitucionais estabelecidos.

Como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, "se é certo que a nova Carta Política contempla um elenco menos abrangente de princípios constitucionais sensíveis, a denotar, com isso, a expansão de poderes jurídicos na esfera das coletividades autônomas locais, o mesmo não se pode afirmar quanto aos princípios federais extensíveis e aos princípios constitucionais estabelecidos, os quais, embora disseminados pelo texto constitucional, posto que não é tópica a sua localização, configuram acervo expressivo de limitações dessa autonomia local, cuja identificação - até mesmo pelos efeitos restritivos que deles decorrem - impõe-se realizar".

Os princípios constitucionais sensíveis são assim denominados, pois a sua inobservância pelos Estados-membros no exercício de suas competências legislativas, administrativas ou tributárias, pode acarretar a sanção politicamente mais grave existente em um Estado Federal, a intervenção na autonomia política. Estão previstos no art. 34, VII, da Constituição Federal:

- forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- direitos da pessoa humana;
- autonomia municipal;

²⁴⁴ CF, art. 174 - "Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado."

²⁴⁵ CF, art. 25, caput: Os Estados organizam-se e regem-se pelas constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta constituição. Ver ADCT; art. 11.

- prestação de contas da administração pública, direta e indireta;
- aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e no desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde²⁴⁶.

Os princípios federais extensíveis são as normas centrais comuns à União, Estados, Distrito Federal e municípios, portanto, de observância obrigatória no poder de organização do Estado. Poder-se-ia colocar nessa classificação os chamados por Raul Machado Horta de "Princípios desta Constituição"²⁴⁷.

Por fim, os princípios constitucionais estabelecidos consistem em determinadas normas que se encontram espalhadas pelo texto da constituição, e, além de organizarem a própria federação, estabelecem preceitos centrais de observância obrigatória aos Estados-membros em sua auto-organização. Subdividem-se em normas de competência²⁴⁸ e normas de preordenação²⁴⁹.

B. Autogoverno

A autonomia estadual também se caracteriza pelo autogoverno, uma vez que é o próprio povo do Estado quem escolhe diretamente seus representantes nos Poderes Legislativo e Executivo locais, sem que haja qualquer vínculo de subordinação ou tutela por parte da União. A Constituição Federal prevê expressamente a existência dos Poderes Legislativo (CF, art. 27),⁵ Executivo (CF, art. 28) e Judiciário (CF, art. 125) estaduais²⁵⁰.

A própria Constituição Federal (art. 27) estabelece regras na composição do Poder Legislativo Estadual, determinando sua unicameralidade, sua denominação - Assembléia Legislativa -, a duração do mandato dos deputados (quatro anos), as regras sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades²⁵¹, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas; as regras sobre remuneração e previsão sobre iniciativa popular de lei; bem como duas regras para fixação do número de deputados estaduais.

Até a data da promulgação da Emenda Constitucional n.º 19, em 46-1998, a própria Assembléia Legislativa, por meio de decreto legislativo, fixava seus vencimentos em cada legislatura para a subsequente. A nova redação do § 2.º do art. 27 exige a edição de lei de iniciativa da Assembléia Legislativa, fixando desde logo o teto máximo de remuneração, qual seja, 75% do estabelecido, em espécie, para os deputados federais, observado o que dispõem os arts. 39, § 4.º, 57, § 7.º, 150, II, 153, III, e 153, § 2.º, I. A novidade está na necessidade da aprovação de lei ordinária, cuja iniciativa será da Mesa da Assembléia

²⁴⁶ Redação dada pela EC n.º 29, de 13 de setembro de 2000. A redação anterior, acrescentada pela EC n.º 14, de 12-9-96, previa: "aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de receitas de transferência, na manutenção e desenvolvimento do ensino".

²⁴⁷ Por exemplo: arts. 1.º, I a V; 3.º, I a IV; 4.º, I a X; 2.º; 5.º, I, II, III, VI, VIII, IX, XI, XII, XX, XXII, XXIII, XXXVI, LIV e LVII; 6.º a 11; 93, I a XI; 95, I, II e III. In: MACHADO, Horta. Estudos de direito constitucional. p. 391-392.

²⁴⁸ Por exemplo: arts. 23; 24; 25, 27, § 3.º; 75; 96, I, a-f; 96, II, a-d, III; 98, I e II; 125, § 4.º; 144, § 4.º, 5.º e 6.º; 145, I, II e III; 155, I, a, b, c, II. In: MACHADO, Horta. Op. cit., p. 392-393.

²⁴⁹ Por exemplo: arts. 27; 28; 37, I a XXI, §§ 1.º a 6.º; 39 a 41; 42, §§ 1.º a 11; 75; 95, I, II e III; 95, parágrafo; 235, I a XI. In: MACHADO, Horta. Op. cit. p. 393.

²⁵⁰ Na vigência da constituição anterior, Paulo Lopo Saraiva, analisando a correlação entre autonomia dos Estados-membros e Federação, advertia que "a indicação dos governadores dos Estados, a nomeação de um Senador (CF, art. 41, § 2.º, alterado pela EC n.º 15, de 19-11-1980) e a designação dos prefeitos das Capitais e de outras cidades brasileiras atestam a falência do nosso Federalismo e a ascensão de um Unitarismo, despido de qualquer formulação jurídica" (Federalismo regional. Op. cit. p. 55).

²⁵¹ Conferir em relação às imunidades e inviolabilidade após a EC n.º 35/01: Capítulo 10, item 2.7.

Legislativa, devendo ser aprovada por maioria simples e exigindo-se, portanto, a participação do Governador do Estado no processo legislativo, permitindo-se sua sanção ou veto.

Em relação ao teto máximo fixado, lembremo-nos não tratar de novidade, uma vez que a Emenda Constitucional n.º 01, de 31-3-1992, já havia dado redação semelhante ao citado § 2.º.

O número de deputados estaduais, no geral, corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados (Regra: n.º de deputados estaduais = 3 x n.º deputados federais) que é fixada em lei complementar (CF, art. 45, § 1.º)²⁵². Excepcionalmente, porém, se atingido o número de trinta e seis deputados estaduais, serão acrescidos tantos deputados quantos forem os Deputados Federais acima de doze (Exceção: n.º de deputados estaduais = 36 + n.º de deputados federais - 12).

Assim, por exemplo, o Estado de São Paulo tem 70 (setenta) deputados federais, portanto, encaixa-se na exceção prevista no art. 27, aplicando-se a regra: n.º deputados estaduais = 36 + n.º deputados federais - 12; logo, teremos: 36 + 70 - 12 = 94 deputados estaduais.

Em relação ao Poder Executivo estadual, o art. 28 da Constituição Federal com a nova redação dada pela Emenda Constitucional n.º 16, de 4-6-1997, estabelece que a eleição do Governador e do Vice-governador de Estado, para mandato de quatro anos, permitindo-se a reeleição para um único período subsequente, realizar-se-á no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato de seus antecessores, e a posse ocorrerá em primeiro de janeiro do ano subsequente. Além disso, expressamente, determina a aplicação das regras previstas para a eleição e posse do Presidente da República (CF, art. 77)²⁵³.

Determina, também, que perderá o mandato o governador que assumir outro cargo ou função na administração pública direta ou indireta, ressalvada a posse em virtude de concurso público e observado o disposto no art. 38, I, IV e V da própria Constituição Federal. Além disso, a Constituição Federal prevê que os subsídios do Governador, do Vice-governador e dos Secretários de Estado serão fixados por lei de iniciativa da Assembléia Legislativa, observando o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4.º, 150, II, 153, III, e 153, § 2.º,²⁵⁴

Em relação à responsabilidade político-administrativa dos Governadores dos Estados-membros e às regras básicas do impeachment, conferir Capítulo 10, item 4.8.

No art. 125 da Carta de 1988 rege que os Estados-membros organizarão seu Poder Judiciário, observados os princípios estabelecidos na Constituição, determinando a competência dos tribunais na Constituição do Estado e instituindo representação de

²⁵² Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal. § 1.º O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados. § 2.º Cada Território elegerá quatro Deputados.

²⁵³ O texto original do art. 28 da CF/88 previa que: "A eleição do Governador e do Vice-governador de Estado, para mandato de quatro anos, realizar-se-á noventa dias antes do término do mandato de seus antecessores, e a posse ocorrerá no dia 1.º de janeiro do ano subsequente, observado, quanto ao mais, o disposto no art. 77."

²⁵⁴ Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, promulgada em 4-6-1998 e publicada no Diário Oficial da União em 5-6-1998. Ressalte-se que o art. 34 da própria Emenda Constitucional estabeleceu que sua entrada em vigor seria na data de sua promulgação. Conferir a respeito: MORAES, Alexandre. Reforma Administrativa - EC n.º 19/98. São Paulo: Atlas, 1998.

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.

Faculta-se, ainda, à lei estadual, de iniciativa do Tribunal de Justiça, a criação da Justiça Militar estadual, com competência para processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei, constituída, em primeiro grau, pelos Conselhos de Justiça e, em segundo, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo da polícia militar seja superior a vinte mil integrantes.

C. Auto-administração

Por fim, completando a tríplex capacidade garantidora da autonomia dos entes federados, os Estados-membros se auto-administram no exercício de suas competências administrativas, legislativas e tributárias definidas constitucionalmente. Saliente-se que está implícito no exercício da competência tributária, a existência de um mínimo de recursos financeiros, obtidos diretamente através de sua própria competência tributária.

1.5.2 Regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões

Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum (CF, art. 25, § 3.º), com o objetivo de oferecer soluções para problemas ou carências localizadas nos Estados.

As regiões metropolitanas são conjuntos de municípios limítrofes, com certa continuidade urbana, que se reúnem em torno de um município-pólo, também denominado município-mãe. Microrregiões também constituem-se por municípios limítrofes, que apresentam características homogêneas e problemas em comum, mas que não se encontram ligados por certa continuidade urbana. Será estabelecido um município-sede. Por fim, aglomerados urbanos são áreas urbanas de municípios limítrofes, sem um pólo, ou mesmo uma sede. Caracterizam-se pela grande densidade demográfica e continuidade urbana.

São, portanto, requisitos constitucionais comuns às três hipóteses²⁵⁵:

- lei complementar estadual;
- tratar-se de um conjunto de municípios limítrofes;
- finalidade: organização, planejamento e execução de funções públicas de interesse comum.

1.6 Municípios

A Constituição Federal consagrou o município como entidade federativa indispensável ao nosso sistema federativo, integrando-o na organização político-administrativa e garantindo-lhe plena autonomia, como se nota na análise dos arts. 1.º, 18, 29, 30 e 34, VII, c, todos da Constituição Federal. Ressalta Paulo Bonavides, que "não conhecemos uma única forma de união federativa contemporânea onde o princípio da autonomia municipal tenha alcançado grau de caracterização -política e jurídica tão alto e expressivo quanto aquele que consta da definição constitucional do novo modelo implantado no País com a Carta de 1988".

²⁵⁵ Ressalte-se que o STF declarou liminarmente a inconstitucionalidade de preceito da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que exigia, para a participação do município em região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião, aprovação prévia da Câmara Municipal (STF - Pleno - Adin n.º 1.841-9/RJ - medida liminar - Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 28 ago. 1998, p. 02).

A autonomia municipal, da mesma forma que a dos Estados-membros, configura-se pela tríplice capacidade de auto-organização e normatização própria, autogoverno e auto-administração.

Dessa forma, o município auto-organiza-se através de sua Lei Orgânica Municipal e, posteriormente, por meio da edição de leis municipais; autogoverna-se mediante a eleição direta de seu prefeito, Vice-prefeito e vereadores, sem qualquer ingerência dos Governos Federal e Estadual; e, finalmente, auto-administra-se, no exercício de suas competências administrativas, tributárias e legislativas, diretamente conferidas pela Constituição Federal.

1. 6.1 Lei orgânica municipal

Os municípios reger-se-ão por leis orgânicas municipais, votadas em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovadas por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que as promulgará. A Lei Orgânica organizará os órgãos da Administração, a relação entre os órgãos do Executivo e Legislativo, disciplinando a competência legislativa do Município, observadas as peculiaridades locais, bem como sua competência comum, disposta no art. 23, e sua competência suplementar, disposta no art. 30, II; além de estabelecer as regras de processo legislativo municipal e toda regulamentação orçamentária, em consonância com a Constituição Federal, a Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos (CF, art. 29):

- eleição do Prefeito, do Vice-prefeito e dos vereadores, para mandato de quatro anos, mediante pleito direto e simultâneo realizado em todo o país. Ressalte-se que a partir da Emenda Constitucional n.º 16, de 4-6-1997, permite-se a reeleição do chefe do Poder Executivo municipal para um único período subsequente;
- eleição do Prefeito e do Vice-prefeito realizada no primeiro domingo de outubro do ano anterior ao término do mandato dos que devam suceder, aplicadas as regras do art. 77 no caso de Municípios com mais de duzentos mil eleitores²⁵⁶;
- posse do prefeito e do Vice-prefeito no dia 1.º de janeiro do ano subsequente ao da eleição;
- número de vereadores proporcional à população do município, observados os seguintes limites: mínimo de nove e máximo de 21 nos municípios de até um milhão de habitantes; mínimo de 33 e máximo de 41 nos municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes; mínimo de 42 e máximo de 55 nos municípios de mais de cinco milhões de habitantes;
- A Emenda Constitucional n.º 25, de 14-2-2000, cuja entrada em vigor ocorreu em 1.º-1-2001, alterou os limites para a fixação dos subsídios dos Vereadores, prevendo sua fixação pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, observados os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica e os seguintes limites máximos²⁵⁷: a) em Municípios de até dez mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a vinte por cento do subsídio dos Deputados Estaduais; b) em Municípios de dez mil e um a cinquenta mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a trinta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais; c) em Municípios de cinquenta mil e um a cem mil

²⁵⁶ O texto original da CF/88 previa: art. 28, II - eleição do Prefeito e do Vice-prefeito até noventa dias antes do término do mandato dos que devam suceder, aplicadas as regras do art. 77 no caso de Municípios com mais de duzentos mil eleitores.

²⁵⁷ Supremo Tribunal Federal já decidiu que: "a remuneração dos vereadores está sujeita ao teto, considerada a do prefeito" (STF - Pleno - Rextr. n.º 181.715 - Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 7 fev. 1997). No mesmo sentido: STF - 2.ª T. - Rextr. n.º 220.006-8/SP - Rel. Min. Néri da Silveira, Diário da Justiça, Seção I, 2 abr. 1998, p. 27.

habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a quarenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais; d) em Municípios de cem mil e um a trezentos mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a cinquenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais; e) em Municípios de trezentos mil e um a quinhentos mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a sessenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais; f) em Municípios de mais de quinhentos mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a setenta e cinco por cento do subsídio dos Deputados Estaduais. Com a citada Emenda Constitucional n.º 25/2000, houve o retorno, em nível municipal, da regra da legislatura²⁵⁸, ou seja, da impossibilidade de a Câmara Municipal aumentar seus subsídios para a própria legislatura²⁵⁹. Observe-se, ainda, que a nova fixação de subsídios dos agentes políticos municipais não é auto-aplicável, tratando-se de norma constitucional de eficácia limitada, pois depende do teto salarial previsto no art. 37, XI, ou seja, não poderá exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, a ser fixado por lei ordinária de iniciativa conjunta do Presidente da República, dos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e do Presidente do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 48, XV). Nesse sentido, entendendo também pela não auto-aplicabilidade dessa norma, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, considerando as regras introduzidas nesse inciso pela EC n.º 19/98, resolveu "baixar deliberação para considerar que a modificação da sistemática remuneratória de agentes políticos municipais só será possível a contar da vigência da lei prevista no inciso XV do art. 48 da Constituição Federal, tendo em conta que as vinculações decorrentes dependerão da prévia fixação do subsídio considerado teto salarial (TC - A - 23423/026/98)";

- o total da despesa com a remuneração dos vereadores não poderá ultrapassar o montante de cinco por cento da receita do município até o término do ano 2000. A partir de 1.º-1-2001, entra em vigor a Emenda Constitucional n.º 25, de 14-2-2000, que estabelece novos limites à despesa do Poder Legislativo, incluídos os subsídios dos vereadores e excluídos os gastos com inativos. Assim, a Câmara Municipal não gastará mais de setenta por cento de sua receita com folha de pagamento, incluído o gasto com o subsídio de seus vereadores. Além disso, o total da despesa não poderá ultrapassar os seguintes percentuais relativos ao somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 5.º do art. 153 e nos arts. 158 e 159, efetivamente realizado no exercício anterior: oito por cento para Municípios com população de até cem mil habitantes; sete por cento para Municípios com população entre cem mil e um e trezentos mil habitantes; seis por cento para Municípios com população entre trezentos mil e um e quinhentos mil habitantes; cinco por cento para Municípios com população acima de quinhentos mil habitantes.

- inviolabilidade dos vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do município;

- proibições e incompatibilidades, no exercício da vereança, similares, no que couber, ao disposto nesta Constituição para os membros do Congresso Nacional e na Constituição do respectivo Estado para os membros da Assembléia Legislativa;

- julgamento do prefeito perante o Tribunal de Justiça;

²⁵⁸ Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, "a remuneração do Prefeito, do Vice-prefeito e dos Vereadores será fixada pela Câmara Municipal em cada legislatura para a subsequente", concluindo que a fixação para viger na própria legislatura é "ato lesivo não só ao patrimônio material do Poder Público, como à moralidade administrativa, patrimônio moral da sociedade" (STF - 2.ª T. - Rextr. n.º 172.212-6/SP - Rel. Min. Maurício Corrêa, Diário da Justiça, Seção I, 27 mar. 1998, p. 19).

²⁵⁹ Essa regra, que constava do texto original da Constituição Federal, havia sido suprimida com a EC n.º 19/98.

- organização das funções legislativas e fiscalizadoras da Câmara Municipal;
- cooperação das associações representativas no planejamento municipal;
- iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado;
- perda do mandato do prefeito, nos termos do art. 28, § 1.º.

1.6.2 Prefeito municipal - responsabilidade criminal e política

O prefeito é o chefe do Poder Executivo, cabendo-lhe a direção administrativa e política do município. Conforme a própria Constituição Federal prevê, será eleito, juntamente com o Vice-prefeito, para um mandato de quatro anos, permitindo-se a reeleição para um único período subsequente, nos termos da Emenda Constitucional n.º 16, de 4-6-1997.

Importante previsão constitucional é a disposição, originariamente, prevista no art. 29, VIII, e atualmente, em virtude da Emenda Constitucional n.º 1, de 31-3-1992, no art. 29, X.

O inciso X do art. 29 da Constituição Federal inovou a competência para processo e julgamento das infrações penais cometidas por prefeitos Municipais, concedendo-lhes foro privilegiado, ao dispor que somente serão julgados pelo Tribunal de Justiça respectivo, seja pelo Plenário ou por órgão fracionário competente.

No entanto, o legislador constituinte não foi claro quanto à fixação dessa competência, ao não se referir, expressamente, ao tipo de infração penal cometida (comum, eleitoral, dolosa contra a vida e federal), cabendo à Jurisprudência essa definição.

Assim, as atribuições jurisdicionais originárias do Tribunal de Justiça, constitucionalmente definido como juízo natural dos prefeitos Municipais, restringem-se, no que concerne aos processos penais, unicamente às hipóteses pertinentes aos delitos sujeitos à competência da Justiça local, havendo competência, nos crimes praticados contra bens, serviços ou interesse da União, de suas autarquias ou de empresas públicas federais, do Tribunal Regional Federal.

A competência da Justiça Federal, porém, mesmo nestes casos, é afastada quando houver processo e julgamento de prefeito Municipal por desvio de verbas recebidas em virtude de convênio firmado com a União Federal, a teor do enunciado da Súmula n.º 133 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Nessas hipóteses, não compete ao Tribunal Regional Federal o processo e julgamento originário de ação penal contra prefeito municipal por má aplicação de verbas federais repassadas ao patrimônio da municipalidade, pois seu desvio ou emprego irregular é crime contra o Município, em cujo patrimônio as verbas já haviam se incorporado e, portanto, a competência é do próprio Tribunal de Justiça.

O Superior Tribunal de Justiça editou duas súmulas sobre o assunto. A Súmula 209 que estabelece que "compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal" e a Súmula 208 que prescreve que "compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal".

Entretanto, tratando-se de delitos eleitorais, o prefeito Municipal deverá ser processado e julgado, originariamente, pelo Tribunal Regional Eleitoral.

No tocante aos delitos dolosos contra a vida, face a maior especialidade, aplica-se, aos prefeitos Municipais, o art. 29, X, da Constituição Federal, afastando-se, pois, o art. 5.º, XXXVIII, recaindo a competência nos Tribunais de Justiça, e não no Tribunal do Júri .

Tais normas, previstas na constituição, por serem regras processuais de competência, têm aplicabilidade imediata, alcançando, desde logo, todos os processos penais em curso no momento da vigência da nova constituição, conforme reconheceu o Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Assim ocorre porque os preceitos de uma nova constituição aplicam-se imediatamente com eficácia ex nunc.

A ação penal contra prefeito municipal, por crimes comuns, tipificados inclusive no art. 1.º do Decreto-lei n.º 201/67, pode ser instaurada mesmo após a extinção do mandato, conforme atual e pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (Súmula 164 - "O prefeito municipal após a extinção do mandato, continua sujeito do processo por crime previsto no art. 1.º, DL n.º 201/67"). Porém, se a denúncia for recebida, durante o exercício do mandato, o Tribunal ou seu órgão fracionário decidirão pelo afastamento temporário ou permanência nas funções do prefeito durante a instrução processual penal.

Dessa forma, imprescindível observarmos, quer seja competência da Justiça comum, quer seja da Justiça federal ou eleitoral, a partir da nova Constituição, a 2.ª instância é o juízo natural para processo e julgamento das infrações penais cometidas pelo prefeito Municipal.

Em relação, entretanto, aos chamados crimes de responsabilidade cometidos pelo prefeito Municipal, primeiramente há necessidade de classificá-los em próprios e impróprios. Enquanto os primeiros são infrações político-administrativas, cuja sanção corresponde à perda do mandato e suspensão dos direitos políticos previstos no art. 4.º do Decreto-lei n.º 201, de 1967, os segundos são verdadeiras infrações penais, apenados com penas privativas de liberdade e previstos no artigo 1.º do mesmo decreto-lei.

Os crimes denominados de responsabilidade, tipificados no art. 1.º do Decreto-lei n.º 201, de 1967, são crimes comuns, que deverão ser julgados pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara de Vereadores (art. 1.º), são de ação pública e punidos com pena de reclusão e de detenção (art. 1.º, § 1.º) e o processo é o comum, do Código de Processo Penal, com pequenas modificações (art. 2.º), cujo estudo foi feito anteriormente. No art. 4.º, o Decreto-lei n.º 201, de 1967, cuida das infrações político-administrativas dos prefeitos sujeitas ao julgamento pela Câmara de Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato. Essas infrações é que podem, na tradição do direito brasileiro, ser denominadas crimes de responsabilidade.

Assim, compete ao Poder Judiciário processar e julgar os crimes (comuns e de responsabilidades impróprios) praticados pelos prefeitos Municipais (art. 29, X, da CF).

No tocante, porém, às infrações político-administrativas (crimes de responsabilidade próprios), a competência para julgamento é da Câmara Municipal²⁶⁰, uma vez que se trata de

²⁶⁰ STF – 1.ª T. – Habeas Corpus n.º 71.991-1/MG – Rel. Min. Sydney Sanches, Diário da Justiça, Seção I, 2 mar. 1995, p. 4.022. Conferir, nesse sentido: STF – “com base no princípio da simetria (CF, art. 86, § 1.º), entendeu constitucionais o dispositivo que conferia à Câmara Municipal competência para julgar o prefeito nas práticas de infrações político-administrativas definidas no DL 201/67 (afastados os crimes comuns previstos no art. 1.º do referido Decreto-lei, cuja competência é do Tribunal de Justiça) e a norma que prevê o afastamento, por até

responsabilidade política do chefe do Poder Executivo local, a ser devida e politicamente apurada pelo Poder Legislativo Municipal. A partir de 1.º-1-2001, entra em vigor a Emenda Constitucional n.º 25, de 14-2-2000, que estabelece como crimes de responsabilidade do Prefeito Municipal: efetuar repasse que supere os limites definidos no art. 29-A da Constituição Federal; não enviar o repasse até o dia vinte de cada mês; enviá-lo a menor em relação à proporção fixada na Lei Orçamentária.

Obviamente, apesar da previsão constitucional exemplificativa, haverá necessidade de previsão legal tipificando essas hipóteses, pois, o brocardo *nullum crimen sine tipo* tem plena incidência no campo dos ilícitos administrativos, havendo necessidade de que a previsão de tais infrações emane de lei federal, pois entende o Supremo Tribunal Federal que a definição formal dos crimes de responsabilidade insere-se, por seu conteúdo penal, na competência exclusiva da União.

Por fim, saliente-se que a Constituição Federal prevê a competência originária do Tribunal de Justiça, salvo as exceções acima analisadas, somente para o processo e julgamento das infrações penais comuns ajuizadas contra o Prefeito Municipal, não se admitindo ampliação interpretativa no sentido de considerar-se a existência de foro privilegiado para as ações populares, ações civis públicas, e demais ações de natureza cível²⁶¹.

Da mesma forma, inexistente foro privilegiado para o ajuizamento de ações por prática de atos de improbidade administrativa em face de Prefeitos Municipais²⁶², por ausência de previsão constitucional específica²⁶³, devendo, portanto, ser ajuizadas perante a 1.ª instância²⁶⁴.

A Lei n.º 10.628, de 24 de dezembro de 2002, alterando a redação do art. 84 do Código de Processo Penal, estabeleceu em seu § 2.º, que a ação de improbidade deverá ser proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública.

Observe-se, porém, que essa extensão de competência ao Tribunal de Justiça para as ações de improbidade administrativa ajuizadas contra Prefeitos Municipais fere frontalmente o inciso X, do art. 29 da Constituição Federal, devendo, portanto, ser declarada inconstitucional.

A citada lei estabeleceu, ainda, que essa competência especial por prerrogativa de função deverá prevalecer ainda que o inquérito ou a ação judicial se iniciem após a cessação do exercício da função pública, revigorando, no campo civil, a antiga regra da contemporaneidade fato/mandato prevista na Súmula 394 do STF, hoje cancelada. Essa

90 dias, do prefeito quando recebida denúncia por crime político-administrativo pela Câmara Municipal" (STF – Pleno – Rextr. n.º 192.527-PR – Rel. Min. Marco Aurélio, 25-4-2001 – Informativo STF n.º 226, p. 1, Brasília, 9 de maio de 2001).

²⁶¹ TJ/SP – 5.ª Câmara Civil - Apelação Cível n.º 179.369.119 - Rel. Des. Márcio Bonilha - RT 694/88. Nesse sentido: "A competência originária do Tribunal de Justiça é para o julgamento do prefeito, isto é, diz respeito a ações criminais contra o Prefeito, quando, então será ele julgado. Não diz respeito a outras ações nas quais se julga a responsabilidade civil dele por atos praticados no exercício do cargo" (TJ/SP – 2.ª Câmara Civil - Apelação Cível n.º 201.861-1/8 - Rel. Des. Lino Machado, decisão: 1.º mar. 1994).

²⁶² Nesse sentido: "Provimento parcial de apelo do Ministério Público para decretar a nulidade da sentença prejudicados os demais recursos. A julgadora deixou de apreciar matéria relativa à improbidade administrativa (Lei n.º 8.429/92) por entendê-la de competência originária do Tribunal de Justiça. Sem razão, porém. (...) A jurisprudência não discrepa: O foro privilegiado concedido pelo art. 29, VIII (atual X), da CF a Prefeito Municipal em razão do cargo, diz respeito somente aos casos de responsabilidade penal, não se estendendo aos de natureza civil" (Tribunal de Justiça de São Paulo – 2.ª Câmara de Direito Público - Apelação Cível n.º 278.064-1/9 - São Paulo - Rel. Des. Corrêa Vianna, decisão: 27 maio 1997). No mesmo sentido: RT 694/88; JTJ 170/20.

²⁶³ Consultar a respeito: Capítulo 10 - item 4.7.1-A4, onde se analisa a inexistência de foro privilegiado para ações populares, ações civis públicas e por ato de improbidade em relação ao Presidente da República.

²⁶⁴ Cf., STF - Inquérito n.º 1202 5/CE - Rel. Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça, Seção I, 4 mar. 1997, p. 4.800, onde se decidiu pela incompetência do STF para processo e julgamento de ação civil por ato de improbidade administrativa contra ex-Prefeito Municipal, atualmente, deputado federal, por considerar-se a 1.ª instância da Justiça Comum como foro competente.

perpetuação de competência, igualmente, fere a interpretação dada pelo STF à questão dos foros especiais e, conseqüentemente, deverá ser declarada inconstitucional²⁶⁵.

1.6.3 Vereadores - imunidade material²⁶⁶

Seguindo a tradição de nosso direito constitucional, não houve previsão de imunidades formais aos vereadores; porém, em relação às imunidades materiais o legislador constituinte inovou, garantindo-lhe a inviolabilidade por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do município²⁶⁷.

Conforme será amplamente estudado no Capítulo 10 (Da organização dos Poderes), item 2.7.5, a imunidade material dos membros do Poder Legislativo abrange a responsabilidade penal, civil, disciplinar e política, pois trata-se de cláusula de irresponsabilidade geral de Direito Constitucional material.

Dessa forma, em conclusão, são requisitos constitucionais exigíveis para a caracterização da inviolabilidade do vereador:

- manifestação de vontade, através de opiniões, palavras e votos;
- relação de causalidade entre a manifestação de vontade e o exercício do mandato, entendida globalmente dentro da função legislativa e fiscalizatória do Poder Legislativo e independentemente do local;
- abrangência na circunscrição do município.

Ressalte-se que não existe qualquer possibilidade de criação pelas Constituições Estaduais, nem pelas respectivas leis orgânicas dos municípios, de imunidades formais em relação aos vereadores²⁶⁸, e tampouco de ampliação da imunidade material, uma vez que a competência para legislar sobre direito civil, penal e processual é privativa da União, nos termos do art. 22, I, da Constituição Federal.

Diversa, porém, é a hipótese de previsão de foro privilegiado para o processo e julgamento dos vereadores. Em face do art. 125, § 1.º, da Constituição Federal, não existirá óbice à Constituição estadual em prever o Tribunal de Justiça como o juízo competente para os processos e julgamentos dos vereadores nas infrações penais comuns, se assim o legislador constituinte estadual preferir²⁶⁹.

1.7 Distrito Federal

A nova Constituição Federal garante ao Distrito Federal a natureza de ente federativo autônomo, em virtude da presença de sua tríplice capacidade de auto-organização, autogoverno e auto-administração (CF, arts. 1.º, 18, 32, 34), vedando-lhe a possibilidade de

²⁶⁵ Conferir a respeito o julgamento da questão de ordem que cancelou a Súmula 394: STF - Pleno - Inquérito n.º 687/SP - questão de ordem - Rel. Min. Sydney Sanches, Informativo STF n.º 159.

²⁶⁶ Sobre o assunto ver capítulo sobre Poder Legislativo - Imunidades Parlamentares.

²⁶⁷ Nesse sentido: "PENAL. VEREADOR. IMUNIDADE PARLAMENTAR. CRIME CONTRA A HONRA - Tratando-se de expressões consideradas ofensivas, porém pronunciadas no recinto da Câmara Municipal, forçoso é reconhecer que o Edil goza de prerrogativa da imunidade parlamentar (art. 29, VI, da CF), não podendo ser processado" (STJ - 6.ª T. - RHC n.º 6.688/SP - Rel. Min. William Patterson, Diário da Justiça, Seção I, 2 fev. 1998, p. 132).

²⁶⁸ O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de várias Constituições Estaduais que previam imunidades processuais aos vereadores: STF - Pleno - Adin n.º 371/SE (medida cautelar) - Rel. Min. Paulo Brossard, Diário da Justiça, Seção I, 19 fev. 1993, p. 2.030; STF - Pleno - Adin n.º 685/PA (medida cautelar) - Rel. Min. Célio Borja, Diário da Justiça, Seção I, 8 maio 1992, p. 6.265; STF - Pleno - Adin n.º 558/RJ (medida cautelar) - Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 26 mar. 1993, p. 5.001.

²⁶⁹ Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal, em face do art. 123, III, d - 4 da Constituição do Estado do Piauí que prevê foro privilegiado aos vereadores (STF - 2.ª T. - HC n.º 74.125-8/PI - Rel. Min. Francisco Rezek, j. 3 set. 1996 - Serviço de jurisprudência - Ementário n.º 1864-04).

subdividir-se em municípios. Dessa forma, não é Estado-membro, nem tampouco município, tendo, porém, em regra, todas as competências legislativas e tributárias reservadas aos Estados e municípios (CF, arts. 32 e 147), excetuando-se somente a regra prevista no art. 22, XVII, da Constituição Federal ("Compete privativamente à União legislar sobre XVII - organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes").

O Distrito Federal se auto-organizará por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição. Igualmente, reger-se-á, pelas suas leis distritais, editadas no exercício de sua competência legislativa (CF, art. 32).

A capacidade de autogoverno consubstancia-se na eleição do governador e do Vice-governador, somente pelo próprio povo do Distrito Federal, observadas as regras do art. 77 da Constituição Federal, bem como de seus próprios Deputados Distritais, componentes do Poder Legislativo Local (Câmara Legislativa), todos para um mandato de quatro anos. Em relação ao Poder Judiciário do Distrito Federal, permanece a previsão de que competirá, privativamente, à União organizar e mantê-lo, afetando, parcialmente, a autonomia desse ente federado.

Por fim, a capacidade de auto-administração decorre da possibilidade do Distrito Federal exercer suas competências administrativas, legislativas e tributárias constitucionalmente deferidas, sem qualquer ingerência da União (CF, art. 25, § 1.º).

1.8 Territórios

Os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar (CF, art. 18, § 2.º). Dessa forma, não são componentes do Estado Federal, pois constituem simples descentralizações administrativas-territoriais da própria União, e conseqüentemente receberam da Constituição tratamento compatível com sua natureza²⁷⁰.

Observe-se que, na data de promulgação da constituição existiam três territórios: Fernando de Noronha, Amapá e Roraima. Essa situação foi resolvida pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Assim, os Territórios Federais de Roraima e do Amapá foram transformados em Estados Federados, mantidos seus atuais limites geográficos e instalados com a posse dos governadores eleitos em 1990 (CF - ADCT, art. 14).

Por sua vez, o Território Federal de Fernando de Noronha foi extinto, sendo sua área reincorporada ao Estado de Pernambuco (CF - ADCT, art. 15).

Ressalte-se, por fim, que apesar da inexistência atual, a própria Constituição Federal permite a criação de novos territórios (CF, art. 18, § 3.º), tendo inclusive, com esse intuito, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, previsto a criação, dentro de noventa dias da promulgação da constituição, de uma comissão de estudos territoriais, com 10 membros indicados pelo Congresso Nacional e cinco pelo Poder Executivo, com a finalidade de apresentar estudos sobre o território nacional e anteprojetos relativos a novas unidades territoriais, notadamente na Amazônia Legal e em áreas pendentes de solução. Igualmente,

²⁷⁰ A EC n.º 38, promulgada em 12-6-2002, determinou a incorporação dos policiais Militares do extinto território Federal de Rondônia aos quadros da União, desde que, comprovadamente, se encontrassem no exercício regular de suas funções prestando serviços àquele ex-território na data em que foi transformado em Estado.

estabeleceu prazo de um ano para que a referida comissão submetesse ao Congresso Nacional os resultados de seus estudos para apreciação nos doze meses subsequentes (CF - ADCT, art. 12).

1.9 Formação dos Estados

Os Estados-membros, como já salientado, são tradicionalmente instituições estruturais de um Estado Federal, caracterizando-se pela autonomia organizacional, governamental e político-administrativa. Porém, diferentemente do território da República Federativa do Brasil, a divisão político-administrativa interna da Federação brasileira não é imutável (CF, art. 18, § 3.º). Dessa forma, não há como se formar novos Estados partindo-se de territórios ainda não existentes. A divisão político-administrativa interna, porém, poderá ser alterada com a constituição de novos Estados-membros, pois a estrutura territorial interna não é perpétua.

A Constituição prevê esta possibilidade no § 3.º, do art. 18, ao estabelecer que os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar.

Portanto, são quatro as hipóteses de alterabilidade divisional interna do território brasileiro:

- incorporação;
- subdivisão;
- desmembramento - anexação;
- desmembramento - formação.

Para todas essas hipóteses, a Constituição Federal exige três requisitos:

- consulta prévia às populações diretamente interessadas, por meio de plebiscito²⁷¹ - vedada a possibilidade de realização posterior de consulta das populações diretamente interessadas, por meio de referendo, mesmo que haja previsão da Constituição Estadual nesse sentido;
- oitiva das respectivas Assembléias Legislativas dos Estados interessados (CF, art. 48, VI). É uma função meramente opinativa;
- Lei Complementar Federal específica aprovando a incorporação, subdivisão ou o desmembramento.

Note-se que se o plebiscito for desfavorável, o procedimento estará encerrado, constituindo, pois, a aprovação das populações diretamente interessadas, verdadeira condição de procedibilidade do processo legislativo da lei complementar. Caso, porém, haja aprovação plebiscitária, o Congresso Nacional soberanamente decidirá pela aprovação ou não da lei complementar. Em síntese, a negativa no plebiscito impede o processo legislativo; enquanto que a concordância dos interessados permite que o projeto de lei complementar seja discutido no Congresso Nacional, sem contudo vinculá-lo, pois esse deverá zelar pelo interesse geral da República Federativa e não somente o das populações diretamente interessadas.

1.9.1 Fusão (incorporação entre si)

²⁷¹ O art. 4.º da Lei n.º 9.709, de 18 de novembro de 1998, regulamentou essa hipótese plebiscitária.

Dois ou mais Estados se unem com outro nome. Portanto, consiste na reunião de um Estado a outro, perdendo ambos os Estados incorporados sua personalidade, por se integrarem a um novo Estado. A fusão pode ser entre dois, três, ou mais Estados, com a conseqüência lógica da perda das primitivas personalidades e surgimento de um novo Estado.

1.9.2 Subdivisão

Ocorre quando um Estado divide-se em vários novos Estados-membros, todos com personalidades diferentes, desaparecendo por completo o Estado-originário. Assim, subdivisão significa separar um todo em várias partes, formando cada qual uma unidade nova e independente das demais.

1.9.3 Desmembramento

Consiste em separar uma ou mais partes de um Estado-membro, sem que ocorra a perda da identidade do ente federativo primitivo. Assim, significa separação de parte do Estado-originário, sem que ele deixe de existir juridicamente com sua própria personalidade primitiva. O Estado-originário será desfalcado de parte de seu território, perdendo, igualmente, parcela de sua população. A parte desmembrada poderá anexar-se a um outro Estado-membro (desmembramento-anexação), quando então não haverá criação de um novo ente federativo, mas tão-somente alteração de limites territoriais.

Há, porém, a possibilidade da parte desmembrada constituir novo Estado²⁷², ou, ainda, formar um Território Federal (desmembramento-formação).

1.10 Formação de municípios

A Emenda Constitucional n.º 15, de 12-9-1996, trouxe nova redação ao art. 18 da Constituição Federal²⁷³, alterando os requisitos de observância obrigatória para todos os Estados-membros²⁷⁴, para criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios, que passaram a ser:

- lei complementar federal estabelecendo genericamente o período possível para a criação, incorporação, fusão ou desmembramento de municípios²⁷⁵;
- lei ordinária federal prevendo os requisitos genéricos exigíveis, bem como a apresentação e publicação dos Estudos de Viabilidade Municipal;
- consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos municípios diretamente interessados²⁷⁶ - A alteração constitucional – “populações dos municípios envolvidos”

²⁷² A criação do Estado de Tocantins pelo legislador constituinte exemplifica essa hipótese, conforme determina o art. 13 do ADCT: "É criado o Estado do Tocantins, pelo desmembramento da área descrita neste artigo, dando-se sua instalação no quadragésimo sexto dia após a eleição prevista no § 3.º, mas não antes de 1.º de janeiro de 1989. § 1.º. O Estado do Tocantins integra a Região Norte e limita-se com o Estado de Goiás pelas divisas norte dos municípios de São Miguel do Araguaia, Porangatu, Formoso, Minaçu, Cavalcante, Monte Alegre de Goiás e Campos Belos, conservando a leste, norte e oeste as divisas atuais de Goiás com os Estados da Bahia, Piauí, Maranhão, Pará e Mato Grosso. § 2.º O Poder Executivo designará uma das cidades do Estado para sua capital provisória até a aprovação da sede definitiva do governo pela Assembléia Constituinte. §§ 3.º, 4.º, 5.º, 6.º... § 7.º Fica o Estado de Goiás liberado dos débitos e encargos decorrentes de empreendimentos no território do novo Estado, e autorizada a União, a seu critério, a assumir os referidos débitos."

²⁷³ O texto anterior dizia: "art. 18, § 4.º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de municípios preservarão a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano, far-se-ão por lei estadual, obedecidos os requisitos previstos em lei complementar estadual, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas."

²⁷⁴ STF - Pleno - Adin n.º 262-7/RO - Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 25 maio 1990.

²⁷⁵ Trata-se, pois, de norma constitucional de eficácia limitada. Nesse sentido decidiu o TSE, afirmando que "é público e notório que essa lei complementar federal não existe, ainda, na ordem jurídica do País (...). Não se viabiliza o procedimento, tendente à criação de município, enquanto não editada a lei complementar a que se refere o artigo 18, § 4.º, da Constituição" (TSE - MS n.º 2.812 - Bahia - Rel. Min. Edson Vidigal, Diário da Justiça, Seção I, 23 mar. 2000. p. 43).

²⁷⁶ O art. 5.º da Lei n.º 9.709, de 18 de novembro de 1998, regulamentou essa hipótese plebiscitária.

significa "populações dos municípios diretamente interessados" e afasta a interpretação até então pacífica do Tribunal Superior Eleitoral, no sentido de que, no caso de desmembramento de um distrito de determinado município, estariam aptos a votar somente os eleitores inscritos no distrito emancipando, que se expressam como legítimos representantes da população diretamente interessada e não de todo o município²⁷⁷.

Corroborando a interpretação do texto, contrária à anterior jurisprudência do TSE, foi editada a Lei n.º 9.709, de 18 de novembro de 1998, que em seu artigo 7.º prevê que nas consultas plebiscitárias entende-se por população diretamente interessada tanto a do território que se pretende desmembrar, quanto a do que sofrerá desmembramento.

Ressalte-se que o STF afirmou que "não parece compatível com a Constituição Federal o diploma legislativo que cria município ad referendum de consulta plebiscitária" (RTJ, 159/775). Por fim, "anote-se que, proclamado pelo TRE o resultado negativo da consulta, a decisão - preclusa no âmbito da Justiça Eleitoral -, tem eficácia definitiva e vinculante da Assembléia Legislativa, impedindo a criação do Município projetado, sob pena de inconstitucionalidade por usurpação da competência judiciária" (RTJ, 158/36). Importante, ainda, destacar decisão do Pretório Excelso que julgou parcialmente inconstitucional a Lei n.º 498 do Estado de Tocantins no tocante à modificação da área, limites e confrontações do Município de Cariri do Tocantins, sem prévia consulta plebiscitária. Dessa forma, entendeu o STF que, mesmo para a edição de leis estaduais que prevejam alterações geográficas entre municípios, haverá a necessidade de consulta plebiscitária (STF - Pleno - Adin n.º 1.262/TO - Rel. Min. Sydney Sanches, d. 11-9-97 - Informativo n.º 83);

- lei ordinária estadual criando especificamente determinado município²⁷⁸.

1.11 Vedações constitucionais de natureza federativa

A constituição determina ser vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios (CF, art. 19):

- estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público. A República Federativa do Brasil é leiga ou laica, uma vez que há separação total entre Estado e Igreja, inexistindo religião oficial.

Observe-se, porém, que o fato de ser uma Federação-leiga não nos confunde com os Estados-ateus, pois o Brasil, expressamente, afirma acreditar em Deus, quando no preâmbulo constitucional declara: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-

²⁷⁷ TSE - MS n.º 1.511/DF, Rel. Min. José Cândido, Diário da Justiça, Seção I, 5 jun. 1992. No sentido do texto, em análise à nova redação ao texto do art. 18, § 4.º, decidiu o Tribunal Superior Eleitoral que "Criação de Município - Lei estadual e resoluções da Justiça Eleitoral visando a realização de Plebiscito entre a população da área territorial a ser elevada a categoria de município - Superveniência de emenda Constitucional prevendo consulta às populações dos municípios envolvidos - O texto constitucional tem imediata vigência, incidindo sobre processo de desmembramento de municípios ainda não concluído" (TSE - Pleno - Mandado de segurança n.º 2.664 - Classe 14.ª - Rio de Janeiro - Rel. Min. Nilson Naves, Diário da Justiça, Seção I, 24 abr. 1998, p. 57). Nesse mesmo sentido: "estrangeira aqui a invocação de precedente do Supremo Tribunal Federal, considerando necessária a consulta plebiscitária apenas na região em que se pretende a criação de novo Município. Essa decisão é anterior ao texto vigente da Constituição Federal, art. 18, § 4.º, alterado pela Emenda 15/96" (TSE - Agravo regimental interposto nos autos do Mandado de Segurança n.º 2.812 - Bahia - Rel. Min. Edson Vidigal, Diário da Justiça, Seção I, 23 mar. 2000, p. 43).

²⁷⁸ STJ - "É inconstitucional a lei que cria município, antes de realizado plebiscito; no entanto, a revogação desta lei prematura faz convalescer os atos praticados no sentido de preparar-se a fundação da nova comuna" (RMS n.º 8.292/PR - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Diário da Justiça, Seção I, 13 out. 1997, p. 51.520).

estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL."

Surge como verdadeiro corolário desse princípio a vedação constitucional de instituição de impostos por parte da União, Estados, Distrito Federal e municípios, sobre templos de qualquer culto (CF, art. 150, VI, b);

- recusar fé aos documentos públicos;
- criar distinções entre brasileiros - preconiza mais uma vez o consagrado princípio da igualdade (CF, art. 5.º, caput e inciso I). É o denominado princípio da isonomia federativa;
- criar preferências entre si - como corolário desse princípio, a Constituição Federal estabelece que sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios a instituição de impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros (CF, art. 150, VI, a), pois é da própria essência do pacto federal a imunidade recíproca dos entes que o compõem, porque, sendo a federação uma associação de Estados, que se encontram no mesmo plano, não há que se falar em relação de súdito para soberano, de poder reciprocamente. Como salienta o Supremo Tribunal Federal: "o fundamento político da imunidade constitucional recíproca - e a Constituição é documento político - dos entes públicos foi indestrutível, à base da concórdia, do respeito e da solidariedade recíproca" abrangendo, inclusive, a proibição de exigibilidade, por parte da União, do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários considerados rendimentos auferidos pelos Estados ou município em aplicações no mercado financeiro, não importando se esses entes federativos auferem ganhos a partir da atividade financeira, uma vez que a Constituição não estipula nenhuma restrição em relação à imunidade recíproca.

A imunidade tributária recíproca reforça a idéia central da Federação, baseada na divisão de poderes e partilha de competências entre os diversos entes federativos, todos autônomos, e tem sido consagrada no direito constitucional brasileiro como um dos dogmas básicos de nosso Estado Federal, intangível em face da expressa previsão do art. 60, § 4.º, inciso I, da Constituição Federal.

2 REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

2.1 Conceito

A autonomia das entidades federativas pressupõe repartição de competências legislativas, administrativas e tributárias, sendo, pois, um dos pontos caracterizadores e asseguradores do convívio no Estado Federal.

Na definição de José Afonso da Silva, competência é a "faculdade juridicamente atribuída a uma entidade, órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. Competências são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções".

A própria Constituição Federal estabelecerá as matérias próprias de cada um dos entes federativos, União, Estados-membros, Distrito Federal e municípios, e a partir disso, poderá acentuar a centralização de poder, ora na própria Federação, ora nos Estados-membros.

2.2 Princípio básico para a distribuição de competências - predominância do interesse

O princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado Federal é o da predominância do interesse, que assim se manifesta:

ENTE FEDERATIVO	INTERESSE
União	Geral
Estados-membros	Regional
Municípios	Local
Distrito Federal	Regional + Local ²⁷⁹

Assim, pelo princípio da predominância do interesse, à União caberá aquelas matérias e questões de predominância do interesse geral ao passo que aos Estados referem-se as matérias de predominante interesse regional, e aos municípios concernem os assuntos de interesse local. Em relação ao Distrito Federal, por expressa disposição constitucional (CF, art. 32, § 1.º), acumulam-se, em regra, as competências estaduais e municipais, com a exceção prevista no art. 22, XVII, da Constituição.

O legislador constituinte, adotando o referido princípio, estabeleceu quatro pontos básicos no regramento constitucional para a divisão de competências administrativas e legislativas:

1. Reserva de campos específicos de competência administrativa e legislativa:

União - Poderes enumerados (CF, arts. 21 e 22)

Estados - Poderes remanescentes (CF, art. 25, § 1.º)

Município - Poderes enumerados (CF, art. 30)

Distrito Federal - Estados + Municípios (CF, art. 32, § 1.º)²⁸⁰²⁸¹²⁸²²⁸³

2.3 Repartição em matéria administrativa

2.3.1 Quadro geral

Competência administrativa:

Exclusiva, Comum

Exclusiva: Poderes enumerados, Poderes reservados

Poderes enumerados -> União (art. 21), Municípios (art. 30)

Poderes reservados -> Estados (art. 25, § 1.º)

Comum: Cumulativa ou paralela (art. 23) -> União/Estados/Distrito Federal/Municípios

2.3.2 Competências administrativas da União

A Constituição Federal concede à União, em relação à competência administrativa, as seguintes matérias, competindo-lhe:

- manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais;

²⁷⁹ A Constituição Federal prevê uma exceção: art. 22, XVII - Compete, privativamente, à União: organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes.

²⁸⁰ Relembrar da exceção do art. 22, XVII, da CF

²⁸¹ Possibilidade de delegação (CF, art. 22, parágrafo único) - Lei complementar federal poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias de competência privativa da União.

²⁸² Áreas comuns de atuação administrativa paralela (CF, art. 23)

²⁸³ Áreas de atuação legislativa concorrentes (CF, art. 24)

- declarar a guerra e celebrar a paz;
- assegurar a defesa nacional;
- permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente;
- decretar o estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal;
- autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico;
- emitir moeda;
- administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada;
- elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;
- manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;
- explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;
- explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens; os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; os portos marítimos, fluviais e lacustres;
- organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios²⁸⁴;
- organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio²⁸⁵;
- organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional;
- exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão;
- conceder anistia;
- planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações;

²⁸⁴ Trata-se de exceção à autonomia administrativa do Distrito Federal.

²⁸⁵ Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, promulgada em 4-6-1998 e publicada no Diário Oficial da União em 5-6-1998. Ressalte-se que o art. 34 da própria Emenda Constitucional estabeleceu que sua entrada em vigor seria na data de sua promulgação.

- instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso;
- instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;
- estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação;
- executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras²⁸⁶;
- explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional; sob regime de concessão ou permissão, é autorizada a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos medicinais, agrícolas, industriais e atividades análogas; a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;
- organizar, manter e executar a inspeção do trabalho;
- estabelecer as áreas e as condições para o exercício da atividade de garimpagem, em forma associativa.

2.3.3 Competências administrativas dos Estados-membros

Aos Estados-membros são reservadas as competências administrativas que não lhes sejam vedadas pela constituição, ou seja, cabe na área administrativa privativamente ao Estado todas as competências que não forem da União (CF, art. 21), dos municípios (CF, art. 30) e comuns (CF, art. 23). É a chamada competência remanescente dos Estados-membros, técnica clássica adotada originariamente pela Constituição norte-americana e por todas as Constituições brasileiras, desde a República, e que presumia o benefício e a preservação de autonomia desses em relação à União, uma vez que a regra é o governo dos Estados, a exceção o Governo Federal, pois o poder reservado ao governo local é mais extenso, por ser indefinido e decorrer da soberania do povo, enquanto o poder geral é limitado e se compõe de certo modo de exceções taxativas.

2.3.4 Competências administrativas dos municípios

O art. 30 determina competir aos municípios, além da fórmula genérica do interesse local, as seguintes matérias:

- instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;
- criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;
- organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial. Em relação aos serviços públicos de interesse local, a EC n.º 39, de 19 de dezembro de 2002, expressamente referiu-se ao serviço de iluminação pública, permitindo aos Municípios a

²⁸⁶ Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, promulgada em 4-6-1998 e publicada no Diário Oficial da União em 5-6-1998. Ressalte-se que o art. 34 da própria Emenda Constitucional estabeleceu que sua entrada em vigor seria na data de sua promulgação.

instituição de contribuição para seu custeio, observado o art. 150, I e III, da CF, que, inclusive, poderá ser cobrada na fatura de consumo de energia elétrica;

- manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental;
- prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;
- promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;
- promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

2.3.5 Competências administrativas do Distrito Federal

A Constituição Federal, no rol de competências administrativas comuns a todos os entes federativos, também inclui o Distrito Federal (CF, art. 23). Além disso, em regra, poderá administrativamente reger-se pela somatória das competências estaduais e municipais²⁸⁷.

2.3.6 Competência administrativa comum

É de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios:

- zelar pela guarda da constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;
- cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;
- proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;
- impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;
- proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;
- proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
- preservar as florestas, a fauna e a flora;
- fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;
- promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;
- combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;
- registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;
- estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

²⁸⁷ Assim como os Municípios, encontra-se na competência do Distrito Federal a prestação de serviço de iluminação pública, permitindo-se, nos termos da EC n.º 39, de 19 de dezembro de 2002, a instituição de contribuição para seu custeio, observado o art. 150, I e III, que, inclusive, poderá ser cobrada na fatura de consumo de energia elétrica.

A Constituição Federal prevê a edição de lei complementar federal que fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

2.4 Repartição em matéria legislativa

2.4.1 Quadro geral de repartição de competência legislativa

- a. Competência privativa da União (CF, art. 22)
- b. Possibilidade de delegação de competência da União para os Estados (CF, art. 22, parágrafo único)
- c. Competência concorrente União/Estado/Distrito Federal (CF, art. 24)
- d. Competência remanescente (reservada) do Estado (CF, art. 25, § 1.º)
- e. Competência exclusiva do município (CF, art. 30, I)
- f. Competência suplementar do município (CF, art. 30, II)
- g. Competência reservada do Distrito Federal (CF, art. 32, § 1.º).

A. Competência privativa da União (CF, art. 22)

A Constituição Federal prevê nos 29 incisos do art. 22 as matérias de competência privativa da União, definindo preceitos declaratórios e autorizativos da competência geral na legislação federal e demonstrando clara supremacia em relação aos demais entes federativos, em virtude da relevância das disposições.

Anote-se que a característica de privatividade²⁸⁸ permite a delegação, de acordo com as regras do parágrafo único do citado artigo.

Diferentemente, Fernanda Dias Menezes de Almeida aponta que "o que não nos parece apropriado, no entanto, é extremar mediante o uso dos termos 'privativo' e 'exclusivo' as competências próprias que podem e as que não podem ser delegadas, como se 'privativo' não exprimisse, tanto quanto 'exclusivo', a idéia do que é deferido a um titular com exclusão de outros" (Competências na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1991. p. 86).

Assim, compete privativamente à União, sem prejuízo de outras previsões constitucionais (por exemplo: CF, arts. 48, 149, 164, 178, 184), legislar sobre:

- direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;
- desapropriação;
- requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra;
- águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;
- serviço postal;
- sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais;
- política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores;
- comércio exterior e interestadual;

²⁸⁸ Competência privativa e exclusiva: José Afonso da Silva afirma que "a diferença que se faz entre competência exclusiva e privativa é que aquela é indelegável e esta é delegável. Então, quando se quer atribuir competência própria a uma entidade ou órgão com possibilidade de delegação de tudo ou de parte, declara-se que compete privativamente a ele a matéria indicada.... Mas a Constituição não é rigorosamente técnica neste assunto" (Op. cit. p. 419).

- diretrizes da política nacional de transportes;
- regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;
- trânsito e transporte;
- jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia;
- nacionalidade, cidadania e naturalização;
- populações indígenas;
- emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros;
- organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;
- organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes;
- sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais;
- sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular;
- sistemas de consórcios e sorteios;
- normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares;
- competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais;
- seguridade social;
- diretrizes e bases da educação nacional;
- registros públicos;
- atividades nucleares de qualquer natureza;
- normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1.º, III²⁸⁹;
- defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional;
- propaganda comercial.

1. Competência privativa da União - trânsito e transporte

A Constituição Federal de 1988, alterando a disciplina anterior (CF/69, art. 8.º, XVII, n, c/c o seu parágrafo único - competência concorrente União/Estados), previu a competência privativa da União para legislar sobre as regras de trânsito e o transporte (CF, art. 22, XI). Essa alteração constitucional fez com que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pronunciando-se sobre o preceito inscrito no art. 22, XI, da Constituição Federal, declarasse competir privativamente à União legislar sobre trânsito e transporte, proibindo-se, via de consequência, aos Estados-membros, a possibilidade de editar normas peculiares a essa

²⁸⁹ Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, promulgada em 4-6-1998 e publicada no Diário Oficial da União em 5-6-1998. Ressalte-se que o art. 34 da própria Emenda Constitucional estabeleceu que sua entrada em vigor seria na data de sua promulgação. Conferir: MORAES, Alexandre. Reforma Administrativa - EC n.º 19/98. São Paulo: Atlas, 1998.

mesma matéria, por não se encontrar tal hipótese contemplada no rol exaustivo das competências comuns (CF, art. 23) e concorrentes (CF, art. 24) atribuídas²⁹⁰.

Assim, por exemplo, será inconstitucional a lei estadual, por invasão da competência legislativa da União (CF, art. 22, XI), que habilita menores de dezoito anos à condução de veículos automotores.

Atualmente, portanto, a única possibilidade de o Estado-membro legislar sobre questões relativas a trânsito e transporte, será mediante delegação da própria União, por meio de lei complementar, de um ponto específico da citada matéria.

2. Transporte interestadual e intermunicipal

A competência para legislar sobre comércio interestadual e transporte é privativa da União (CF, art. 22, VIII e XI), diferentemente da hipótese da regulamentação do transporte intermunicipal.

Uma rápida análise sobre a divisão de competências prevista na Constituição Federal de 1988, nos mostra que a União não detém outras competências senão aquelas que lhe são deferidas expressamente pelo texto constitucional. No tocante, porém, aos Estados-membros, apesar de possuírem algumas competências descritas explicitamente, encontram no art. 25, § 1.º, a grande fonte de sua competência, pois lhes são reservadas as competências que não lhes sejam vedadas pela constituição.

Por outro lado, em relação aos municípios, a constituição adota a técnica de enunciar competências explícitas, além de fornecer um critério para a determinação de competência, por meio da cláusula assuntos de interesse local.

Neste contexto, necessário identificar a pessoa política competente para disciplinar regras sobre trânsito e transporte intermunicipal.

O art. 8.º, inc. XVII, n, e parágrafo único da constituição anterior disciplinava a competência concorrente da União para legislar sobre tráfego e trânsito nas vias terrestres.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, analisando a questão de transporte intermunicipal de passageiros, decidiu que o Estado não se excedeu ao legislar sobre transporte intermunicipal de passageiros, pois permaneceu dentro de sua competência, prevista no parágrafo único do art. 8.º da Constituição Federal, ao fazê-lo em caráter apenas supletivo.

Ocorre, porém, que a atual constituição, no art. 22, inc. IX e XI, confere à União, privativamente, competência para legislar sobre as diretrizes da política nacional de transportes e sobre trânsito e transporte. Além disto, a Constituição Federal, no art. 21, inc. XII, e, afirma competir à União explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão serviço de transporte rodoviário, interestadual e internacional de passageiros.

Ainda, no campo específico do transporte coletivo municipal, o art. 30, V, faz referência expressa à competência municipal para organizar e prestar; diretamente ou sob regime de

²⁹⁰ STF - Pleno - Adin n.º 1.479-0/RS - Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, 2 ago. 1996, p. 25.790-92. citando inclusive que "Em função desse entendimento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal suspendeu, cautelarmente, a eficácia de diplomas legislativos estaduais que obrigavam a instalação de cinto de segurança em veículos de transporte coletivo de passageiros (Adin 874-BA, Rel. Min. Néri da Silveira), ou que autorizavam a condução de veículos automotores de passeio por maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (RTJ 136/41, Rel. Min. Celso de Mello; RTJ 137/575, Rel. Min. Octavio Gallotti; RTJ, 140/29, Rel. Min. Octavio Gallotti; RTJ 153/801, Rel. Min. Francisco Rezek)".

concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.

Esta norma garante ao município a competência para prestar serviços de transporte coletivo, que se limitem a transitar pelo próprio território municipal, reafirmando o princípio da predominância do interesse local, conforme o art. 30, I, da Constituição Federal.

Conseqüentemente, se à União caberá a organização das diretrizes básicas sobre a política nacional de transporte (trânsito e transporte) e ao município as regras de interesse local, resta saber a abrangência da competência remanescente dos Estados-membros.

Ao analisar a questão, Celso Bastos afirma que a "partilha de competências desemboca num modelo de repartição que se incumbe de entregar a cada um desses níveis de governo a competência para organizar o transporte na esfera da sua jurisdição; cabe, portanto, à União o transporte Federal, aos estados o transporte estadual ou intermunicipal, chegando-se, por este mesmo caminho à mesma conclusão: ao município cabe a organização e prestação do transporte de interesse local, ou municipal".

Conclui-se, portanto, que não compete à União, nem tampouco aos municípios, legislarem sobre normas de trânsito e transporte intermunicipal, sob pena de invasão da esfera de atuação do Estado-membro. Trata-se, por conseguinte, de competência remanescente dos Estados-membros, aos quais competirão gerirem, administrarem, serem responsáveis e autorizarem qualquer modalidade de transporte coletivo intermunicipal.

Importante ressaltar, por fim, que no exercício da competência de legislar sobre transporte intermunicipal, o Estado não poderá impor limitações ao tráfego de pessoas ou mercadorias, por meio de tributos intermunicipais.

B. Delegação de competência da União para os Estados (CF, art. 22, parágrafo único)

A Constituição Federal faculta à União, no art. 22, parágrafo único, a delegação de assuntos de sua competência legislativa privativa aos Estados, desde que satisfeitos três requisitos:

- requisito formal: a delegação deve ser objeto de lei complementar devidamente aprovada pelo Congresso Nacional, por maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal;
- requisito material: somente poderá ser delegado um ponto específico dentro de uma das matérias descritas nos vinte e nove incisos do art. 22 da Constituição Federal, pois a delegação não se reveste de generalidade, mas de particularização de questões específicas, do elenco das matérias incluídas na privatividade legislativa da União. Assim, nunca se poderá delegar toda a matéria existente em um dos citados incisos;
- requisito implícito: o art. 19 da Constituição Federal veda a criação por parte de qualquer dos entes federativos de preferências entre si. Dessa forma, a Lei Complementar editada pela União deverá delegar um ponto específico de sua competência a todos os Estados, sob pena de ferimento do princípio da igualdade federativa. Como ressalta Anna Cândida da Cunha Ferraz, "finalmente, a transferência de competência privativa para os Estados, mesmo para as questões específicas, não poderá ser desigual em número, profundidade ou complexidade, sequer para atender à diversidade entre os Estados, em face do princípio de igualdade de tratamento tradicionalmente assegurado às entidades federadas no Brasil e não suprimindo ou excepcionado pelo texto vigente".

C. Competência concorrente União/Estado/Distrito Federal (CF, art. 24)

O art. 24 da Constituição Federal prevê as regras de competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, estabelecendo quais as matérias que deverão ser regulamentadas de forma geral por aquela e específica por esses.

Determina a Constituição, competir à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

- direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico. É pacífico que o Estado-membro possui competência concorrente para legislar sobre direito tributário, financeiro e econômico, nos termos do art. 24, I, da Constituição Federal, desde que não viole as normas gerais do sistema monetário federal, inclusive para legislar sobre atualização do valor do ICMS;
- orçamento;
- juntas comerciais;
- custas dos serviços forenses;
- produção e consumo,
- florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição,
- proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;
- responsabilidade por dano ao meio ambiente²⁹¹, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- educação, cultura, ensino e desporto;
- criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;
- procedimentos em matéria processual;
- previdência social, proteção e defesa da saúde;
- assistência jurídica e defensoria pública;
- proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência²⁹²;
- proteção à infância e à juventude;
- organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.

No âmbito da legislação concorrente, a doutrina tradicionalmente classifica-a em cumulativa sempre que inexistir limites prévios para o exercício da competência, por parte de um ente,

²⁹¹ STF - Agravo de Instrumento n.º 0149742-0/040-RJ - Rel. Min. Néri da Silveira, j. 20-3-96 - Compete aos Estados, em relação ao controle ambiental, dentro de seus limites territoriais, estabelecer os índices de poluição toleráveis. À Conama, órgão Federal especializado, compete estipular os índices máximos de poluição suportáveis, fixando, em consequência, um mínimo a ser exigido, o que não impede aos Estados formular exigências maiores a respeito, dentro dos limites de seus territórios. Igualmente, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que multa aplicada por excessiva emissão de fumaça dos veículos, compatibiliza-se com típico poder de polícia, inserindo-se na legítima competência supletiva do Estado-membro (STJ - 1.ª T. - Rec. Esp. n.º 4.161-0-RJ - Rel. Min. Milton Luiz Pereira; j. 19-4-95; v.u.; DJU, Seção I, 15 maio 1995, p. 13.365, ementa). No mesmo sentido: STF - 2.ª T. - AgRgAg 147.111-5, Rel. Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça, 13 ago. 1993.

²⁹² STF - "Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade - Lei n.º 10.820/92 do Estado de Minas Gerais - Pessoas portadoras de deficiência - Transporte coletivo intermunicipal - Exigência de adaptação dos veículos - Matéria sujeita ao domínio da legislação concorrente - Possibilidade de o Estado-membro exercer competência legislativa plena - Medida cautelar deferida por despacho - referendo recusado pelo Plenário" (Pleno - Adin. n.º 903-6 - medida liminar - Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 24 out. 1997, p. 54.155).

seja a União, seja o Estado-membro, e em não cumulativa, que propriamente estabelece a chamada repartição vertical, pois, dentro de um mesmo campo material (concorrência material de competência), reserva-se um nível superior ao ente federativo União, que fixa os princípios e normas gerais, deixando-se ao Estado-membro a complementação.

A Constituição brasileira adotou a competência concorrente não-cumulativa ou vertical, de forma que a competência da União está adstrita ao estabelecimento de normas gerais, devendo os Estados e Distrito Federal especificá-las, através de suas respectivas leis. É a chamada competência suplementar dos Estados-membros e Distrito Federal (CF, art. 24, § 2.º).

Essa orientação, derivada da Constituição de Weimar (art. 10), consiste em permitir ao governo federal a fixação das normas gerais, sem descer a pormenores, cabendo aos Estados-membros a adequação da legislação às peculiaridades locais.

Note-se que, doutrinariamente, podemos dividir a competência suplementar dos Estados-membros e do Distrito Federal em duas espécies: competência complementar e competência supletiva. A primeira dependerá de prévia existência de lei federal a ser especificada pelos Estados-membros e Distrito Federal. Por sua vez, a segunda aparecerá em virtude da inércia da União em editar a lei federal, quando então, os Estados e o Distrito Federal, temporariamente, adquirirão competência plena tanto para edição das normas de caráter geral, quanto para normas específicas (CF, art. 24, §§ 3.º e 4.º).

Sobre o tema, indispensável a lição de Raul Machado Horta: "As Constituições federais passaram a explorar, com maior amplitude, a repartição vertical de competências, que realiza a distribuição de idêntica matéria legislativa entre a União Federal e os Estados-membros, estabelecendo verdadeiro condomínio legislativo, consoante regras constitucionais de convivência. A repartição vertical de competências conduziu à técnica da legislação federal fundamental, de normas gerais e de diretrizes essenciais, que recai sobre determinada matéria legislativa de eleição do constituinte federal. A legislação federal é reveladora das linhas essenciais, enquanto a legislação local buscará preencher o claro que lhe ficou, afeiçoando a matéria revelada na legislação de normas gerais às peculiaridades e às exigências estaduais. A Lei Fundamental ou de princípios servirá de molde à legislação local. É a Rahmengesetz, dos alemães; a Legge-cornice, dos italianos; a Loi de cadre, dos franceses; são as normas gerais do Direito Constitucional Brasileiro".

Dessa forma é possível o estabelecimento de algumas regras definidoras da competência legislativa concorrente:

- a competência da União é direcionada somente às normas gerais, sendo de flagrante inconstitucionalidade aquilo que delas extrapolar;
- a competência do Estado-membro ou do Distrito Federal refere-se às normas específicas, detalhes, minúcias (competência suplementar). Assim, uma vez editadas as normas gerais pela União, as normas estaduais deverão ser particularizantes, no sentido de adaptação de princípios, bases, diretrizes a peculiaridades regionais (competência complementar);
- não haverá possibilidade de delegação por parte da União, aos Estados-membros e Distrito Federal das matérias elencadas no art. 24 da Constituição;

- o rol dos incisos destinados à competência concorrente é taxativo, portanto não haverá essa possibilidade em matéria destinada a lei complementar, por ausência de previsão do art. 24 da CF;
- a inércia da União em regulamentar as matérias constantes no art. 24 da Constituição Federal não impedirá ao Estado-membro ou ao Distrito Federal a regulamentação da disciplina constitucional (competência supletiva). Note-se que, em virtude da ausência de Lei Federal, o Estado-membro ou o Distrito Federal adquirirão competência plena tanto para a edição de normas de caráter geral, quanto específico. Em relação à inércia legislativa da União, em sede de competência concorrente, decidiu o STF que "enquanto não sobrevier a legislação de caráter nacional, é de admitir a existência de um espaço aberto à livre atuação normativa do Estado-membro, do que decorre a legitimidade do exercício, por essa unidade federada, da faculdade jurídica que lhe outorga o art. 24, § 3.º, da Carta Política".
- a competência plena adquirida pelos Estados ou Distrito Federal é temporária, uma vez que, a qualquer tempo, poderá a União exercer sua competência editando lei federal sobre as normas gerais;
- a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

D. Competência remanescente (reservada) do Estado (CF, art. 25, § 1.º)

O Estado-membro, legislativamente, tem três espécies de competências:

- remanescente ou reservada (CF, art. 25, § 1.º);
- delegada pela União (CF, art. 22, parágrafo único);
- concorrente-suplementar (CF, art. 24).

1. Competência remanescente ou reservada

A regra prevista em relação à competência administrativa dos Estados-membros tem plena aplicabilidade, uma vez que são reservadas aos Estados as competências legislativas que não lhes sejam vedadas pela Constituição.

Assim, os Estados-membros poderão legislar sobre todas as matérias que não lhes estiverem vedadas implícita ou explicitamente.

São vedações implícitas as competências legislativas reservadas pela Constituição Federal à União (CF, art. 22) e aos municípios (CF, art. 30).

São vedações explícitas as normas de observância obrigatória pelos Estados-membros na sua auto-organização e normalização própria, consistentes, conforme já estudado, nos princípios sensíveis, estabelecidos e federais extensíveis.

Excepcionalmente, porém, a Constituição Federal estabeleceu algumas competências enumeradas aos Estados-membros, como a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de municípios, por meio de lei estadual (CF, art. 18, § 4.º); a exploração direta, ou mediante concessão, dos serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para sua regulamentação (CF, art. 25, § 2.º); a instituição, mediante lei complementar estadual das regiões metropolitanas, aglomerados urbanos e microrregiões (CF, art. 25, § 3.º).

2. Competência por delegação da União

A competência estadual oriunda da delegação pela União foi analisada quando do estudo do art. 22 (Competência Privativa da União). Relembre-se, somente, que a União, por meio de lei complementar poderá delegar ao Estado a possibilidade de legislar sobre um ponto específico de um dos 29 incisos do art. 22.

3. Competência concorrente-suplementar

Por fim, o Estado-membro possui competência concorrente-suplementar já analisada anteriormente e que engloba a possibilidade de o Estado-membro atuar de forma complementar ou supletiva no tocante à União, nas matérias discriminadas no art. 24 da Constituição Federal.

E. Competência exclusiva e suplementar do município (CF, art. 30, I e II)

A função legislativa é exercida pela Câmara dos Vereadores, que é o órgão legislativo do município, em colaboração com o prefeito, a quem cabe também o poder de iniciativa das leis, assim como o poder de sancioná-las e promulgá-las, nos termos propostos como modelo, pelo processo legislativo federal. Dessa forma, a atividade legislativa municipal submete-se aos princípios da Constituição Federal com estrita obediência à Lei Orgânica dos municípios, à qual cabe o importante papel de definir as matérias de competência legislativa da Câmara, uma vez que a Constituição Federal não a exaure, pois usa a expressão interesse local como catalisador dos assuntos de competência municipal.

A primordial e essencial competência legislativa do município é a possibilidade de auto-organizar-se através da edição de sua Lei Orgânica do município, diferentemente do que ocorria na vigência da constituição anterior; que afirmava competir aos Estados-membros essa organização. A edição de sua própria Lei Orgânica caracteriza um dos aspectos de maior relevância da autonomia municipal, já tendo sido estudado anteriormente.

As competências legislativas do município caracterizam-se pelo princípio da predominância do interesse local, consubstanciando-se em:

- competência genérica em virtude da predominância do interesse local (CF, art. 30, I);
- competência para estabelecimento de um Plano Diretor (CF, art. 182);
- hipóteses já descritas, presumindo-se constitucionalmente o interesse local (CF, arts. 30, III a IX e 144, § 8.º);
- competência suplementar (CF, art. 30, II).

1. Competência genérica em virtude da predominância do interesse local (CF, art. 30, I)

Apesar de difícil conceituação, interesse local refere-se àqueles interesses que disserem respeito mais diretamente às necessidades imediatas do município, mesmo que acabem gerando reflexos no interesse regional (Estados) ou geral (União), pois, como afirmado por Fernanda Dias Menezes, "é inegável que mesmo atividades e serviços tradicionalmente desempenhados pelos municípios, como transporte coletivo, polícia das edificações, fiscalização das condições de higiene de restaurantes e similares, coleta de lixo, ordenação do uso do solo urbano, etc., dizem secundariamente com o interesse estadual e nacional".

Dessa forma, salvo as tradicionais e conhecidas hipóteses de interesse local, as demais deverão ser analisadas caso a caso, vislumbrando-se qual o interesse predominante (princípio da predominância do interesse).

Assim, por exemplo, é de competência da municipalidade a disciplina a respeito da exploração da atividade de estabelecimento comercial, expedindo alvarás ou licenças para regular seu funcionamento.

Igualmente, o horário de funcionamento do comércio local (lojas, shopping centers etc.) deverá ser fixado pelo próprio município, no exercício de sua competência e desde que não infrinja leis estaduais ou federais válidas (Súmula 419 do STF). Da mesma forma, a fixação de horário para funcionamento de farmácias e drogarias²⁹³ e de plantões obrigatórios, por tratar-se de patente interesse local de cada município.

Diversamente, no entanto, o Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento no sentido de que a matéria referente à determinação do horário de funcionamento bancário é de competência exclusiva da União porque transcende ao interesse local do município. No mesmo sentido, a Súmula n.º 19 do Superior Tribunal de Justiça, que afirma: "A fixação do horário bancário, para atendimento ao público, é da competência da União."

2. Plano diretor (CF, art. 182)

O legislador constituinte previu uma competência legislativa especial aos municípios, relacionada à política de desenvolvimento urbano, que será executada pelo poder público municipal. Conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tendo por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (CF, art. 182), possibilitando verdadeira reforma urbana.

O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, sendo que, por expressa previsão constitucional, a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Importante destacar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, pelo qual essa norma prevista no artigo 182 da Constituição Federal não pode ser alterada pelas Constituições Estaduais, de forma a estender a obrigatoriedade do plano diretor para municípios que não possuam mais do que vinte mil habitantes, pois haveria violação ao princípio da autonomia dos municípios²⁹⁴.

Ressalte-se que a Constituição Federal facultou ao poder público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

- parcelamento ou edificação compulsórios;

²⁹³ STF - 1.ª T. - Rextr. n.º 191.031-3/SP - Rel. Min. Ilmar Galvão, Diário da Justiça, Seção I, 19 set. 1997, p. 45.549. Conforme salientado, "o estabelecimento de horário de funcionamento do comércio local é inerente à autonomia municipal conferida pela Constituição ao município para tratar de assunto de seu peculiar interesse (art. 30, I). Inocorrência de afronta aos princípios constitucionais da isonomia, da livre concorrência e iniciativa e da defesa do consumidor". No mesmo sentido: STF - 2.ª T. - Rextr. n.º 178.034-7/SP - Rel. Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça, Seção I, 27 fev. 1998, p. 18.

²⁹⁴ Nesse sentido foi julgado inconstitucional o art. 195, caput, da Constituição do Estado do Amapá, que estendeu a imposição do plano diretor aos municípios com mais de cinco mil habitantes (STF - Pleno - Adin n.º 826-9/AP - Rel. Min. Sydney Sanches, Diário da Justiça, Seção I, 12 mar. 1999, p. 2).

- imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;
- desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

3. Hipóteses já descritas, presumindo-se constitucionalmente o interesse local (CF, arts. 30, III a IX e 144, § 8.º)

A constituição enumera as seguintes hipóteses, de competência municipal, que poderão inclusive ser disciplinadas por meio da legislação própria:

- instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;
- criar, organizar e suprimir Distritos, observada a legislação estadual;
- organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;
- manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental;
- prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;
- promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;
- promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual;
- os municípios poderão, facultativamente, manter guardas municipais destinadas à proteção das instalações e dos serviços municipais (CF, art. 144, § 8.º).

4. Competência suplementar (CF, art. 30, II)

O art. 30, II, da Constituição Federal preceitua caber ao município suplementar a legislação federal e estadual, no que couber; o que não ocorria na constituição anterior; podendo o município suprir as omissões e lacunas da legislação federal e estadual, embora não podendo contraditá-las, inclusive nas matérias previstas do art. 24 da Constituição de 1988. Assim, a Constituição Federal prevê a chamada competência suplementar dos municípios, consistente na autorização de regulamentar as normas legislativas federais ou estaduais, para ajustar sua execução a peculiaridades locais, sempre em concordância com aquelas e desde que presente o requisito primordial de fixação de competência desse ente federativo: interesse local.

F. Competência reservada do Distrito Federal (CF, art. 32, § 1.º)

Ao Distrito Federal, conforme preceitua o art. 32, § 1.º, da Constituição Federal, são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e municípios, excetuada a competência para organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes, que é privativa da União, nos termos do art. 22, XVII, da Constituição.

Dessa forma, compete ao Distrito Federal, através de sua Câmara Legislativa.²⁹⁵

- competência para edição de sua própria Lei Orgânica (CF, art. 32, caput);
- competência remanescente dos Estados-membros (CF, art. 25, § 1.º);
- competência delegada pela União (CF, art. 22, parágrafo único);
- competência concorrente-suplementar dos Estados-membros (CF, art. 24, §§ 2.º e 3.º);
- competência enumerada do município (CF, art. 30, I, III a IX);
- competência suplementar do município (CF, art. 30, II).

3 INTERVENÇÃO

3.1 Farte geral

Após a análise das normas que regem o Estado Federal, percebe-se que a regra é a autonomia dos entes federativos (União/Estados/Distrito Federal e municípios), caracterizada pela tríplice capacidade de auto-organização e normatização, autogoverno e auto-administração.

Excepcionalmente, porém, será admitido o afastamento desta autonomia política, com a finalidade de preservação da existência e unidade da própria Federação, através da intervenção.

A intervenção consiste em medida excepcional de supressão temporária da autonomia de determinado ente federativo, fundada em hipóteses taxativamente previstas no texto constitucional, e que visa à unidade e preservação da soberania do Estado Federal e das autonomias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A União, em regra, somente poderá intervir nos Estados-membros e no Distrito Federal, enquanto os Estados somente poderão intervir nos Municípios integrantes de seu território.

Note-se, portanto, que a União não poderá intervir diretamente nos municípios, salvo se existentes dentro de Território Federal (CF, art. 35, caput). Como ressaltado pelo Supremo Tribunal Federal, "os Municípios situados no âmbito territorial dos Estados-membros não se expõem à possibilidade constitucional de sofrerem intervenção decretada pela União Federal, eis que, relativamente aos entes municipais, a única pessoa política ativamente legitimada a neles intervir é o Estado-membro".

Esse ato extremado e excepcional de intervenção na autonomia política dos Estados-membros/Distrito Federal, pela União, somente poderá ser consubstanciado por decreto do Presidente da República (CF, art. 84, X); e no caso da intervenção Municipal, pelos governadores de Estado. É, pois, ato privativo do Chefe do Poder Executivo.

Portanto, para que ocorra a possibilidade excepcional de decretação da intervenção - como um direito/dever da União ou do Estado, respectivamente nos casos de intervenção federal e municipal - necessária a presença dos seguintes requisitos:

- uma das hipóteses taxativamente descritas na Constituição Federal (CF, art. 34 - Intervenção Federal; CF, art. 35 - Intervenção Estadual), pois constitui uma excepcionalidade no Estado Federal²⁹⁶;

²⁹⁵ O art. 16, § 1.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinava que: "a competência da Câmara Legislativa do Distrito Federal, até que se instale, será exercida pelo Senado Federal".

- Regra: intervenção do ente político mais amplo, no ente político, imediatamente menos amplo (União nos Estados e Distrito Federal; Estados nos municípios);
- ato político - decretação exclusiva - de forma discricionária ou vinculada dependendo da hipótese - do Chefe do Poder Executivo Federal (Presidente da República - intervenção federal; governador de Estado - intervenção municipal), a quem caberá, igualmente, a execução das medidas interventivas.

3.2 Intervenção federal

3.2.1 Quadro geral

Intervenção Federal: Espontânea, Provocada

Espontânea

Defesa da unidade nacional, CF, art. 34, I e II,

Defesa da ordem pública, CF, art. 34, III

Defesa das finanças públicas, CF, art. 34, V

Provocada

Por solicitação – defesa dos Poderes Executivo ou Legislativo locais, CF, art. 34, IV

Por requisição –

STF (CF, art. 34, IV – Poder Judiciário)

STF, STJ ou TSE (CF, art. 34, VI – ordem ou decisão judicial)

STJ (CF, art. 34, VI – execução de lei federal)

STF (CF, art. 34, VII)

3.2.2 Hipóteses

A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:²⁹⁷

I - manter a integridade nacional;

II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;

III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;

IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;

V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que:

a) suspender o pagamento da dívida fundada²⁹⁸ por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior;

²⁹⁶ Conforme salientado pelo Ministro Celso de Mello, "o mecanismo de intervenção constitui instrumento essencial à viabilização do próprio sistema federativo, e, não obstante o caráter excepcional de sua utilização - necessariamente limitada às hipóteses taxativamente definidas na Carta política -, mostra-se impregnado de múltiplas funções de ordem político-jurídica, destinadas (a) a tornar efetiva a intangibilidade do vínculo federativo; (b) a fazer respeitar a integridade territorial das unidades federadas; (c) a promover a unidade do Estado Federal e (d) a preservar a incolumidade dos princípios fundamentais proclamados pela Constituição da República" (STF - Intervenção Federal n.º 591-9/BA - Rel. Ministro-Presidente Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 16 set. 1998, p. 42).

²⁹⁷ Assim, salienta o Ministro Celso de Mello, "que o tratamento restritivo, constitucionalmente dispensado ao mecanismo da intervenção federal impõe que não se ampliem as hipóteses de sua incidência, cabendo ao intérprete identificar, no rol exaustivo do art. 34 da Carta Política, os casos únicos que legitimam, em nosso sistema jurídico, a decretação da intervenção federal nos Estados-membros" (STF - Intervenção Federal n.º 591-9/BA - Rel. Ministro-Presidente Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 16 set. 1998, p. 42).

b) deixar de entregar aos municípios receitas tributárias fixadas nesta constituição dentro dos prazos estabelecidos em lei;

VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial²⁹⁹;

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

- a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- b) direitos da pessoa humana;
- c) autonomia municipal;
- d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta;
- e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde³⁰⁰

3.2.3 Procedimento de intervenção federal

O procedimento de intervenção da União na autonomia política do Estado-membro ou do Distrito Federal pode ser explicado em quatro fases, com a finalidade de evitar a hipertrofia do Poder Executivo, observando-se, porém, que nenhuma das hipóteses constitucionais permissivas da intervenção federal apresentará mais do que três fases conjuntamente:

- iniciativa;
- fase judicial (somente presente em duas das hipóteses de intervenção - CF, art. 34, VI e VII);
- decreto interventivo;
- controle político (não ocorrerá em duas das hipóteses de intervenção - CF, art. 34, VI e VII).

A. Iniciativa

A Constituição Federal, dependendo da hipótese prevista para a intervenção federal, indica quem poderá deflagrar o procedimento interventivo:

- a. Presidente da República: nas hipóteses previstas nos incisos I, II, III, V ex officio poderá tomar a iniciativa de decretar a intervenção federal.
- b. solicitação dos Poderes locais (CF, art. 34, IV): os Poderes Legislativo (Assembléia Legislativa ou Câmara Legislativa) e Executivo (Governador do Estado ou do Distrito Federal) locais solicitarão ao Presidente da República a decretação da intervenção no caso de estarem sofrendo coação no exercício de suas funções. O Poder Judiciário local, diferentemente, solicitará ao Supremo Tribunal Federal que, se entender ser o caso, requisitará a intervenção ao Presidente da República;
- c. requisição do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral, na hipótese prevista no art. 34, VI, segunda parte, ou seja, desobediência a ordem ou decisão judiciária. Assim, o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Superior

²⁹⁸ O conceito de dívida fundada é jurídico-legal, conforme o disposto no art. 98 da Lei n.º 4.320/67: A dívida fundada compreende os compromissos de exigibilidade superior a doze meses, contraídos para atender a desequilíbrio orçamentário ou financiamentos de obras e serviços públicos."

²⁹⁹ STF - "Se, embora tardiamente, a decisão judicial veio a ser cumprida, com a desocupação do imóvel, pelos esbulhadores, os autos da intervenção federal devem ser arquivados" (Intervenção federal n.º 103-0/PR - Pleno - Rel. Min. Néri da Silveira, Diário da Justiça, Seção I, 5 dez. 1997, p. 63.907).

³⁰⁰ Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 29, de 13-9-2000. A redação anterior, acrescentada pela Emenda Constitucional n.º 14, de 12-9-96, previa: "aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de receitas de transferência, na manutenção e desenvolvimento do ensino".

Eleitoral poderão requisitar, diretamente ao Presidente da República a decretação da intervenção, quando a ordem ou decisão judiciária descumprida for sua mesma. Ao Supremo Tribunal Federal, porém, além da hipótese de descumprimento de suas próprias decisões ou ordens judiciais, cabe-lhe, exclusivamente, a requisição de intervenção para assegurar a execução de decisões da Justiça Federal, Estadual, do Trabalho ou da Justiça Militar, ainda quando fundadas em direito infraconstitucional. A iniciativa deverá ser endereçada ao próprio Presidente da República. Observe-se que somente o Tribunal de Justiça local tem legitimidade para encaminhar ao Supremo Tribunal Federal o pedido de intervenção baseado em descumprimento de suas próprias decisões. Assim, a parte interessada na causa somente pode se dirigir ao Supremo Tribunal Federal, com pedido de intervenção federal, para prover a execução de decisão da própria Corte Maior. Quando se tratar de decisão de Tribunal de Justiça, o requerimento de intervenção deve ser dirigido ao respectivo Presidente do Tribunal Local, a quem incumbe, se for o caso, encaminhá-lo ao Supremo Tribunal Federal, sempre de maneira fundamentada;

d. Ação proposta pelo procurador-Geral da República nas hipóteses previstas no art. 34, inciso VI "início" e VII, respectivamente endereçada ao Superior Tribunal de Justiça (ação de excoutoriedade de lei federal) e ao Supremo Tribunal Federal (ação direta de inconstitucionalidade interventiva).

B. Fase judicial

Essa fase apresenta-se somente nos dois casos previstos de iniciativa do Procurador-Geral da República (CF, art. 34, VI, "execução de lei federal" e VII), uma vez que se trata de ações endereçadas ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal.

A iniciativa do Procurador-Geral da República nada mais é do que a legitimação para propositura de Ação de excoutoriedade de lei federal e Ação de Inconstitucionalidade interventiva.

Em ambos os casos os Tribunais Superiores, para o prosseguimento da medida de exceção, deverão julgar procedentes as ações propostas, encaminhando-se ao presidente da República, para os fins de decreto interventivo. Nessas hipóteses, a decretação da intervenção é vinculada, cabendo ao Presidente a mera formalização de uma decisão tomada por órgão judiciário.

C. Decreto interventivo - procedimento

A intervenção será formalizada através de decreto presidencial (CF, art. 84, X), que, uma vez publicado, tornar-se-á imediatamente eficaz, legitimando a prática dos demais atos conseqüentes à intervenção. O art. 36, § 1.º, determina que o decreto de intervenção especifique a amplitude, o prazo e as condições de execução e, se necessário for, afaste as autoridades locais e nomeie temporariamente um interventor, submetendo essa decisão à apreciação do Congresso Nacional no prazo de 24 horas. A intervenção, portanto, há de efetivar-se por decreto presidencial, embora vinculado o Presidente da República a sua edição, quando ocorrem as hipóteses de provocação por requisição, sempre temporariamente, pois é exceção ao princípio federativo.

Nas hipóteses de intervenções espontâneas, em que o Presidente da República verifica a ocorrência de determinadas hipóteses constitucionais permissivas da intervenção federal (CF, art. 34, I, II, III, V), ouvirá os Conselhos da República (CF, art. 90, I) e o de Defesa

Nacional (CF, art. 91, § 1.º, II), que opinarão a respeito. Após isso, poderá discricionariamente decretar a intervenção no Estado-membro.

O interventor nomeado pelo Decreto presidencial será considerado para todos os efeitos como servidor público federal, e a amplitude e executoriedade de suas funções dependerá dos limites estabelecidos no decreto interventivo.

A Constituição Federal não discriminou os meios e as providências possíveis de ser tomadas pelo Presidente da República, por meio do decreto interventivo, entendendo-se, porém, que esses deverão adequar-se aos critérios da necessidade e proporcionalidade à lesão institucional.

D. Controle político

A Constituição Federal prevê a existência de um controle político sobre o ato interventivo, que deve ser realizado pelos representantes do Povo (Câmara dos Deputados) e dos próprios Estados-membros (Senado Federal), a fim de garantir a excepcionalidade da medida; submetendo-se, pois, o decreto à apreciação do Congresso Nacional, no prazo de vinte e quatro horas, que deverá rejeitá-la ou, mediante decreto legislativo, aprovar a intervenção federal (CF, art. 49, IV). Caso o Congresso Nacional não aprove a decretação da intervenção, o Presidente deverá cessá-la imediatamente, sob pena de crime de responsabilidade (CF, art. 85, II).

Nas hipóteses previstas no art. 34, VI e VII, o controle político será dispensado, conforme expressa previsão constitucional, e o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade (CF, art. 36, § 3.º). Importante ressalva é feita por Lewandowski, apontando que "tratando-se de requisição judicial, não poderia o Legislativo obstá-la, sob pena de vulnerar o princípio da separação dos poderes. Entretanto, existindo qualquer vício de forma ou eventual desvio de finalidade na decretação da intervenção, o Congresso Nacional poderá suspendê-la, a qualquer tempo, com fundamento no art. 49, IV, da Constituição em vigor".

3.3 Intervenção estadual nos municípios

Como já estudado na parte geral de intervenção, somente os Estados-membros poderão intervir nos municípios, salvo nos casos de municípios existentes nos territórios federais, quando então será a própria União quem concretizará a hipótese interventiva.

A intervenção estadual nos municípios tem a mesma característica de excepcionalidade já estudada na intervenção federal, pois a regra é a autonomia do município e a exceção a intervenção em sua autonomia política, somente nos casos taxativamente previstos na Constituição Federal (CF, art. 35), sem qualquer possibilidade de ampliação pelo legislador constituinte estadual. Por ser um ato político, somente o governador do Estado poderá decretá-la, dependendo na hipótese do art. 35, IV, de ação julgada procedente pelo Tribunal de Justiça. Igualmente à intervenção federal, existirá um controle político exercido pela Assembleia Legislativa, que no prazo de 24 horas, apreciará o decreto interventivo, salvo na hipótese já referida do art. 35, IV, da Constituição Federal.

Assim, o Estado não intervirá em seus municípios, nem a União nos municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

- deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada;

- não forem prestadas contas devidas, na forma da lei³⁰¹;
- não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e no desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde³⁰²;
- o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial³⁰³.

Ressalte-se que para fins de decretação de intervenção do Estado no Município, é absolutamente irrelevante o fato de já ter sido declarada a intervenção desse mesmo Município em outro processo, por diverso motivo.

9 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1 CONCEITO

A Constituição Federal, inovando em relação às anteriores, regulamenta, no Título III, um capítulo específico para a organização da administração pública, pormenorizando-a enquanto estrutura governamental e enquanto função, e determinando no art. 37 que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedeça, além de diversos preceitos expressos, aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência³⁰⁴. Sérgio de Andréa Ferreira ainda lembra que, no art. 70, a Constituição se refere aos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade; e no art. 74, II, aos princípios da legalidade, eficácia e eficiência; e Pinto Ferreira recorda os princípios da proporcionalidade dos meios aos fins, da indisponibilidade do interesse público, da especialidade administrativa e da igualdade dos administrados.

A administração pública pode ser definida objetivamente como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos e subjetivamente como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado. Concluimos com José Tavares, para quem administração pública é "o conjunto das pessoas colectivas públicas, seus órgãos e serviços que desenvolvem a actividade ou função administrativa".

A administração federal compreende a administração direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios; e a administração indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: autarquias; empresas públicas; sociedades de economia mista; fundações públicas³⁰⁵. Anote-se, como relembra Roberto Bazilli, que essa regra de definição da amplitude da administração pública (CF, art. 37) contém princípios norteadores

³⁰¹ A intervenção estadual em município por falta de prestação de contas pelo prefeito, cessa se efetivada a intervenção, protocolou no Tribunal de Contas o que seriam as contas não prestadas no tempo devido (STF - Agravo Regimental em Suspensão de Segurança n.º 840-5/TO - Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 22 mar. 1996, p. 8.209).

³⁰² Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 29, de 13-9-2000. A redação anterior previa: "não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino".

³⁰³ Cf. em relação ao não-pagamento integral do precatório implicar em descumprimento de ordem judicial ensejador de pedido de intervenção do Estado no Município: TJ/SP - Órgão Especial - Intervenção Estadual n.º 29.103-0/2 - São Paulo - Rel. Des. Nigro Conceição, decisão: 15-10-1997.

³⁰⁴ O princípio da eficiência foi acrescentado pela Emenda Constitucional n.º 19, publicada no Diário Oficial da União de 5 jun. 1998.

³⁰⁵ Art. 4.º do Decreto-lei n.º 200, de 25-2-1967 (com a redação da Lei n.º 7.596, de 10-4-1987). cf. GUERZONI FILHO, Gilberto. Burocracia, tecnocracia, pseudoburocracia e a Constituição de 1988: tentativas e perspectiva de formação de uma burocracia pública no Brasil. Revista de Informação Legislativa, n.º 128, p. 43, Brasília: Senado Federal, 1996.

a serem aplicados obrigatoriamente à administração dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Como ensinado por Hauriou, "o regime administrativo consiste em um poder político-jurídico, que é o poder executivo e administrativo, que se introduz como intermediário entre a lei e o juiz, a fim de assumir a aplicação das leis em todos os procedimentos que não sejam contenciosos, com a finalidade de facilitar e, se for necessário, impor aos cidadãos a execução das leis por meio de uma regulamentação própria, pela organização dos serviços públicos e por decisões executórias particulares".

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

São princípios constitucionais da administração pública:

- princípio da legalidade;
- princípio da impessoalidade;
- princípio da moralidade;
- princípio da publicidade;
- princípio da eficiência.

2.1 Princípio da legalidade

O tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5.º, II, da Constituição Federal e anteriormente estudado, aplica-se normalmente na Administração Pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva, pois na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, onde será permitido a realização de tudo que a lei não proíba. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas sim em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica.

2.2 Princípio da impessoalidade

Importante inclusão feita pelo legislador constituinte, o princípio da impessoalidade encontra-se, por vezes, no mesmo campo de incidência dos princípios da igualdade e da legalidade, e não raramente é chamado de princípio da finalidade administrativa. Conforme afirmado por Hely Lopes Meirelles, "o princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art. 37, caput), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal".

Esse princípio completa a idéia já estudada de que o administrador é um executor do ato, que serve de veículo de manifestação da vontade estatal, e, portanto, as realizações administrativo-governamentais não são do agente político, mas sim da entidade pública em nome da qual atuou.

2.3 Princípio da moralidade

Pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade, devendo ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da

Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da administração pública. Como ressalta Hely Lopes Meirelles, "não se trata - diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito - da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como 'o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração'".

Ensina Maria Sylvia Zanella di Pietro: "Não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isto ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos. Por isso mesmo, a imoralidade salta aos olhos quando a Administração Pública é pródiga em despesas legais, porém inúteis, como propaganda ou mordomia, quando a população precisa de assistência médica, alimentação, moradia, segurança, educação, isso sem falar no mínimo indispensável à existência digna. Não é preciso, para invalidar despesas desse tipo, entrar na difícil análise dos fins que inspiraram a autoridade; o ato em si, o seu objeto, o seu conteúdo, contraria a ética da instituição, afronta a norma de conduta aceita como legítima pela coletividade administrada. Na aferição da imoralidade administrativa, é essencial o princípio da razoabilidade."

O Supremo Tribunal Federal, analisando o princípio da moralidade administrativa, manifestou-se afirmando: "Poder-se-á dizer que apenas agora a Constituição Federal consagrou a moralidade como princípio de administração pública (art. 37 da Constituição Federal). Isso não é verdade. Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regedoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio. A circunstância de, no texto constitucional anterior, não figurar o princípio da moralidade não significa que o administrador poderia agir de forma imoral ou mesmo amoral. Como ensina Jesus Gonzales Perez 'el hecho de su consagración en una norma legal no supone que con anterioridad no existiera, ni que por tal consagración legislativa haya perdido tal carácter' (El principio de buena fe en el derecho administrativo. Madri, 1983. p. 15). Os princípios gerais de direito existem por força própria, independentemente de figurarem em texto legislativo. E o fato de passarem a figurar em texto constitucional ou legal não lhes retira o caráter de princípio. O agente público não só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César."

A Constituição Federal, ao consagrar o princípio da moralidade administrativa como vetor da atuação da administração pública, igualmente consagrou a necessidade de proteção à moralidade e responsabilização do administrador público amoral ou imoral. Anota Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, "Difícil de saber por que o princípio da moralidade no direito encontra tantos adversários. A teoria morai não é nenhum problema especial para a teoria legal. As concepções na base natural são analógicas. Por que somente a proteção da legalidade e não da moralidade também? A resposta negativa só pode interessar aos administradores ímprobos. Não à Administração, nem à ordem jurídica. O contrário seria

negar aquele mínimo ético mesmo para os atos juridicamente lícitos. Ou negar a exação no cumprimento do dever funcional".

Dessa forma, deve o Poder Judiciário, ao exercer o controle jurisdicional, não se restringir ao exame estrito da legalidade do ato administrativo, mas, sim, entender por legalidade ou legitimidade não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo.

O princípio da moralidade está intimamente ligado com a idéia de probidade, dever inerente do administrador público. Como recorda Maurício Ribeiro Lopes, "o velho e esquecido conceito do probus e do improbus administrador público está presente na Constituição da República, que pune a improbidade na Administração com sanções políticas, administrativas e penais".

A conduta do administrador público em desrespeito ao princípio da moralidade administrativa enquadra-se nos denominados atos de improbidade, previstos pelo art. 37, § 4.º, da Constituição Federal, e sancionados com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível, permitindo ao Ministério Público a propositura de ação civil pública por ato de improbidade, com base na Lei n.º 8.429/92 para que o Poder Judiciário exerça o controle jurisdicional sobre lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público.

2.4 Princípio da publicidade

A publicidade se faz pela inserção do ato no Diário Oficial ou por edital afixado no lugar próprio para divulgação de atos públicos, para conhecimento do público em geral e, conseqüentemente, início da produção de seus efeitos, pois somente a publicidade evita os dissabores existentes em processos arbitrariamente sigilosos, permitindo-se os competentes recursos administrativos e as ações judiciais próprias.

A regra, pois, é que a publicidade somente poderá ser excepcionada quando o interesse público assim determinar, prevalecendo esse em detrimento do princípio da publicidade.

2.5 Princípio da eficiência

2.5.1 Introdução

A Emenda Constitucional n.º 19/98 acrescentou expressamente aos princípios constitucionais da administração pública o princípio da eficiência, findando com as discussões doutrinárias e com as jurisprudências sobre sua existência implícita na Constituição Federal e aplicabilidade integral.

Na doutrina, Sérgio de Andréa Ferreira já apontava a existência do princípio da eficiência em relação à administração pública, pois a Constituição Federal prevê que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado (CF, art. 74, II)³⁰⁶.

³⁰⁶ Em sentido contrário, criticando a adoção do princípio da eficiência, Maurício Ribeiro Lopes afirma que "inicialmente cabe referir que eficiência, ao contrário do que são capazes de supor os próceres do Poder Executivo federal, jamais será princípio da Administração

Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça reconhecia a existência do princípio da eficiência como um dos regentes da administração, afirmando que "a Administração Pública é regida por vários princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (Const. art. 37). Outros também evidenciam-se na Carta Política. Dentre eles, o princípio da eficiência. A atividade administrativa deve orientar-se para alcançar resultado de interesse público".

Dessa forma, a EC 19/98, seguindo os passos de algumas legislações estrangeiras, no sentido de pretender garantir maior qualidade na atividade pública e na prestação dos serviços públicos, passou a proclamar que a administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverá obedecer, além dos tradicionais princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, também ao princípio da eficiência.

2.5.2 Princípio da eficiência e direito comparado

A Constituição Espanhola, promulgada em 27-12-1978, prevê expressamente, em seu art. 103, o princípio da eficácia, ao consagrar que "A administração pública serve com objetividade aos interesses gerais e atua de acordo com os princípios de eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, com obediência plena à lei e ao Direito." Igualmente, a Constituição da República das Filipinas, de 15-10-1986, prevê em seu art. IX, B, seção 3, que "A Comissão do Serviço Público, na qualidade de órgão central do Governo encarregado do funcionalismo público, estabelecerá um plano de carreira e adotará medidas destinadas a promover a disposição de ânimo, a eficiência, a integridade, a pronta colaboração, o dinamismo e a cortesia no serviço público", e em seu art. XI, Seção 1, que "O serviço público é um compromisso com a causa pública. Os servidores públicos deverão estar sempre prontos a prestar contas ao povo, servi-lo da forma mais responsável, íntegra, leal e eficiente possível."

A Constituição da República do Suriname, de 31-10-1987, estabelece, em seu art. 122, competir ao Conselho de Ministros "preparar e executar uma política eficiente".

Note-se que apesar da inexistência expressa do princípio da eficiência, dentre os princípios fundamentais da Administração Pública, a Constituição portuguesa³⁰⁷ consagra em seu art. 267 ("A Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática") a estrutura da Administração, cujos objetivos assemelham-se integralmente àqueles inerentes ao princípio da eficiência. Ao comentarem esse artigo da Constituição da República Portuguesa, Canotilho e Moreira salientam que "aqueles princípios devem ser conjugados com o princípio da boa administração (ou princípio do bom andamento da administração), que exige o exercício da função administrativa de forma eficiente e congruente".

Pública, mas sempre terá sido - salvo se deixou de ser em recente gestão política - finalidade da mesma Administração Pública" (Comentários à reforma administrativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 108).

³⁰⁷ CRP (quarta revisão/1997), art. 266 - 2: Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício de suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé (Constituição da república portuguesa. Lisboa: Quid Juris, 1997).

Percebe-se, também, na Constituição da República de Cuba, de 24-2-1976, a idéia de eficiência dentro dos princípios de organização e funcionamento dos órgãos estatais, ao se proclamar no art. 66, c, que "cada órgão estatal desenvolve amplamente, dentro dos limites de sua competência, a iniciativa dirigida ao aproveitamento dos recursos e possibilidades locais e à incorporação das organizações sociais e de massa a sua atividade".

No Direito Constitucional estadual, podemos citar a Constituição do Estado do Tocantins que prevê em seu art. 9.º serem princípios da Administração Pública: legalidade, impessoalidade; moralidade, publicidade, razoabilidade e eficiência; e o art. 19 da Constituição do Estado de Rondônia que determina incumbir ao Poder Público assegurar, na prestação direta ou indireta dos serviços públicos, a efetividade dos requisitos, entre outros, de eficiência, segurança, continuidade dos serviços públicos.

2.5.3 Conceito

A atividade estatal produz de modo direto ou indireto conseqüências jurídicas que instituem, reciprocamente, direito ou prerrogativas, deveres ou obrigações para a população, traduzindo uma relação jurídica entre a Administração e os administrados. Portanto, existirão direitos e obrigações recíprocos entre o Estado-administração e o indivíduo-administrado e, conseqüentemente, esse, no exercício de seus direitos subjetivos, poderá exigir da Administração Pública o cumprimento de suas obrigações da forma mais eficiente possível. Como salienta Roberto Dromi, o reconhecimento de direitos subjetivos públicos não significa que o indivíduo exerça um poder sobre o Estado, nem que tenha parte do imperium jurídico, mas que possui esses direitos como correlatos de uma obrigação do Estado em respeitar o ordenamento jurídico.

O administrador público precisa ser eficiente, ou seja, deve ser aquele que produz o efeito desejado, que dá bom resultado, exercendo suas atividades sob o manto da igualdade de todos perante a lei, velando pela objetividade e imparcialidade³⁰⁸.

Assim, princípio da eficiência³⁰⁹ é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta³¹⁰ e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum³¹¹.

³⁰⁸ Note-se que, nesse sentido, a Lei Fundamental da Suécia, em seu art. 9.º, prevê que "Os tribunais e as autoridades públicas, além de outros executores de funções no âmbito da administração pública, deverão observar em suas atividades a igualdade de todos perante a lei e manter-se objetivos e imparciais" (Constituições estrangeiras. Brasília: Senado Federal, 1987, v. 4, p. 121).

³⁰⁹ Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira critica a inclusão do princípio da eficiência, afirmando que a substituição do princípio da qualidade do serviço público, aprovado no 2.º turno da Câmara dos Deputados, "parece não ter sido a melhor escolha, já que esta tem sentido bem mais restrito que aquela" (Reforma administrativa: o Estado, o serviço público e o servidor. Brasília: Brasília Jurídica, 1998, p. 157).

³¹⁰ Administração pública, na definição de Marcello Caetano, é "o conjunto de pessoas jurídicas, cuja vontade se exprime mediante órgãos e cuja atividade se processa através de serviços" (Princípios fundamentais do direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1996. p. 63).

³¹¹ Canotilho e Moreira, igualmente, fazem essa advertência, afirmando que "não se trata de uma perspectiva meramente tecnocrática, pois, como resulta do princípio da gestão participativa, à Constituição interessam não apenas os meios tecnológicos de organização, mas também as condicionantes sócio-políticas em que se move a Administração pública" (Constituição... Op. cit. p. 931).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que o princípio da eficiência "impõe ao agente público um modo de atuar que produza resultados favoráveis à consecução dos fins que cabem ao Estado alcançar", advertindo, porém, que "a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito".

Ressalte-se a interligação do princípio da eficiência com os princípios da razoabilidade e da moralidade³¹² pois o administrador deve utilizar-se de critérios razoáveis na realização de sua atividade discricionária e, como salientado por Diogo de Figueiredo, deve-se considerar como imoralidade administrativa ineficiência grosseira da ação da administração pública.

A Mensagem Presidencial n.º 886/95, convertida em Proposta de Emenda Constitucional n.º 173/95 e, posteriormente, aprovada como Emenda Constitucional n.º 19, trazia em sua exposição de motivos suas pretensões, dentre elas "incorporar a dimensão de eficiência na administração pública: o aparelho de Estado deverá se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com os recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte" e "ênfatisar a qualidade e o desempenho nos serviços públicos: a assimilação, pelo serviço público, da centralidade do cidadão e da importância da contínua superação de metas desempenhadas, conjugada com a retirada de controles e obstruções legais desnecessários, repercutirá na melhoria dos serviços públicos"³¹³.

A idéia de defesa do bem comum enquanto finalidade básica da atuação da administração pública decorre da própria razão de existência do Estado e está prevista implicitamente em todos os ordenamentos jurídicos. Exemplificativamente, poderíamos citar como previsões expressas o art. 19 da Constituição da Noruega, estabelecida em 17-5-1814, com as alterações até 5-5-1980, em que se verifica que o Rei velará pela utilização e administração das propriedades e prerrogativas do Estado conforme convenha ao bem comum, e o art. 100 da Constituição Política da República do Chile, em que a administração superior de cada região terá por objetivo o desenvolvimento social, cultural e econômico da região.

Buscando a eficiência no serviço público realizado, a Emenda Constitucional n.º 19/98 alterou a redação do art. 241, permitindo que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinem por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços; pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

2.5.4 Características do princípio da eficiência

O princípio da eficiência compõe-se, portanto, das seguintes características básicas: direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca da qualidade:

³¹² Poderia-se recorrer a lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr., que ao analisar as novas funções da administração pública afirma que "o fundamento ético dessa administração intervencionista não é mais a *sittliche Gesetzmässigkeit*, no sentido de uma ética de convicção, mas a moral da conveniência e da adequação, no sentido de uma ética de resultados" (Ética administrativa num país em desenvolvimento. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política n.º 22, p. 38).

³¹³ Essa finalidade não parece afastar-se muito do princípio da boa administração ou do mérito, previsto implicitamente pela Constituição portuguesa (Cf. TAVARES, José. A administração pública e direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1992, p. 45).

• direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum: a Constituição Federal prevê no inciso IV do art. 3.º que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Ressalte-se que ao legislador ordinário e ao intérprete, em especial às autoridades públicas dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo e da Instituição do Ministério Público, esse objetivo fundamental deverá servir como vetor de interpretação, seja na edição de leis ou atos normativos, seja em suas aplicações. Mesmo antes da promulgação da EC n.º 19/98, a Constituição do Estado de São Paulo afirmava em seu art. 111 que a Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes, deverá obedecer ao princípio do interesse público. De maneira semelhante, a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, promulgada aos 3 de outubro de 1989 prevê expressamente em seu art. 19 que a Administração Pública, direta e indireta de qualquer dos Poderes do Estado, visa à promoção do bem comum; enquanto a Constituição do Estado da Bahia, em seu art. 13, estipula destinar-se a Administração Pública à servir a sociedade que lhe custeia.

• imparcialidade: como ressalta Maria Teresa de Melo Ribeiro, "a afirmação do princípio da imparcialidade na Administração Pública surgiu, historicamente, da necessidade de, por um lado, salvaguardar o exercício da função administrativa e, conseqüentemente, a prossecução do interesse público da influência de interesses alheios ao interesse público em concreto prosseguido, qualquer que fosse a sua natureza, e, por outro, da interferência indevida, no procedimento administrativo, em especial, na fase decisória, de outros sujeitos ou entidades, exteriores à Administração Pública", concluindo que a atuação eficiente da Administração Pública exige uma atuação imparcial e independente, e que imparcialidade "é independência: independência perante os interesses privados, individuais ou de grupo; independência perante os interesses partidários; independência, por último, perante os concretos interesses políticos do Governo".

• neutralidade: a idéia de eficiência está ligada à neutralidade, no sentido empregado por João Baptista Machado de que "há um outro plano de sentido em que se fala de neutralidade do Estado: o de Justiça (...). Nesse sentido o Estado é neutro se, na resolução de qualquer conflito de interesse, assume uma posição valorativa de simultânea e igual consideração de todos os interesses em presença. A neutralidade não impõe aqui ao Estado atitudes de abstenção, mas mais propriamente atitudes de isenção na valoração de interesses em conflito. O Estado é neutro quando faz vingar a Justiça e estabelece regras do jogo justas".

• transparência: dentro da idéia de eficiência formal da administração pública encontra-se a necessidade de transparência das atividades dos órgãos e agentes públicos³¹⁴. O princípio da eficiência da administração pública pretende o combate à ineficiência formal, inclusive com condutas positivas contra a prática de subornos, corrupção e tráfico de influência³¹⁵. Essa transparência, no intuito de garantir maior eficiência à administração pública³¹⁶, deve

³¹⁴ Nesse sentido a Constituição da República das Filipinas, de 15-10-1986: "Seção 28. O Estado, observadas condições razoáveis determinadas por lei, adota e implementa uma política de plena transparência em relação a todas as suas transações que envolvam o interesse público" (Constituições estrangeiras. Brasília: Senado Federal, 1988, v. 6, p. 74).

³¹⁵ Nesse sentido a Constituição da República das Filipinas, de 15-10-1986: "Seção 27. O Estado manterá a honestidade e a integridade no serviço público e tomará medidas positivas e eficazes contra o suborno e a corrupção" (Constituições estrangeiras. Brasília: Senado Federal, 1988, v. 6, p. 73).

³¹⁶ Reconheceu o Superior Tribunal de Justiça que ao Estado cabe o poder indeclinável de regulamentar e controlar os serviços públicos, exigindo sempre sua atualização e eficiência, de par com o exato cumprimento das condições impostas para sua prestação ao público (STJ – 1.ª T. - RMS n.º 7.730/96-RS - Rel. Min. José Delgado, Diário da Justiça, Seção I, 27 out. 1997, p. 54.720). Da mesma maneira, afirmou o Tribunal de Justiça do Espírito Santo que "atenta-se, ainda, para a circunstância de que habilitado ao concurso público, o impetrante aceitou

ser observada na indicação, nomeação e manutenção de cargos e funções públicas, exigindo-se, portanto, a observância tão-somente de fatores objetivos como mérito funcional e competência, vislumbrando-se a eficiência da prestação de serviços ³¹⁷, e, conseqüentemente, afastando-se qualquer favorecimento ou discriminação.

- participação e aproximação dos serviços públicos da população: deverá existir participação e aproximação dos serviços públicos da população dos interessados na gestão efetiva dos serviços administrativos, de acordo com o princípio da gestão participativa, como verdadeiro desmembramento do princípio da soberania popular e da democracia representativa, previstos no parágrafo único do art. 1.º da Constituição Federal, pois como salientam Canotilho e Moreira, esse requisito "assume aqui um claro e concreto valor jurídico-constitucional, que se traduz fundamentalmente no seguinte: intervenção nos órgãos de gestão dos serviços não apenas de profissionais burocratas, mas também de representantes das comunidades em que os serviços estão inseridos (co-gestão de serviços administrativos). Não devemos nos esquecer, porém, da advertência de Paulo Otero, para quem "uma excessiva participação e aproximação dos serviços públicos da população colectiva dos cidadãos na Administração pode deslocar o poder de decisão para grupos de interesse fortes, com desvalorização prática dos grupos de fraco poder associativo e mesmo conduzir as formas não democráticas de comportamento". A Emenda Constitucional n.º 19/98 trouxe na nova redação do § 3.º do art. 37 a previsão de que a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta.

- eficácia: a eficácia material da administração se traduz no adimplemento de suas competências ordinárias e na execução e cumprimento dos entes administrativos dos objetivos que lhes são próprios, enquanto a eficácia formal da administração é a que se verifica no curso de um procedimento administrativo, ante a obrigatoriedade do impulso ou resposta do ente administrativo a uma petição formulada por um dos administrados. Assim, deverá a lei, como nos ensina Tomás-Ramón Fernández, conceder à administração - nos limites casuisticamente permitidos pela Constituição - tanta liberdade quanto necessite para o eficaz cumprimento de suas complexas tarefas.

- desburocratização: uma das características básicas do princípio da eficiência é evitar a burocratização da administração pública, no sentido apontado por Canotilho e Moreira, de "burocracia administrativa, considerada como entidade substancial, impessoal e hierarquizada, com interesses próprios, alheios à legitimação democrática, divorciados dos interesses da população, geradora dos vícios imanentes às estruturas burocráticas, como mentalidade de especialistas, rotina e demora na resolução dos assuntos dos cidadãos, compadrio na selecção de pessoal".

- busca da qualidade: ressalte-se a definição dada pela Secretaria Geral da Presidência, de que "qualidade de serviço público é, antes de tudo, qualidade de um serviço, sem distinção se prestado por instituição de carácter público ou privado; busca-se a otimização dos

as condições impostas no edital. Desse modo, fica autorizada a Administração a prescrever requisitos, exigências e pontuação que entender conveniente, como condições de eficiência, moralidade e aperfeiçoamento do serviço público, ou seja, a bem do interesse público" (MS n.º 950001014 - Rel. Des. Maurilio Almeida de Abreu, decisão: 10 out. 1996).

³¹⁷ O Superior Tribunal de Justiça já entendia a eficiência como objetivo precípua da Administração no preenchimento de cargos públicos: "Servidora pública em estágio probatório pode ser dispensada por não convir à Administração a sua permanência, após ter sido apurado em sindicância regular, com a ampla defesa assegurada, que praticou atos incompatíveis com a função do cargo em que se encontrava investida. O estágio tem por escopo verificar se a pessoa habilitada no concurso preenche os requisitos legais exigidos, sua idoneidade moral, a disciplina, a eficiência, a aptidão, a assiduidade" (STJ - 5.ª T. - RMS n.º 1.912-3/MG - Rel. Min. Jesus Costa Lima, Diário da Justiça, Seção I, 14 nov. 1994 - Ementário STJ 11/43).

resultados pela aplicação de certa quantidade de recursos e esforços, incluída, no resultado a ser otimizado, primordialmente, a satisfação proporcionada ao consumidor, cliente ou usuário. (...) Outra característica básica da qualidade total é a melhoria permanente, ou seja, no dia seguinte, a qualidade será ainda melhor"³¹⁸. Estabeleceu o art. 27 da EC 19/98 que o Congresso Nacional, dentro de 120 dias de sua promulgação, elaborará lei de defesa do usuário de serviços públicos. Na esteira dessa idéia, a Emenda Constitucional n.º 19/98 proclamou, ainda, que lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinarão a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional de prêmio de produtividade.

2.5.5 Aplicabilidade e fiscalização

A Emenda Constitucional n.º 19/98 não só introduziu expressamente na Constituição Federal o princípio da eficiência, como também trouxe alterações no sentido de garantir-lhe plena aplicabilidade e efetividade.

Assim, estabeleceu nova redação ao § 3.º do art. 37, que prevê que a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5.º, X e XXXIII; e a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

No § 2.º do art. 39, a Emenda Constitucional n.º 19/98 passou a estabelecer que a União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados; enquanto que, no § 4.º do art. 41, previu-se como condição obrigatória para a aquisição da estabilidade a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

Apesar da inexistência de obrigatoriedade constitucional dos Municípios instituírem e manterem escolas de governo, nos moldes já citados, nada impede que legislativamente adiram à idéia de aumentar a eficiência da administração pública.

Por fim, o princípio da eficiência veio reforçado pela possibilidade de perda do cargo pelo servidor público, mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

Lembremo-nos que o princípio da eficiência, enquanto norma constitucional, apresenta-se como o contexto necessário para todas as leis, atos normativos e condutas positivas ou omissivas do Poder Público, servindo de fonte para a declaração de inconstitucionalidade de qualquer manifestação da Administração contrária a sua plena e total aplicabilidade.

³¹⁸ Definição constante na Portaria n.º 05, de 14-11-1991, do presidente do Comitê Nacional da Qualidade e Produtividade, secretário geral da Presidência da República.

Importante salientar que a proclamação constitucional do princípio da eficiência pretende solucionar, principalmente, o clássico defeito da administração pública na prestação dos serviços públicos e do Poder Judiciário em analisar a eficiência da administração³¹⁹. Guido Santiago Tawil adverte para a grande dificuldade do Poder Judiciário em colmatar a omissão administrativa na prestação de serviços públicos, observando a tendência ineficaz dos tribunais argentinos em substituir a inércia da administração por uma condenação a pagamento de indenização, pois, como afirma o citado autor, "quem acode ante os Tribunais para conseguir que a administração implemente sua moradia de energia elétrica, gás ou água corrente, pouco estaria interessado em indenização em dinheiro. Persegue, pelo contrário, ter luz e calefação, possibilidades que não constituem luxo, mas sim serviços essenciais de toda a sociedade moderna".

O princípio da eficiência vem reforçar a possibilidade do Ministério Público³²⁰, com base em sua função constitucional de zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promover as medidas necessárias, judicial e extrajudicialmente, a sua garantia (CF, art. 129, II)³²¹.

Vislumbra-se, portanto, dentro dessa nova ótica constitucional, um reforço à plena possibilidade do Poder Judiciário (CF, art. 5.º, XXXV), em defesa dos direitos fundamentais e serviços essenciais previstos pela Carta Magna, garantir a eficiência dos serviços prestados pela Administração Pública, inclusive responsabilizando as autoridades omissas, pois, conforme salienta Alejandro Nieto, analisando a realidade espanhola, quando o cidadão se sente maltratado pela inatividade da administração e não tem um remédio jurídico para socorrer-se, irá acudir-se inevitavelmente de pressões políticas, corrupção, tráfico de influência, violências individual e institucionalizada, acabando por gerar intranquilidade social, questionando-se a própria utilidade do Estado.

3 PRECEITOS DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS

A Constituição Federal, em seu art. 37, prevê os princípios gerais da administração pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Além disso determina que todos os entes federativos respeitem alguns preceitos genéricos.

Dessa forma, a administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos seguintes preceitos:

- os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei³²²;

³¹⁹ Tal dificuldade, que a nosso ver não mais se justifica em virtude da alteração constitucional, verifica-se na seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça: "Restrito ao exame da legalidade do ato, não é permitida a perquirição judicial sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, nessas hipóteses, emitindo-se manifestação de administração e não de jurisdição reservada ao Poder Judiciário" (STJ - 1.ª T. - RMS n.º 628-0/RS - Rel. Min. Milton Luiz Pereira, Diário da Justiça, Seção I, 18 out. 1993).

³²⁰ Essa previsão implícita do princípio da eficiência, decorrente da existência de órgãos fiscalizadores da atividade administrativa, como o Ministério Público na Constituição brasileira, também é indicada na Constituição da República da Coreia, de 12-9-1948, emendada em outubro de 1987, que em seu art. 97 prevê a existência de uma Junta de Auditoria e Inspeção que avaliará o desempenho dos órgãos executivos e autoridades públicas (Constituições estrangeiras. Brasília: Senado Federal, 1988, v. 6, p. 45).

³²¹ Ressalte-se que função semelhante possui o ombudsman sueco, quando o art. 6.º do Capítulo 12 da Lei Fundamental Sueca prevê que "O Riksdag elegerá um ou mais de um ombudsman para o fim de supervisionar, conforme instruções determinadas pelo Riksdag, a aplicação das leis e de outras normas do serviço público (Constituições estrangeiras. Brasília: Senado Federal, 1987. v. 4, p. 160).

³²² Nova redação dada pela EC n.º 19/98.

- a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração³²³;
- o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período³²⁴;
- durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;
- as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento³²⁵;
- é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical;
- o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica³²⁶;
- a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;
- a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;
- a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4.º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices³²⁷. Observe-se que somente lei ordinária poderá fixar o teto de remuneração bruta do funcionalismo público, sendo incabível a edição de Decreto do Executivo, ou mesmo Resoluções do Legislativo ou Judiciário, sob pena de inconstitucionalidade formal³²⁸.
- a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal³²⁹.
- os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo;

³²³ Nova redação dada pela EC n.º 19/98.

³²⁴ Art. 12, Lei n.º 8.112/90.

³²⁵ Nova redação dada pela EC n.º 19/98.

³²⁶ Nova redação dada pela EC n.º 19/98.

³²⁷ Nova redação dada pela EC n.º 19/98.

³²⁸ Nesse sentido: RTJ 157/460, STF - Pleno - Adin n.º 1.396/SC - Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 8 jun. 1998 - Informativo STF n.º 114, jun. 1998. Observe-se que apesar desses precedentes referirem-se a antiga redação do inciso XI do art. 37 da CF, parecem-nos totalmente aplicável na situação atual.

³²⁹ Nova redação dada pela EC n.º 19/98.

- é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração pessoal do serviço público³³⁰;
- os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados, para fins de concessão de acréscimos ulteriores³³¹, sob o mesmo título ou idêntico fundamento; a Constituição em vigor veda o denominado efeito-repicão, isto é, que uma mesma vantagem seja repetitivamente computada, alcançando a proibição os proventos da aposentadoria;
- o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39 § 4.º, 150, II, 153, III, e 153, § 2.º, I³³²;
- a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei;
- somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de atuação³³³;
- depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada;
- ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações;
- a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos;
- a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: as reclamações relativas a prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5.º, X e XXXIII; a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública;
- a lei disporá sobre os requisitos e as restrições ao ocupante de cargo ou emprego da administração direta e indireta que possibilite o acesso a informações privilegiadas;

³³⁰ Nova redação dada pela EC n.º 19/98.

³³¹ Nova redação dada pela EC n.º 19/98.

³³² Nova redação dada pela EC n.º 19/98.

³³³ Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, promulgada em 4-6-1998 e publicada no Diário Oficial da União em 5-6-1998. Ressalte-se que o art. 34 da própria Emenda Constitucional estabeleceu que sua entrada em vigor seria na data de sua promulgação.

- a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: o prazo de duração do contrato; os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidades dos dirigentes; a remuneração do pessoal;
- é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI³³⁴;

- a. a de dois cargos de professor;
- b. a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico;
- c. a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas. (EC n.º 34/01)

- a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público³³⁵.

3.1 Fixação do teto salarial do funcionalismo

Conforme a Emenda Constitucional n.º 19/98, a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 37, XI).

Trata-se, pois, de norma constitucional de eficácia limitada a edição de lei ordinária. Em relação à ausência de aplicabilidade imediata do presente preceito, "O Supremo Tribunal Federal, reunido em Sessão Administrativa, deliberou, por 7 votos a 4, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão, que não é auto-aplicável a norma constante do art. 29 da Emenda Constitucional n.º 19/98, por entender que essa regra depende, para efeito de sua plena incidência e integral eficácia, da necessária edição de lei, pelo Congresso Nacional, lei essa que deverá resultar de projeto de iniciativa conjunta do Presidente da República, do Presidente da Câmara dos Deputados, do Presidente do Senado Federal e do Presidente do Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal, nessa mesma Sessão Administrativa, entendeu que, até que se edite a lei definidora do subsídio mensal a ser pago a Ministro do Supremo Tribunal Federal, prevalecerão os três (3) tetos estabelecidos para os Três Poderes da República, no art. 37, XI, da Constituição, na redação anterior a que lhe foi dada pela EC 19/98, vale dizer: no Poder Executivo da União, o teto corresponderá à remuneração paga a Ministro de Estado; no Poder Legislativo da União, o teto corresponderá à remuneração paga aos Membros do Congresso Nacional; e no Poder Judiciário, o teto corresponderá à remuneração paga, atualmente, a Ministro do Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal, na Sessão Administrativa hoje realizada, declarou que não dispõe de competência, para, mediante, ato declaratório próprio,

³³⁴ Nova redação dada pela EC n.º 19/98.

³³⁵ Nova redação dada pela EC n.º 19/98.

definir o valor do subsídio mensal. Essa é matéria expressamente sujeita a reserva constitucional de lei em sentido formal"³³⁶.

Observe-se que esse dispositivo aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral (CF, art. 37, § 9.º)³³⁷. As duas Turmas do Supremo Tribunal Federal já haviam firmado jurisprudência no sentido de que as vantagens de caráter pessoal não deveriam ser computadas em virtude do teto original previsto no inciso XI, do art. 37, da Constituição Federal. Entendemos, contudo, que com a alteração do texto constitucional, não haverá mais dúvidas sobre a inclusão das vantagens pessoais para fins de teto salarial, para a fixação de subsídios futuros.

4 CONCURSO PÚBLICO

Os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros, natos ou naturalizados³³⁸, aos portugueses equiparados que preencham os requisitos estabelecidos em lei e, desde a promulgação da Emenda Constitucional n.º 19, em 4-6-1998, aos estrangeiros, na forma da lei³³⁹, sendo vedada qualquer possibilidade de discriminação abusiva, que desrespeite o princípio da igualdade, por flagrante inconstitucionalidade.

Em relação aos estrangeiros, trata-se de alteração saudável em nossa legislação constitucional, uma vez que o acesso aos cargos e empregos públicos está englobado em uma previsão fundamental maior, a do inciso XIII do art. 5.º da Constituição Federal, que consagra o direito fundamental de profissão, arte e ofício, aplicável tanto a brasileiros quanto a estrangeiros, não se justificando uma vedação absoluta do estrangeiro ao acesso aos cargos e empregos públicos. Ressalte-se que essa vedação absoluta não existia na vigência das duas Constituições anteriores. Pontes de Miranda, ao comentar o art. 184 da Constituição de 1946 ("Os cargos públicos são acessíveis, a todos os brasileiros, observados os requisitos que a lei estabelecer"), observava que "o princípio de igual acessibilidade dos cargos públicos aos Brasileiros não excluiria, por si só, a lei que permitisse entrada no serviço público a estrangeiros; porém há princípio de privilégio dos Brasileiros natos e princípio de privilégio dos Brasileiros em geral, conforme ressalta em textos expressos da Constituição". Analisando a situação na vigência da Constituição anterior (CF, art. 97), Celso de Mello afirmava que "os estrangeiros, aí incluídos os portugueses que não requererem os benefícios da equiparação, não podem titularizar cargos públicos entre nós. Podem, no entanto, ser contratados pela Administração Pública".

Seguiu-se, portanto, a tendência iniciada com a Emenda Constitucional n.º 11/96, que facultou as universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei.

³³⁶ Ata da 3.ª Sessão Administrativa, de 24-6-98. Comunicado enviado pela Presidência do Supremo Tribunal Federal a Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo e divulgado pela Associação Paulista do Ministério Público em jun./98.

³³⁷ Nova redação dada pela EC n.º 19/98.

³³⁸ Aos brasileiros naturalizados e aos portugueses equiparados somente não são acessíveis os cargos previstos no art. 12, § 3.º (Presidente e Vice-presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal, Ministros do Supremo Tribunal Federal, carreira diplomática, oficiais das Forças Armadas e Ministro de Estado da Defesa), da Constituição Federal e os seis assentos no Conselho da República, previstos no art. 89, VII, da CF.

³³⁹ Nova redação dada pela EC n.º 19/98. Conferir: REALE, Miguel. Acesso de estrangeiros aos cargos públicos - sentido do art. 37, inciso I, da Constituição. RDA 188/379.

O acesso de estrangeiros aos cargos, empregos e funções públicas não ocorrerá imediatamente à partir da Emenda Constitucional n.º 19/98, por tratar-se de norma constitucional de eficácia limitada à edição de lei, que estabelecerá a necessária forma. Essa lei não poderá, logicamente, estabelecer diferenciações arbitrárias e abusivas, privilegiando determinados estrangeiros em detrimento de outros, tão-somente em razão do país de origem. Ressalte-se, por fim, que essa nova previsão constitucional aplica-se igualmente aos estrangeiros residentes ou não no país, uma vez que a norma constitucional poderá ser utilizada, a partir da edição da necessária lei, para permitir a acesso a cargos, empregos ou funções públicas em repartições brasileiras no exterior (como por exemplo: tradutor oficial, contínuos, motoristas, recepcionistas de consulados etc.)³⁴⁰.

Existe, assim, um verdadeiro direito de acesso aos cargos, empregos e funções públicas, sendo o cidadão e o estrangeiro, na forma da lei, verdadeiros agentes do poder, no sentido de ampla possibilidade de participação da administração pública.

A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

A primeira exceção constitucional exige que a lei determine expressamente quais os cargos de confiança que poderão ser providos por pessoas estranhas ao funcionalismo público e sem a necessidade do concurso público.

Ressalte-se que, a alteração da redação do inciso V, do art. 37, pela EC n.º 19/98, determinando que as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento, não alterou esse quadro, permitindo-se, ainda, a delegação do exercício de funções de confiança a pessoas que não pertençam aos quadros da Administração, desde que essas funções não sejam de direção, chefia e assessoramento.

Outra exceção prevista constitucionalmente, permitindo-se a contratação temporária sem concurso público, encontra-se no art. 37, IX, da Constituição Federal. O legislador constituinte manteve disposição relativa à contratação para serviço temporário e de excepcional interesse público, somente nas hipóteses previstas em lei.

Dessa forma, três são os requisitos obrigatórios para a utilização dessa exceção, muito perigosa, como diz Pinto Ferreira, por tratar-se de uma válvula de escape para fugir à obrigatoriedade dos concursos públicos, sob pena de flagrante inconstitucionalidade:

- excepcional interesse público;
- temporariedade da contratação;
- hipóteses expressamente previstas em lei³⁴¹.

³⁴⁰ Discordamos, portanto, da afirmação de Maurício Antonio Ribeiro Lopes quando diz que "não se compreende como possa um estrangeiro exercer cargo ou função pública sem residir no país" (Comentários à reforma administrativa São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 110).

³⁴¹ O Supremo Tribunal Federal entende a possibilidade de contratação com base em medida provisória, uma vez que possui força de lei (Cf. STF - Adin n.º 1.567-2/DF - medida liminar - Rel. Min. Sydney Sanches, Diário da Justiça, Seção 1, 7 nov. 1997, p. 57.231).

A lei mencionada no inciso IX do art. 37 da Constituição é a lei editada pela entidade contratadora, ou seja, lei federal, estadual, distrital ou municipal, conforme a respectiva competência legislativa constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, ressalvadas as exceções constitucionais, é intransigente em relação à imposição à efetividade do princípio constitucional do concurso público, como regra a todas as admissões da administração pública, vedando expressamente tanto a ausência deste postulado, quanto seu afastamento fraudulento, através de transferência de servidores públicos para outros cargos diversos daquele para o qual foi originariamente admitido.

Dessa forma, as autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas à regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica está igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o expresso no art. 173, § 1.º. Exceções ao princípio, se existem, estão previstas na própria Constituição. Assim, apesar de o regime de pessoal das entidades paraestatais ser o mesmo dos empregados de empresas privadas, sujeitos à CLT, às normas acidentárias e à justiça trabalhista (CF, art. 114), permanece a obrigatoriedade do postulado do concurso público, mesmo para as empresas que exerçam atividades econômicas, salvo, obviamente, para os cargos ou funções de confiança, por serem instrumento de realização concreta dos princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade.

Os Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, igualmente, encontram-se vinculados, em face de explícita previsão constitucional (art. 37, caput), aos princípios que regem a administração pública, entre os quais ressalta, como vetor condicionante da atividade estatal, a exigência de observância do postulado do concurso público (art. 37, II).

Além disso, quando contratarem servidores sob o regime da legislação trabalhista, sujeitar-se-ão às regras de reajuste salarial estabelecidas pela própria União.

Importante, também, ressaltar que, a partir da Constituição de 1988, a absoluta imprescindibilidade do concurso público não mais se limita à hipótese singular da primeira investidura em cargos, funções ou empregos públicos, impondo-se às pessoas estatais como regra geral de observância compulsória, inclusive às hipóteses de transformação de cargos e a transferência de servidores para outros cargos ou para categorias funcionais diversas das iniciais, que quando desacompanhadas da prévia realização do concurso público de provas ou de provas e títulos, constituem formas inconstitucionais de provimento no serviço público, pois implicam o ingresso do servidor em cargos diversos daqueles nos quais foi ele legitimamente admitido. Dessa forma, claro o desrespeito constitucional para investidas derivadas de prova de títulos e da realização de concurso interno, por óbvia ofensa ao princípio isonômico.

Em conclusão, a investidura em cargos ou empregos públicos depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos, não havendo possibilidade de edição de lei que, mediante agrupamento de carreiras, opere transformações em cargos, permitindo que os ocupantes dos cargos originários fossem investidos nos cargos emergentes, de carreira diversa daquela para a qual ingressaram no serviço público, sem concurso público.

O princípio constitucional que exige concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei,

para a investidura em cargo ou emprego público, aplica-se integralmente ao caso do titular de serventias judiciais (art. 37, II, da CF), e também para o ingresso na atividade notarial e de registro (art. 236, § 3.º, da CF).

O prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período. Durante esse prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira³⁴². Uma vez expirado o prazo de validade do concurso, entretanto, a expectativa de direito dos aprovados desfaz-se.

Por fim, ressalte-se que a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão, através de concurso público.

5 DIREITOS SOCIAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (LIVRE ASSOCIAÇÃO SINDICAL E GREVE)

A Constituição Federal ampliou os direitos sociais dos servidores públicos civis³⁴³, permitindo-lhes tanto o direito à livre associação sindical quanto o direito de greve, este último exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica³⁴⁴.

O legislador constituinte adotou tendência moderna em relação aos direitos sociais, consagrada na Convenção 87, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Liberdade Sindical e Proteção do Direito Sindical, e Convenção 151, de 1978, que trata da Proteção Especial ao Direito de Organização e aos Procedimentos de Determinação das Condições de Emprego na Função Pública, cujo art. 9.º proclama que "os funcionários públicos devem beneficiar-se, como os demais trabalhadores, dos direitos civis e políticos que são essenciais ao exercício normal da liberdade sindical, sob só a reserva das obrigações que lhe venham por seu estatuto e da natureza das funções que exercem".

No tocante ao exercício do direito de greve, a jurisprudência firmou-se no sentido de não ser auto-aplicável, principalmente nos chamados serviços essenciais, inscritos no art. 37, VII, da Constituição Federal, dependendo, para seu amplo exercício, de regulamentação disciplinada em Lei³⁴⁵. Dessa forma, entende-se a legitimidade do ato da administração pública que promove o desconto dos dias não trabalhados pelos servidores públicos-grevistas.

Igualmente determina o § 3.º do art. 39, com a redação dada pela EC n.º 19/98, que aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público os seguintes direitos sociais (CF, art. 7.º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX):

- salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde,

³⁴² STF/Súmula 15: Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação. Referência: Estat. dos Funcs. Públs. Civ. da União (Lei n.º 1.711, de 28-10-52), art. 13. Cód. Civ, artigo 1.512 - Embs. Apel Civ. 7.387, de 9-8-44. Rec. em Mand. Segur. 8.724 de 9-8-61 e 8.578, de 27-9-61.

³⁴³ A Constituição Federal expressamente proíbe a sindicalização e o direito de greve ao servidor público militar (CF, art. 142, § 3.º, IV - redação dada pela EC n.º 18, de 5 de fevereiro de 1998).

³⁴⁴ Nova redação dada pela EC n.º 19/98. A redação anterior dizia "...nos termos e nos limites definidos em lei complementar".

³⁴⁵ A jurisprudência citada refere-se à necessidade de Lei Complementar, nos termos da redação constitucional anterior à promulgação da EC n.º 19/98: STF - Pleno - MI n.º 20/DF - Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 22 nov. 1996, p. 45.690.

lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada a sua vinculação para qualquer fim;

- garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;
- décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;
- remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
- salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;
- salário-família para os seus dependentes;
- duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e 44 semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;
- repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
- remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% à do normal;
- gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
- licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 dias;
- licença-paternidade, nos termos fixados em lei;
- proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
- redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;
- proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Ressalte-se que a EC n.º 19/98, aparentemente, suprimiu dois direitos sociais dos servidores ocupantes de cargos públicos, anteriormente previstos pela redação originária da Constituição de 1988: irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo (CF, art. 7.º, VI) e adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei (CF, art. 7.º, XXIII). Em relação, porém, à garantia da irredutibilidade do salário, permanece a garantia, conforme o inciso XV, do art. 37, com a nova redação que lhe deu a EC n.º 19/98 ("o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4.º, 150, II, 153, III, e 153, § 2.º, I").

Ressalte-se, porém, que em relação a outra hipótese, a supressão da incidência de um direito social (art. 7.º, XXIII), aos servidores públicos gerará polêmica, pois, apesar de não haver manifestação conclusiva do Supremo Tribunal Federal, na fundamentação de seus votos, em sede de ação direta de inconstitucionalidade (Adin n.º 939-07/DF), o Ministro Carlos Velloso referiu-se aos direitos e garantias sociais como cláusulas pétreas, enquanto o Ministro Marco Aurélio afirmou a relação de continência dos direitos sociais dentre os direitos individuais previstos no art. 60, § 4.º, da Constituição Federal, e, conseqüentemente, imutáveis.

Igualmente, na doutrina, Ivo Dantas ao afamar a aplicabilidade imediata dos direitos sociais previstos no art. 7.º da Constituição Federal, fundamenta com o seguinte raciocínio: "sua imediata aplicabilidade, em obediência ao que está determinado no parágrafo 1.º do art. 5.º, sobretudo porque, os Direitos do Trabalhador são Direitos Individuais, e só encontrarão as barreiras do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada". Afirma, ainda, o citado autor que "alguns direitos dos servidores públicos que, embora topograficamente fora do art. 5.º, são, materialmente, direitos individuais".

Concordamos com as posições sustentadas acima, pois entendemos que alguns direitos sociais, enquanto direitos fundamentais, são cláusulas pétreas, na medida em que refletem os direitos e garantias individuais do trabalhador, uma vez que, nossa Constituição Federal determinou a imutabilidade aos direitos e garantias individuais, estejam ou não no rol exemplificativo do artigo 5.º ³⁴⁶(CF, art. 60, § 4.º, IV), pois os direitos sociais caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, conforme preleciona o art. 1.º, IV. Como um dos princípios fundamentais da República, os valores sociais devem, no dizer de Raul Machado Horta, servir "à interpretação da Constituição, para extrair dessa disposição formal a impregnação valorativa dos Princípios Fundamentais, sempre que eles forem confrontados com atos do legislador, do administrador e do julgador", motivo pelo qual o citado mestre classifica nossa constituição como Constituição Plástica.

Não foi outro o entendimento unânime do Supremo Tribunal Federal, ao analisar o limite máximo para os valores dos benefícios do regime geral de previdência social previsto pela EC n.º 20/98, afirmando que o mesmo "não se aplica à licença maternidade a que se refere o art. 7.º, XVIII, da CF, respondendo a Previdência Social pela integridade do pagamento da referida licença", pois, "tendo em vista que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (CF, art. 60, § 4.º, IV)", o Tribunal afastou "a exegese segundo a qual a norma impugnada imputaria o custeio da licença-maternidade ao empregador, concernente à diferença dos salários acima de R\$ 1.200,00, porquanto esta propiciaria a discriminação por motivo de sexo, ofendendo ao art. 7.º, XXX, que é um desdobramento do princípio da igualdade entre homens e mulheres (CF, art. 5.º, I). Levou-se em consideração também que, entre os objetivos fundamentais da República do Brasil, está o de promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3.º, IV)".

6 SERVIDOR PÚBLICO E DATA-BASE - PRINCÍPIO DA PERIODICIDADE

A Emenda Constitucional n.º 19/98 alterou a redação do inciso X do art. 37 determinando que a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4.º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices.

³⁴⁶ Relembre-se que o rol do art. 5.º é exemplificativo, existindo outros direitos e garantias individuais espalhados pela Constituição Federal e, conseqüentemente, existindo outras cláusulas pétreas com base no art. 60, § 4.º, IV. Cf., em relação à fundamentação do Supremo Tribunal Federal no tocante à exemplificatividade do rol do art. 5.º: MORAES, Alexandre. Direitos humanos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 297.

Ressalte-se a grande inovação dessa alteração, uma vez que expressamente previu ao servidor público o princípio da periodicidade, ou seja, garantiu anualmente ao funcionalismo público, no mínimo, uma revisão geral, diferentemente da redação anterior do citado inciso X, do art. 37, que estipulava que "a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares far-se-á sempre na mesma data", garantindo-se tão-somente a simultaneidade de revisão, mas não a periodicidade.

Em virtude da redação anterior, entendia o STF que inexistia obrigatoriedade de envio do projeto de lei pelo Presidente da República, detentor da iniciativa privativa de leis que disponham sobre aumento da remuneração de servidores públicos (CF, art. 61, § 1.º, II, a), em face da ausência do princípio da periodicidade para revisão do funcionalismo público, afirmando que: "não confere aos servidores públicos o direito a uma data-base. Sem estabelecer um princípio de periodicidade, esse dispositivo apenas garante a simultaneidade, generalidade e igualdade da revisão da remuneração dos servidores públicos civis e militares. Em consequência, o Presidente da República - a quem compete com exclusividade a iniciativa de leis que disponham sobre aumento da remuneração de servidores públicos (CF, art. 61, § 1.º, II, a) - não está obrigado a encaminhar ao Congresso Nacional projeto de lei com esse conteúdo. Baseado nesse entendimento, o Tribunal indeferiu mandando de segurança impetrado por partidos políticos, contra a alegada omissão do Presidente da República em propor ao Congresso o reajuste da remuneração dos servidores federais"³⁴⁷.

Com a nova redação, obviamente, a obrigatoriedade do envio de pelo menos um projeto de lei anual³⁴⁸, tratando da reposição do poder aquisitivo do subsídio do servidor público, deriva do próprio texto constitucional.

Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tratar-se de "norma constitucional que impõe ao Presidente da República o dever de desencadear o processo de elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores da União, prevista no dispositivo constitucional em destaque, na qualidade de titular exclusivo da competência para iniciativa da espécie, na forma prevista no art. 61, § 1.º, II, a, da CF"; concluindo que "seu atraso configurou-se desde junho/1999, quando transcorridos os primeiros doze meses da data da edição da referida EC n.º 19/98".

7 CUMULAÇÃO DE VENCIMENTOS NO SETOR PÚBLICO

A regra constitucional (CF, art. 37, XVI) é pela vedação de qualquer hipótese de acumulação remunerada de cargos públicos, exceto quando houver compatibilidade de horários:

- a de dois cargos de professor³⁴⁹;

³⁴⁷ Informativo STF -13 a 17 maio 1996, n.º 31- MS 22.439-DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, 15-5-96 - Vencidos os Ministros Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Carlos Velloso. No mesmo sentido Informativo STF -16 a 20 set. 1996, n.º 45 - MS 22468-1, Rel. Min. Maurício Corrêa, afirmando: "A lei que instituiu a data base (Lei n.º 7.706/88) e as outras que a repetem, não são normas auto-aplicáveis no sentido de que obriguem o Chefe do Poder Executivo Federal a expedir proposta legislativa de revisão de vencimentos, face ao princípio constitucional que lhe reserva a privatividade da iniciativa (CF, artigo 61, § 1.º, II, a). Depende a iniciativa da vontade política do Presidente da República e das conveniências subjetivas de sua avaliação." STF - Pleno - MS n.º 22.563-7/CE (em relação aos servidores públicos estaduais) e, ainda, STF - Pleno - MS n.º 22.464-9/DF (em relação aos servidores públicos do Distrito Federal), ambos relatados pelo Min. Moreira Alves (Diário da Justiça, Seção I, 31 out. 1997, p. 55.544).

³⁴⁸ Concordamos com Maurício Ribeiro Lopes, quando afirma que "Pode a administração conceder reajustes em periodicidade inferior a um ano, jamais superar à data limite fixada como de interregno de doze meses para a revisão salarial" (Comentários... Op. cit. p. 122).

³⁴⁹ Conforme afirmou o Superior Tribunal de Justiça, "a incompatibilidade de horários, na acumulação de cargos de professor, configura-se em hipótese diversa da prevista pela Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XVI" (STJ 5.ª T. - RMS n.º 4.503/RN - Rel. Min. Flaquer Scartezzini, Diário da Justiça, Seção I, 6 out. 1997, p. 50.010).

- a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;
- a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas³⁵⁰.

O inciso XVI, do art. 37 aplica-se, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, às hipóteses de acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas³⁵¹.

A Emenda Constitucional n.º 19/98 criou, para as hipóteses possíveis de cumulação de cargos públicos³⁵², uma limitação salarial, ao determinar que a remuneração e o subsídio, decorrentes da cumulação dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderá exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Essa norma de proibição de acumular estende-se, nos termos da EC n.º 19/98, a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público³⁵³.

As regras constitucionais de cumulação de vencimentos no setor público são de observância obrigatória aos Estados-membros e municípios que não poderão afastar-se das hipóteses taxativamente previstas pela Constituição Federal³⁵⁴.

Conforme decidiu o Tribunal Superior Eleitoral, o momento inicial para a verificação da vedação de acumulação de proventos e vencimentos, nos termos do art. 37, XVI, da Constituição Federal e a data da promulgação da Constituição de 1988 e não a data estabelecida pelo TCE, cujas decisões não possuem caráter vinculante.

³⁵⁰ Nova previsão dada pela EC n.º 34, de 13-12-2001. A redação anterior previa a possibilidade de cumulação remunerada de dois cargos privativos de médico.

³⁵¹ Nesse sentido: "Considerando que a CF/88, nas hipóteses em que admite a acumulação de cargos, empregos ou funções, veda a percepção remunerada resultante de três posições no serviço público, incluindo-se aquela decorrente de aposentadoria, a Turma deu provimento a recurso extraordinário para reformar acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que reconheceu o direito de servidor público a acumular os vencimentos do cargo de médico do Estado e do cargo de professor adjunto da Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ, com os proventos de outro cargo de médico, sob o entendimento de que a vedação constante da CF não abrange os proventos de aposentadoria (CF, art. 37: "...XVI - é vedada a acumulação remunerada de serviços públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: a) a de dois cargos de professor; b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico; c) a de dois cargos privativos de médico; XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções..."). Precedentes citados: RE 163.204-SP (DJU 15-3-96) e RE 141.730-SP (DJU 3-5-96)" (STF - 2.ª T. - Rextr. n.º 141.376-RJ - Rel. Min. Néri da Silveira, decisão: 2-10-2001. Informativo STF n.º 244).

³⁵² "A Vedação do artigo 37, XVI, da Constituição Federal limita-se a acumulação de dois cargos públicos, nada opondo a que se ative o funcionário em outra atividade no setor privado. Se, no caso do Policial Militar, houver proibição expressa da Corporação a que se subordina, terá ocorrido mera infração do Policial Militar com relação àquela entidade" (TRT - 2.ª Região - 7.ª T. - Recurso Ordinário n.º 02970115713/SP - Rel. Juiz Gualdo Formica, decisão: 24 nov. 1997).

³⁵³ Em relação à opção e acumulação de empregos: "Quando o servidor acumula emprego ou cargos públicos e opta por um deles a fim de atender ao preceito do art. 37, XVI e XVII, da CF, combinado com o art. 17, §§ 1.º e 2.º do ADCT, tacitamente pediu demissão do outro, fazendo jus apenas aos salários e às verbas decorrentes de sua iniciativa resilitória" (TRT - 10.ª Região - 1.ª T. - RO n.º 0517/90 - Rel. Juiz Fernando Damasceno, Diário da Justiça, Seção II, 24 abr. 1991). No mesmo sentido: TRT -10.ª Região - 1.ª T. - RO n.º 2.092/90 - Rel. Juiz Heráclito Pena Jr., Diário da Justiça, Seção II, 21 ago. 1991).

³⁵⁴ O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 145, § 7.º, c, da Constituição do Estado do Mato Grosso que admitia a possibilidade de acumulação remunerada, desde que houvesse compatibilidade de horários, de dois cargos privativos de profissionais de saúde (STF - Adin n.º 281- MT, Rel. Min. Ilmar Galvão, 5-11-97. Informativo n.º 91). Nesse mesmo sentido, entendeu o STF que "a possibilidade de acumulação de dois cargos privativos de médico é exceção que não se estende a outros profissionais da saúde (CF, art. 37, XVI, redação anterior à EC 19/98). Com esse entendimento, a Turma manteve acórdão que negara à impetrante o pretendido reconhecimento da constitucionalidade da acumulação de dois cargos públicos de odontólogo" (STF - 1.ª T. - Rextr. n.º 222.423/RJ - Rel. Min. Ilmar Galvão, decisão: 31-8-99. Informativo STF n.º 160). Em virtude da EC n.º 34, de 13-12-2001, atualmente é possível a cumulação remunerada de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.

O Supremo Tribunal Federal, interpretando a referida previsão constitucional concluiu que, igualmente, não se podem acumular proventos com remuneração na atividade, quando os cargos efetivos de que decorrem ambas as remunerações não sejam acumuláveis na atividade³⁵⁵.

A Emenda Constitucional n.º 20/98 reiterou esse posicionamento jurisprudencial ao estabelecer ser vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos constitucionalmente acumuláveis, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração³⁵⁶.

Ressalte-se, porém, que a EC n.º 20/98³⁵⁷ trouxe uma regra de transição, estabelecendo que essa vedação não se aplica aos membros de poder e aos inativos, servidores e militares, que, até a sua publicação tenham ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição Federal. Nessas hipóteses, haverá a possibilidade de acumulação de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, respeitando-se porém o limite do teto salarial do funcionalismo público, equivalente ao subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Assim, a acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida pela Constituição, inclusive proibindo a Constituição que o juiz exerça, ainda que em disponibilidade ou mesmo aposentado, outro cargo ou função pública, salvo uma de magistério (art. 95, parágrafo único, inciso I), pois: "O instituto de aposentadoria é, antes de tudo, uma conquista social, fundada em um princípio de justiça que não permite o abandono na miséria, depois da velhice ou da invalidez, daquele que prestou o seu serviço ao Estado" (Themístocles Cavalcanti) "e não um meio de ganhar mais do Estado, num país em que o desemprego alcança taxas altíssimas."

Além disso, a EC n.º 20/98 estabeleceu a vedação a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime previdenciário do art. 40 da Constituição Federal, ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis constitucionalmente³⁵⁸. Nesses casos, onde será permitida constitucionalmente a acumulação de duas aposentadorias, não haverá possibilidade de se exceder o valor referente ao subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Note-se que, mesmo na hipótese excepcional onde a EC n.º 20/98 permitiu a acumulação de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo, emprego ou função pública (CF, art. 37, § 10), não será possível a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime previdenciário do art. 40 da CF.

8 LICITAÇÃO: INTERPRETAÇÃO DE ACORDO COM A FINALIDADE CONSTITUCIONAL

³⁵⁵ STF - Pleno - Mandado de Segurança n.º 22.182-8 - Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 10 ago. 1995, p. 23.555. Conforme se referiu o Ministro-relator: "O Plenário desta Corte, recentemente, ao julgar o RE n.º 163.204, firmou o entendimento de que, em face da atual Constituição, não se podem acumular proventos com remuneração na atividade, quando os cargos efetivos de que decorrem ambas essas remunerações não sejam acumuláveis na atividade." Conferir, ainda: STF - Pleno - Adin n.º 1691-1/DF - medida liminar - Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 28 nov. 1997 e 12 dez. 1997.

³⁵⁶ CF, art. 37, § 10, com a redação dada pela EC n.º 20/98.

³⁵⁷ EC n.º 20/98, art. 11.

³⁵⁸ CF, art. 40, § 6.º, com a redação dada pela EC n.º 20/98.

8.1 Da necessidade da licitação

O legislador constituinte, com a finalidade de preservação dos princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, probidade e da própria ilecividade do patrimônio público determinou no art. 37, XXI, da Constituição Federal, a regra da obrigatoriedade da licitação.

Enquanto os particulares desfrutam de ampla liberdade na contratação de obras e serviços, a Administração Pública, em todos os seus níveis, para fazê-lo, precisa observar, como regra, um procedimento preliminar determinado e balizado na conformidade da legislação. Em decorrência dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e probidade administrativa, os contratos que envolvem responsabilidade do erário público necessitam adotar a licitação, sob pena de invalidade, ou seja, devem obedecê-la com rigorosa formalística como precedente necessário a todos os contratos da administração, visando proporcionar-lhe a proposta mais vantajosa e dar oportunidade a todos de oferecerem seus serviços ou mercadorias aos órgãos estatais, assegurando, assim, sua licitude. A participação da administração pública no pacto contratual compromete a res pública, devendo, portanto, sua conduta pautar-se pelos imperativos constitucionais e legais, bem como pela mais absoluta e cristalina transparência.

Como salienta Celso Antonio Bandeira de Mello, "o acatamento aos princípios mencionados empece - ou ao menos forceja por empecer - conluios inadmissíveis entre agentes governamentais e terceiros, no que se defende a atividade administrativa contra negócios desfavoráveis, levantando-se, ainda, óbice a favoritismo ou perseguições, inconvenientes com o princípio da igualdade".

Ora, o administrador público deve pautar-se em suas condutas na Constituição e nas leis, para garantir o princípio da legalidade e o da igualdade de possibilidades de contratar com o Poder Público. Dessa forma, exigível sempre é a realização do procedimento licitatório, com o fim de afastar o arbítrio e o favorecimento.

Conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça, "o procedimento licitatório há de ser o mais abrangente possível, dando azo à participação do maior número possível de concorrentes. A escolha final há de recair sempre na proposta mais vantajosa para a Administração".

Consoante esta interpretação, em regra, qualquer contratação, sem prévia e necessária licitação, não só desrespeita o princípio da legalidade, como vai mais além, pois demonstra favoritismo do Poder Público em contratar com determinada empresa, em detrimento de todas as demais, que nem ao menos tiveram oportunidade de oferecimento de propostas e verificação de condições, em frontal desrespeito ao princípio constitucional da igualdade (art. 5.º, caput e inciso I, da Constituição Federal).

8.2 Das hipóteses excepcionais de ausência de licitação

Como salienta José Afonso da Silva, "o princípio da licitação significa que essas contratações ficam sujeitas, como regras, ao procedimento de seleção de propostas mais vantajosas para a administração pública. Constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público".

Ora, se a Constituição exige como regra a licitação e, excepcionalmente, admite que a lei defina os casos em que esta poderá ser afastada, claro está que o legislador constituinte

propugnou na norma constitucional uma interpretação absolutamente restrita e taxativa das hipóteses infraconstitucionais de dispensa e inexigibilidade do certame licitatório, em respeito ao caráter finalístico da norma constitucional.

Este objetivo, em relação à norma existente no art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, é obrigar o Poder Público a licitar, sempre que houver possibilidade de concorrência e de escolha da melhor e mais vantajosa oferta ao Poder Público, sem prejuízo ao interesse público.

A exegese constitucional indica que havendo possibilidade de concorrência, sem prejuízo ao interesse público, deverá haver licitação e somente, excepcionalmente, a dispensa ou a inexigibilidade previstas na legislação ordinária deverão ser aplicadas.

O objetivo colimado pela Constituição Federal está na previsão de que a regra geral é a da obrigatoriedade de se realizar o procedimento licitatório. No entanto, o próprio dispositivo constitucional que estatui essa obrigatoriedade (art. 37, inc. XXI, anteriormente citado) reconhece a existência de exceções à regra de licitar ao efetuar a ressalva dos casos especificados na legislação. Dessa maneira, o legislador constituinte, ao fazer essa ressalva, admitiu a possibilidade de existirem casos em que a licitação poderá deixar de ser realizada, autorizando, assim, a administração pública a celebrar contratações diretas. Tais situações, contudo, configuram-se em exceções à regra geral, sendo as hipóteses de dispensa e inexigibilidade.

Concordamos, portanto, com a conclusão de Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo de que a dispensabilidade não afasta, em princípio, e fatalmente, a incidência do requisito da licitação. Por quê? Para o homem do Direito, é muito importante que se tente sempre amarrar a construção doutrinária e a elaboração conceitual, num patamar irredutível... A licitação existe, em termos de embasamento constitucional, para a realização dos princípios vetoriais, dos princípios fundamentais, da Lei das Leis.

8.3 Da dispensa da Licitação

Ao legislador ordinário, portanto, não será possível, em desrespeito aos preceitos constitucionais, estabelecer arbitrariamente hipóteses de dispensa de licitação. Se não houver razoabilidade ou compatibilidade da dispensa legal com os princípios constitucionais que norteiam a necessidade de licitação, haverá flagrante inconstitucionalidade.

A mesma obrigatoriedade exigida para o legislador, que deve, no exercício da função legiferante, visar ao fim colimado pela constituição, é imposta e deverá ser obedecida pelo Poder Judiciário, no momento de analisar as hipóteses legais de dispensa da licitação perante o caso concreto, pois sempre a interpretação deve estar de acordo com a previsão constitucional da exigibilidade do certame licitatório, não havendo, pois, possibilidade de interpretações extensivas, que alarguem as hipóteses de dispensa.

8.4 Da inexigibilidade da licitação

Diferentemente da dispensa da licitação, ocorrerão as hipóteses de inexigibilidade quando houver impossibilidade jurídica de competição entre os diversos contratantes, seja pela específica natureza do negócio, seja pelos objetivos visados pela administração pública.

Como já exhaustivamente analisado, a licitação é praxe exigida constitucionalmente, e tanto o legislador quanto o intérprete deverão, sempre, procurar atingir o fim colimado pela constituição, em respeito, principalmente, aos princípios da igualdade, legalidade e

moralidade pública. Contudo, existirão situações em que os interesses da administração, e conseqüentemente, o interesse público, ficarão mais bem resguardados com a não-realização do certame licitatório. Na inexigibilidade há a inviabilidade da licitação por impossibilidade do processo de competição entre os participantes. Dessa forma, será inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, que tornará impossível a comparação, necessária e indispensável ao certame licitatório.

Da mesma forma, Eros Roberto Grau afirma que se houver possibilidade de competição, a licitação será indispensável, pois "a competição de que se trata, objetivo visado pela licitação, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quanto pretendam acesso a contratações da administração".

8.5 Conclusão

A Constituição Federal exige a licitação na contratação de obras, serviços, compras e alienações da administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, pois o princípio da licitação representa exigência superior da própria moralidade administrativa e, como tal, a sua dispensa deverá ocorrer excepcionalmente em casos expressamente especificados em lei, respeitando sempre o interesse público.

A função de administrador da coisa pública, além de compreender a condução da unidade política, corresponde a realização de atos e contratos de natureza negocial, envolvendo bens e serviços de que necessita para o desenvolvimento das próprias atividades.

Assim, se de um lado haverá necessidade de depurar, tanto quanto possível, tais atos e contratos de toda possibilidade de riscos e prejuízos afetos, geralmente, ao particular ou à empresa privada, de outro lado, da parte dos fornecedores desses bens e serviços, ter-se-á de manter uma situação de igualdade e abrangência, diante da administração pública, mediante a observação do processo de concorrência de todos os interessados, que é o processo de licitação. A licitação representa, portanto, a oportunidade de atendimento ao interesse público, pelos particulares, numa situação de igualdade.

Portanto, qualquer atividade do legislador ordinário, ou mesmo qualquer análise interpretativa sobre as hipóteses de dispensa e inexigibilidade da licitação, deverá ser taxativa e restritiva, em obediência aos fins colimados pela norma constitucional.

9 PUBLICIDADE DOS ATOS, PROGRAMAS, OBRAS, SERVIÇOS E CAMPANHAS DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS

Por ausência de previsão constitucional anterior, que regulamentasse a publicidade da atuação do Poder Público, tornou-se generalizada a prática de grandiosas e complexas promoções pessoais de autoridades componentes da autoridade pública, em especial, dos próprios chefes do Poder Executivo, nas três esferas da Federação, realizadas às custas do erário público.

Tais hipóteses, atualmente, estão expressamente vedadas pela Constituição Federal, que determina que a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos (CF, art. 37, § 1.º).

O legislador constituinte, ao definir a presente regra, visou a finalidade moralizadora, vedando o desgaste e o uso de dinheiro público em propagandas conducentes à promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos, seja por meio da menção de nomes, seja por meio de símbolos ou imagens que possam de qualquer forma estabelecer alguma conexão pessoal entre estes e o próprio objeto divulgado. E o móvel para esta determinação constitucional foi a exorbitância de verbas públicas gastas com publicidade indevida.

Como salienta Sérgio Andréa Ferreira, ao comentar o art. 37, § 1.º, da Constituição Federal, "o dispositivo em exame tem por objetivo coibir a prática das mais comuns nas administrações brasileiras, a dos governantes e administradores especialmente o chefe do poder executivo, valerem-se dos dinheiros públicos para, a pretexto de divulgar ou simplesmente identificar obras e realizações governamentais, que nada mais são do que o cumprimento das obrigações administrativas, fazerem publicidade de seus nomes, e de seus partidos, com vistas a futuras eleições. Antigamente, o expediente consistia, tão-somente, em apor, na placa de aviso de realização de serviços, a menção a 'Obra do Governo...' Hoje em dia, com os meios sofisticados de publicidade, de marketing, de merchandising, de uso dos mídias eletrônicas, de comunicação de 'massa', os gastos são colossais com a propaganda oficial. Diante do texto constitucional vigente, as formas são mais sutis, sem menção a nomes, mas constituindo, caracterizadamente, a promoção pessoal vedada pela CF. Tudo isso, é óbvio, constitucionalmente está vedado, ainda que assuma a feição de fraude à lei. Expediente igualmente utilizado consiste na propaganda através do Diário Oficial, inclusive de suplementos ao mesmo".

Note-se, portanto, que a publicidade não está vedada constitucionalmente, pois o princípio da publicidade dos atos estatais, e mais restritamente dos atos da administração, inserido no caput do art. 37, é indispensável para imprimir e dar um aspecto de moralidade à administração pública ou à atuação administrativa, visando o referido princípio, essencialmente, proteger tanto os interesses individuais, como defender os interesses da coletividade mediante o exercício do controle sobre os atos administrativos. Porém, está condicionada à plena satisfação dos requisitos constitucionais, que lhe imprimem determinados fins: caráter educativo, informativo ou de orientação social; e, ausência de nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos³⁵⁹.

Não poderão as autoridades públicas utilizarem-se de seus nomes, de seus símbolos ou imagens para, no bojo de alguma atividade publicitária, patrocinada por dinheiro público, obterem ou simplesmente pretenderem obter promoção pessoal, devendo a matéria veiculada pela mídia ter caráter eminentemente objetivo para que atinja sua finalidade

³⁵⁹ Conferir: "Proibição absoluta de a mensagem publicitária prestar-se a promoção pessoal de autoridades e servidores públicos. Necessidade de observância da ética, na Administração Pública" (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível 275.679.1/3-00, Guaratinguetá, 7.ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Sérgio Pitombo, v.u., 16-6-1997, Boletim AASP 2.202, p. 305). No mesmo sentido: "A administração pública, quando fizer publicidade de atos, programas, obras e serviços, não pode incluir nomes, símbolos ou imagens, que de qualquer modo vinculem a matéria divulgada a governante ou servidor público, eis que tal divulgação é apenas de caráter educativo, informativo ou de orientação social, nos termos do art. 37, § 1.º, da CF, que preza os princípios da impessoalidade e moralidade administrativa" (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível 263.817-1/1, 9.ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Yoshiaki Ichihara, 5-2-1997, v.u., RT 743/263). E, ainda: "O Município pode - e deve - ter órgão oficial para prestação de serviço público de divulgação de atos oficiais e atividades administrativas de caráter informativo, educativo, e de orientação social, mas deve abster-se de, a pretexto da publicidade, usurpar a moralidade e a impessoalidade servindo de palanque à promoção pessoal deste ou daquele administrador público" (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 253.437-1/9, São Vicente, 1.ª Câmara Civil, Rel. Alvaro Lazzarini, v.u., 10-11-95, JTJ 177/111).

constitucional de educar, informar ou orientar, e não sirva, simplesmente, como autêntico marketing político³⁶⁰.

Lembremo-nos da lição precisa de Celso Bastos e Ives Gandra, citando exemplo clássicos da vida política de nosso país, ao afirmarem que "a regra é bastante rigorosa. Proíbe a aparição de imagem da autoridade e mesmo a sua referência por meio da invocação do seu nome ou de qualquer símbolo que produza igual efeito. Lembre-se que alguns políticos ficaram conhecidos por certos objetos, por exemplo, vassoura (Jânio Quadros), marmita (Hugo Borgui). É uma lástima constatar que até agora não tenha havido uma aplicação drástica deste preceito. Ainda é freqüente ver-se nos órgãos de comunicação matérias que não atendem aos pressupostos positivos ou negativos da atividade de publicidade".

Importante ressaltar que o desrespeito aos requisitos constitucionais do art. 37, § 1.º, em clara afronta aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa e da proibição expressa do uso de nome, símbolo ou imagem que caracterize promoção pessoal da autoridade, havendo, pois aproveitamento do dinheiro público para realização de promoção pessoal, caracterizam ato de improbidade, legitimando o Ministério Público, no exercício da competência contemplada no art. 129, II e III, a exercer a fiscalização do cumprimento constitucional e a aplicação das sanções previstas, constitucional e legalmente, independentemente da utilização da ação popular para anulação do ato³⁶¹.

Essa conduta desvirtuada do agente político, visando sua autopromoção com a utilização de verbas públicas, afronta os princípios nucleares da ordem jurídica, com a obtenção de vantagens patrimoniais e políticas indevidas às expensas do erário, através do exercício nocivo de seu mandato político, e acarreta a infringência do art. 37, §§ 1.º e 4.º, da Constituição Federal, de forma, como já citado, de configurar-se ato de improbidade, cujas sanções constitucionais³⁶² são previstas no próprio § 4.º, do citado art. 37, da Carta Magna, dotado de eficácia e de sanção: os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Anote-se que a previsão das hipóteses configuradoras de atos de improbidade, bem como sua regulamentação e procedimento de responsabilização, foi dada pela Lei n.º 8.429/92. O desrespeito às regras constitucionais da publicidade enquadra-se nas previsões dos arts. 9.º ("Constitui-se ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1.º desta lei...") e 11, I ("Constitui-se ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, qualquer ação ou omissão que viole os deveres da honestidade,

³⁶⁰ "Uso de símbolo da campanha eleitoral, pelo atual prefeito municipal, nas publicidades oficiais - Inadmissibilidade - Afronta ao princípio da impessoalidade e da moralidade administrativa e da proibição expressa do uso do nome, símbolo ou imagem que caracterize promoção pessoal da autoridade - infringência do art. 37, caput e § 1.º, da Constituição da República" (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 242.471.1/800, São Paulo, 8.ª Câmara Civil da Seção de Direito Público, Rel. Des. Felipe Ferreira, v.u., 5-6-96). No mesmo sentido: "Uso em caráter pessoal de placas inaugurativas e outras, pagas pelo erário municipal - Princípio da impessoalidade ou finalidade que impera" (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 246.806-1/7, Pereira Barreto, 6.ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Afonso Faro, v.u., 13-5-96).

³⁶¹ Mandado de Segurança n.º 234.243 -1/4 - Guarujá/SP – 3.ª Câm. Cível TJSP - v.u. - Impetrante: Ruy Carlos Gonzales - Impetrada: Juíza de Direito da 4.ª Vara Cível da Comarca do Guarujá - Rel. Alfredo Migliore – 7-3-95.

³⁶² A Lei n.º 8.429/92, disciplina em seus arts. 5.º, 6.º e 12.º as sanções a serem aplicadas por prática de atos de improbidade.

legalidade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência) da citada lei³⁶³.

10 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O art. 37, § 4.º, da Constituição Federal determina que os atos de improbidade administrativa importarão:

- a suspensão dos direitos políticos;
- a perda da função pública;
- a indisponibilidade dos bens;
- o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível.

A constituição estabelece que a forma e a gradação das sanções decorrentes de ato de improbidade serão previstas em lei (Lei n.º 8.429/92). Assim, para que se evite o perigo de uma administração corrupta caracterizada pelo descrédito e ineficiência, o legislador editou a Lei n.º 8.429/92, com o intuito de prevenir a corrosão da máquina burocrática do Estado.

11 AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE

A ação civil pública é o instrumento processual adequado conferido ao Ministério Público para o exercício do controle popular sobre os atos dos poderes públicos, exigindo tanto a reparação do dano causado ao patrimônio público por ato de improbidade, quanto a aplicação das sanções do art. 37, § 4.º, da Constituição Federal, previstas ao agente público, em decorrência de sua conduta irregular.

O art. 129, III, da Constituição Federal, estabelece como uma das funções institucionais do Ministério Público a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Essa disposição constitucional ampliou o rol previsto no art. 1.º, inciso IV, da Lei Federal n.º 7.347/85, para incluir a defesa, por meio de ação civil pública, de interesses transindividuais, possibilitando a fixação de responsabilidades (ressarcimentos ao erário; perda do mandato; suspensão dos direitos políticos; aplicação de multas) por prejuízos causados não só aos interesses expressamente nela previstos, mas também quaisquer outros de natureza difusa ou coletiva, sem prejuízo da ação popular. Entre estes outros interesses não previstos na lei citada, destaca-se a defesa do patrimônio público, da moralidade administrativa, ambos de natureza indiscutivelmente difusas.

A Lei Federal n.º 7.347/85 é norma processual geral para a tutela de interesses supra-individuais, aplicando-se a todas as outras leis destinadas a defesa desses interesses, como a Lei Federal n.º 8.429/92, conforme artigos 17 e 21.

Esta disposição integra-se ao art. 83 da Lei Federal n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que determina a admissão de qualquer pedido para tornar adequada e efetiva a tutela aos interesses transindividuais, ou seja, possibilita a formulação de qualquer espécie

³⁶³ A infringência tratada neste tópico se enquadraria nos arts. 92 e 11, I, da Lei n.º 8.429/92: Art. 9.º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1.º desta Lei, e notadamente. Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência."

de pedido de provimento jurisdicional, desde que tenha por objetivo resguardar defesa do interesse em jogo.

Note-se, igualmente, que os arts. 110 e 117, da referida Lei n.º 8.078/90, inseriram na Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85) o inciso IV do art. 1.º e o art. 21, estendendo, de forma expressa, o que a Constituição Federal havia estendido de maneira implícita, ou seja, o alcance da ação civil pública à defesa de todos os interesses difusos.

O referido inciso IV do art. 1.º, introduzido no texto da Lei da Ação Civil Pública, cuida de uma norma de encerramento, exemplificativa, que se aplica a todo e qualquer direito ou interesse difuso, coletivo ou individual tratado coletivamente, ao passo que o art. 21 possibilita não apenas pedido condenatório ou cautelar, mas qualquer pedido, de qualquer natureza.

Torna-se, pois, indiscutível a adequação dos pedidos de aplicação das sanções previstas para ato de improbidade à ação civil pública, que constitui nada mais do que uma mera denominação das ações coletivas, às quais por igual tendem à defesa de interesses meta-individuais.

Assim, não se pode negar que a Ação Civil Pública se trata da via processual adequada para a proteção do patrimônio público, dos princípios constitucionais da administração pública e para repressão de atos de improbidade administrativa, ou simplesmente atos lesivos, ilegais ou imorais, conforme expressa previsão no art. 12 da Lei n.º 8.429/92 (de acordo com o art. 37, § 4.º, da Constituição Federal) e art. 3.º da Lei Federal n.º 7.347/85³⁶⁴.

É esse o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, que afirmou que "o campo de atuação do MP foi ampliado pela Constituição de 1988, cabendo ao parquet a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, sem a limitação imposta pelo art. 1.º da Lei n.º 7.347/85". Reiterando esse posicionamento, decidiu o STJ que "tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública visando ao ressarcimento de danos ao erário público", concluindo no sentido de que "conforme alguns precedentes da Corte, é legítimo ao Ministério Público propor ação civil pública visando a proteção do patrimônio público, uma vez que o texto constitucional/88 (art. 129, III), ampliou o campo de atuação do MP, colocando-o como instituição de substancial importância na defesa da cidadania".

A Lei da Ação Civil Pública é de natureza essencialmente processual, limitando-se a disciplinar os aspectos processuais da tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Alberga a lei material a relação de subordinação dos aspectos de direito material dos bens protegidos pela lei em questão.

Ao escrever sobre a ação civil pública, Hely Lopes Meirelles confirmou sua natureza eminentemente processual, afirmando que "a ação e a condenação devem fundar-se em disposição de alguma norma substantiva (da União, dos Estados ou Municípios) que tipifique a infração a ser reconhecida ou punida pelo Judiciário, independentemente de qualquer outra sanção administrativa ou penal, em que incida o infrator".

³⁶⁴ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 1.ª Câmara Civil, Agravo de Instrumento 214.432-1/0, São Paulo, Relator Desembargador Alexandre Germano, v.u., 27-9-1994. E, ainda, julgamento proferido nos autos do já citado Agravo de Instrumento n.º 198.572-1/4, pela Colenda 8.ª Câmara Civil, v.u., relator Desembargador Jorge Almeida.

Conclui-se, portanto, que a Lei da Ação Civil Pública é a lei processual, pelo que a hipótese motivadora da ação e possibilitadora da condenação por ato de improbidade administrativa se baseia nas disposições da Lei n.º 8.429/92, norma substantiva, de direito material, que foi editada para regulamentar as sanções previstas constitucionalmente no art. 37, § 4.º, da Constituição Federal, corroborando-se a lição de Pazzaglini, Elias Rosa e Fazzio, de que "ação civil pública, no caso da improbidade administrativa, é ação civil de interesse público imediato, ou seja, é a utilização do processo civil como um instrumento para a proteção de um bem, cuja preservação interessa à toda a coletividade".

12 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO

A Constituição Federal prevê que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Assim, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público baseia-se no risco administrativo, sendo objetiva. Essa responsabilidade objetiva exige a ocorrência dos seguintes requisitos: ocorrência do dano; ação ou omissão administrativa; existência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.

O Supremo Tribunal Federal, em relação à responsabilidade civil do Poder Público, afirma: "A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417).

O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 - RTJ 55/50).

As características básicas do preceito constitucional consagrados da responsabilidade civil objetiva do Poder Público (CF, § 6.º do art. 37) são:

- as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa³⁶⁵;
- a obrigação de reparar danos patrimoniais decorre de responsabilidade civil objetiva. Se o Estado, por suas pessoas jurídicas de direito público ou pelas de direito privado prestadoras de serviços públicos, causar danos ou prejuízos aos indivíduos, deve reparar esses danos, indenizando-os, independentemente de ter agido com dolo ou culpa;
- os requisitos configuradores da responsabilidade civil do Estado são: ocorrência do dano; nexos causal entre o *eventus damni* e a ação ou omissão do agente público ou do prestador de serviço público; a oficialidade da conduta lesiva; inexistência de causa excludente da responsabilidade civil do Estado;
- no Direito brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, com base no risco administrativo, que, ao contrário do risco integral, admite abrandamentos. Assim, a responsabilidade do Estado pode ser afastada no caso de força maior³⁶⁶, caso fortuito, ou ainda, se comprovada a culpa exclusiva da vítima;
- havendo culpa exclusiva da vítima, ficará excluída a responsabilidade do Estado. Entretanto, se a culpa for concorrente, a responsabilidade civil do Estado deverá ser mitigada, repartindo-se o quantum da indenização;
- a responsabilidade civil do Estado não se confunde com as responsabilidades criminal e administrativa dos agentes públicos, por tratar-se de instâncias independentes³⁶⁷. Assim, a absolvição do servidor no juízo criminal não afastará a responsabilidade civil do Estado, se não ficar comprovada culpa exclusiva da vítima.
- a indenização do dano deve abranger o que a vítima efetivamente perdeu, o que despendeu, o que deixou de ganhar em consequência direta e imediata do ato lesivo do Poder Público, ou seja, deverá ser indenizada nos danos emergentes e nos lucros cessantes, bem como honorários advocatícios, correção monetária e juros de mora, se houver atraso no pagamento. Além disso, nos termos do art. 5.º, V, da Constituição Federal, será possível a indenização por danos morais;
- a Constituição Federal prevê ação regressiva contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

12.1 Responsabilidade civil do poder público por danos causados a alunos no recinto de estabelecimento oficial de ensino

³⁶⁵ A responsabilidade civil do Estado abrange, inclusive, os atos dos agentes notariais, pois, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, "Os cargos notariais são criados por lei, providos mediante concurso público e os atos de seus agentes, sujeitos à fiscalização estatal, são dotados de fé pública, prerrogativa esta inerente à idéia de poder delegado do Estado. 2. Legitimidade passiva ad causam do Estado. Princípio da responsabilidade. Aplicação. Ato praticado pelo agente delegado. Legitimidade passiva do Estado na relação jurídica processual, em face da responsabilidade objetiva da Administração" (STF – 2.ª T. – Rextr. n.º 212.724-8/MG - Rel. Min. Maurício Corrêa, Diário da Justiça, Seção I, 6 ago. 1999, p. 48).

³⁶⁶ Conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça, "a força maior exclui a responsabilidade civil do Estado, quando descaracteriza o nexo de causalidade entre o evento danoso e o serviço público" (STJ – 2.ª T. - Resp. n.º 135.259-0/SP - Rel. Min. Ari Pargendler, RSTJ, 105/190).

³⁶⁷ A jurisprudência sedimentada do Supremo Tribunal Federal é no sentido da independência das responsabilidades administrativa e penal. A exceção ocorre à conta de situação concreta em que, no campo penal, hajam ficado patenteadas a inexistência da materialidade ou a negativa da autoria" (STF - Pleno - MS n.º 22.476-2/AL - Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 3 out. 1997, p. 49.230). Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça: "Independência da responsabilidade civil do Estado em confronto com a criminal, salvo quando no juízo penal se reconhece, via decisão transitada em julgado, ausência de autoria e de materialidade do delito. A absolvição no juízo criminal não impede a propositura da ação civil, quando pessoa que não concorreu para o evento sobre dano não tiver culpa" (STJ – 1.ª T - Resp. n.º 111.843/PR - Rel. Min. José Delgado, decisão: 24-4-1997).

Decidiu o Supremo Tribunal Federal: "O Poder Público, ao receber o estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno.

A obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação, e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares, ressalvadas as situações que descaracterizam o nexo de causalidade material entre o evento danoso e a atividade estatal imputável aos agentes públicos".

13 SERVIDOR PÚBLICO E MANDATO ELETIVO

A Constituição Federal, em seu art. 38, prevê regras especiais de tratamento ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo³⁶⁸.

- tratando-se de mandato eletivo federal, estadual ou distrital, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função;
- investido no mandato de Prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar por sua remuneração;
- investido no mandato de vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo compatibilidade, será aplicada a norma anterior;
- em qualquer caso que exija o afastamento para o exercício de mandato eletivo, seu tempo de serviço será contado para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento;
- para efeito de benefício previdenciário, no caso de afastamento, os valores serão determinados como se no exercício estivesse.

14 SISTEMA REMUNERATÓRIO DO SERVIDOR PÚBLICO

A redação originária do art. 39 da Constituição Federal previa que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituiriam, no âmbito de sua competência, ou seja, em cada esfera governamental, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

Como salientado por Alvacir Correa dos Santos, "percebe-se, pela redação da norma, que o objetivo foi o de unificar, no âmbito de cada esfera de governo (federal, estadual, distrital e municipal), o regime jurídico dos servidores da Administração direta, autarquias e fundações públicas. O princípio da isonomia, por certo, inspirou o constituinte, no particular, já que

³⁶⁸ Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, promulgada em 4-6-1998 e publicada no Diário Oficial da União em 5-6-1998. Ressalte-se que o art. 34 da própria Emenda Constitucional estabeleceu que sua entrada em vigor seria na data de sua promulgação.

referidos servidores estarão submetidos, entre si, aos mesmos direitos e obrigações perante a entidade política a que servem".

A Emenda Constitucional n.º 19, promulgada em 4-6-1998, extinguiu com o regime jurídico único dos servidores públicos, substituindo-o pela obrigatoriedade da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios instituírem um conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

Além disso, a fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará:

- a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira;
- os requisitos para a investidura;
- as peculiaridades dos cargos.

Ressalte-se, porém, que a conduta do conselho de política de administração e remuneração de pessoal deverá pautar-se dentro do estrito respeito ao princípio da igualdade, não havendo a possibilidade de fixação de padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório com diferenciações em razão de sexo, religião, raça, convicções políticas, filosóficas ou classe social, pois como salientado pelo Supremo Tribunal Federal, "O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é - enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica - suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio - cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público - deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei - que opera numa fase de generalidade, puramente abstrata - constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade".

Como bem salientado por Maurício Ribeiro Lopes, "trata-se de forma hábil imaginada pelo legislador reformista para, sem romper o princípio da igualdade, permitir a reconstrução de escalas de vencimentos e valorização de algumas carreiras técnicas, politicamente frágeis".

A Emenda Constitucional n.º 19/98 determinou, ainda, de forma obrigatória, para o membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais e, de forma facultativa, para os servidores públicos organizados em carreira, que suas remunerações serão exclusivamente por subsídio fixado em parcela única; vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, duas regras previstas nos incisos X e XI do art. 37:

- a remuneração dos servidores públicos e o subsídio somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices (CF, art. 37, X). Note-

se que não há inconstitucionalidade do Estado-membro que estabelece em sua Constituição estadual data limite para o pagamento de vencimentos, corrigindo-se monetariamente seus valores se pagos em atraso, pois a jurisprudência do STF já pacificou o entendimento de que trata-se de dívida de caráter alimentar, não ofendendo o princípio da independência dos Poderes, pois não implicam a criação de cargos ou o aumento de remuneração, nem ferem o poder de iniciativa exclusiva do Governador do Estado;

- a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 37, XI).

Ressalte-se, ainda, que Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderá estabelecer a relação entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, obedecido, em qualquer caso, o disposto no já citado art. 37, XI.

15 REGRA GERAL DE APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL

O art. 40 da Constituição Federal, com a nova redação dada pela EC n.º 20/98, assegura aos servidores públicos regime de previdência de caráter contributivo, observando-se critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, prevendo as seguintes regras gerais de aposentadoria para os servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações:

- por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei;
- compulsoriamente, aos 70 anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;
- voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de 10 anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:
 - a. 60 anos de idade e 35 anos de contribuição, se homem, e 55 anos de idade e 30 de contribuição, se mulher;
 - b. 65 anos de idade, se homem, e 60 anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

O art. 4.º da EC n.º 20/98 determina que “o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição”. Ressalte-se, ainda, que o § 10, do art. 40, com a redação dada pela EC n.º 20/98, prevê que “a lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício”.

Observe-se que a EC n.º 20/98 prevê em relação aos professores a redução dos requisitos de idade e tempo de contribuição em cinco anos, de forma a poderem aposentar-se voluntariamente aos 55 anos de idade e 30 de contribuição, se homem, e 50 anos de idade e 25 de contribuição, se mulher.

Essa redução refere-se tão-somente à previsão de aposentadoria integral e voluntária de professores que comprovem exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio³⁶⁹.

A Constituição Federal também prevê que os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão.

Saliente-se, ainda, que nos termos da EC n.º 20/98, os proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria e, na forma da lei, corresponderão à totalidade da remuneração.

Em relação à pensão, determina a EC n.º 20/98 que a lei disporá sobre a concessão do benefício da pensão por morte, que será igual ao valor dos proventos do servidor falecido ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data de seu falecimento. Trata-se de preceito auto-aplicável, não necessitando de qualquer integração ordinária para a sua percepção, bem como impede a edição de qualquer lei ou ato normativo que vise restringir o benefício da integralidade da pensão³⁷⁰. Essa disposição aplica-se igualmente aos pensionistas dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios³⁷¹.

A lei a que se refere a EC n.º 20/98 (§ 7.º, art. 40. Lei disporá sobre a concessão do benefício da pensão por morte...) não poderá restringir o direito do pensionista ao recebimento da totalidade da remuneração.

O teto salarial do funcionalismo público previsto pela Emenda Constitucional n.º 19/98 e correspondente ao subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 37, XI), aplica-se integralmente aos proventos de aposentadoria e às pensões³⁷².

Os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores na atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei. Essa norma aplica-se aos pensionistas dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios³⁷³.

A Constituição Federal veda, nas hipóteses acima tratadas, a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria, ressalvados os casos de atividades

³⁶⁹ CF, art. 40, § 5.º, com a redação dada pela EC n.º 20/98.

³⁷⁰ Apesar de referirem-se ao antigo § 5.º, do art. 40, da Constituição Federal ("o benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior"), parecem ser inteiramente aplicáveis à nova regulamentação dada pela EC n.º 20/98 os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal, que garantiam a auto-aplicabilidade do benefício da pensão, bem como a proibição de sua restrição por espécie normativa infraconstitucional: Rextr. n.º 215.261-7/RS; Rextr. n.º 215.322-2/RS; Rextr. n.º 215.331-1/RS - todos STF - 2.ª T. - Rel. Min. Néri da Silveira, Diário da Justiça, Seção I, 5 dez. 1997, p. 63.923-63.924.

³⁷¹ CF, art. 42, § 2.º, com a redação dada pela EC n.º 20/98.

³⁷² Redação do § 8.º, do art. 40, dada pela EC n.º 20/98, que ainda prevê isso como regra geral ao dar nova redação ao art. 248 da CF: "Os benefícios pagos, a qualquer título, pelo órgão responsável pelo regime geral de previdência social, ainda que à conta do Tesouro Nacional, e os não sujeitos ao limite máximo de valor fixado para os benefícios concedidos por esse regime observarão os limites fixados no artigo 37, XI."

³⁷³ CF, art. 42, § 2.º, com a redação dada pela EC n.º 20/98.

exercidas, exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar.

Ressalte-se, ainda, que os notários referidos no art. 236 da Constituição Federal estão sujeitos às regras de aposentadoria compulsória em virtude da idade.

Aplica-se, subsidiariamente no que couber, aos servidores públicos titulares de cargo efetivo, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social.

15.1 Regra de transição de aposentadoria voluntária integral e proporcional

A EC n.º 20/98, em seu art. 8.º, assegurou o direito à aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, § 3.º, da Constituição Federal, àquele que tivesse ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública, direta, autárquica e fundacional, até a data de sua publicação, desde que o servidor preenchesse cumulativamente os seguintes requisitos:

- 53 anos de idade, se homem, e 48 anos de idade, se mulher;
- cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria;
- tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:
 - a. 35 anos, se homem, e 30 anos, se mulher; e
 - b. um período adicional de contribuição equivalente a 20% do tempo que, na data da publicação da EC n.º 20/98, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.

Em razão da cumulatividade dos requisitos, a regra de transição fixou idades mínimas para a aposentadoria integral do homem (53 anos) e da mulher (48 anos).

Pergunta-se, a título exemplificativo, qual seriam os requisitos para a aposentadoria integral do servidor público homem que contasse, à data da publicação da EC n.º 20/98, com 20 anos de contribuição.

A resposta, com base no novo mandamento constitucional, engloba os seguintes requisitos cumulativos:

- idade mínima de 53 anos;
- cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria;
- 38 anos de contribuição, equivalentes à soma dos 35 anos mínimos, por ser homem, e ao acréscimo de três anos, correspondente ao percentual de 20% sobre 15 anos (a diferença entre os 35 anos mínimos e os 20 já contribuídos). Dessa forma faltariam 18 anos de contribuição.

O servidor que, mesmo preenchendo os requisitos para aposentadoria pela regra de transição, permanecer em atividade fará jus à isenção da contribuição previdenciária até que complete as novas exigências para a aposentadoria analisadas no item 15.

A EC n.º 20/98 permitiu, ainda, que o servidor possa aposentar-se com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições:

- 53 anos de idade, se homem, e 48 anos de idade, se mulher;
- cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria;

- tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

- a. 30 anos, se homem, e 25 anos, se mulher; e

- b. um período adicional de contribuição equivalente a 40% do tempo que, na data da publicação da EC n.º 20/98, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.

Igualmente, pergunta-se, a título exemplificativo, quais seriam os requisitos para a aposentadoria proporcional do servidor público mulher que contasse, à data da publicação da EC n.º 20/98, com 20 anos de contribuição.

A resposta, com base no novo mandamento constitucional, engloba os seguintes requisitos cumulativos:

- 48 anos de idade;

- cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria;

- tempo de contribuição igual a 27 anos, equivalentes à soma dos 25 anos mínimos, por ser mulher, e ao acréscimo de dois anos, correspondente ao percentual de 40% sobre cinco anos (a diferença entre os 25 anos mínimos e os 20 já contribuídos). Dessa forma, faltariam 7 anos de contribuição.

A aposentadoria proporcional corresponderá a 70% do valor máximo que o servidor poderia obter com a aposentadoria integral. Esse valor de 70%, será acrescido de 5% por ano de contribuição que supere a soma acima referida do tempo mínimo de contribuição, até o limite máximo de 100%.

15.1.1 Regra de transição e magistrados, membros do Ministério Público e Tribunal de Contas

As regras de transição acima analisadas aplicam-se, igualmente, ao magistrado e ao membro do Ministério Público e de Tribunal de Contas, conforme preceitua o § 2.º do art. 8.º da EC n.º 20/98.

Porém, no caso de magistrado, membro do Ministério Público ou de Tribunal de Contas do sexo masculino, haverá, para efeito de contagem do tempo de contribuição, um acréscimo de 17% em relação ao tempo de serviço exercido até a publicação da referida emenda.

A razão dessa previsão constitucional está no fato de que até a publicação da EC n.º 20/98, independentemente do sexo, todos os magistrados, membros do Ministério Público e de Tribunais de Contas, aposentavam-se pelas mesmas regras especiais que exigiam 30 anos de serviço para a aposentadoria integral facultativa³⁷⁴. Com as alterações constitucionais, a aposentadoria dos magistrados, membros do Ministério Público e de Tribunais de Contas passou a ser regida pelas regras gerais do artigo 40 da Constituição Federal e pelas regras de transição do art. 8.º da EC n.º 20/98, que diferenciam o servidor em razão do sexo.

Dessa forma, a previsão de um acréscimo de 17% em relação ao tempo de serviço exercido até a publicação da EC n.º 20/98 em relação aos magistrados, membros do Ministério Público e de Tribunais de Contas do sexo masculino, pretende, durante o período de transição, manter a igualdade de maneira a equilibrar as situações, independentemente do sexo.

³⁷⁴ Antiga redação do art. 93, VI, da CF: "a aposentadoria com proventos integrais é compulsória por invalidez ou aos setenta anos de idade, e facultativa aos trinta anos de serviço, após cinco anos de exercício efetivo na judicatura".

15.1.2 Regra de transição para professor

A EC n.º 20/98 determinou a possibilidade de o professor, servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que, até a data de sua publicação tivesse ingressado, regularmente, em cargo efetivo e magistério, optar por aposentar-se na forma já descrita no item 15.1. Caso haja essa opção, o professor terá o tempo de serviço exercido até a publicação da EC n.º 20/98 contado com o acréscimo de 17%, se homem, e de 20%, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício das funções de magistério.

15.2 Regime de previdência complementar no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios

A Emenda Constitucional n.º 20/98 autorizou a criação de regimes de previdência complementar para os servidores titulares de cargo efetivo pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Esses regimes de previdência complementar deverão ser criados por lei, no âmbito de cada ente federativo, precedidos porém da edição de lei complementar federal que deve, respeitando os preceitos fixados no art. 202 da Constituição Federal, estabelecer as normas gerais para sua instituição (conferir Capítulo 15, item 1.3.3).

Após a implantação do regime de previdência complementar, será permitido à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a fixação de um limite máximo ao valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime previdenciário do servidor público (CF, art. 40). Esse limite máximo será o mesmo estabelecido para os benefícios do regime geral da previdência social, correspondente ao valor de R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), reajustados, a partir da publicação da EC n.º 20/98, de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social. O restante deverá ser arcado pela previdência complementar.

O regime de previdência complementar somente será obrigatório para os servidores titulares de cargo efetivo que ingressarem no serviço público após a data da publicação do ato de sua instituição. Em relação aos servidores titulares de cargo efetivo que já se encontravam no serviço público nessa data, a Constituição Federal prevê o direito de optar ou não, de maneira prévia e expressa, pelo novo sistema.

15.3 Emenda Constitucional n.º 20/98 e o respeito aos direitos adquiridos

O art. 3.º da EC n.º 20/98 assegurou a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos, bem como a seus dependentes, que, até a data de sua publicação, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

Previu, ainda, a manutenção de todos os direitos e garantias assegurados nas disposições constitucionais vigentes à data de sua publicação aos servidores e militares, inativos e pensionistas, aos anistiados e aos ex-combatentes, assim como àqueles que já cumpriram, até aquela data, os requisitos para usufruírem tais direitos.

Ao declarar expressamente o respeito aos direitos adquiridos, pretendeu a EC n.º 20/98 evitar discussões jurídicas nos Tribunais e salvaguardar, de imediato, um dos pilares de

qualquer Estado de Direito. Assim, admirável a preocupação do legislador constituinte reformador³⁷⁵.

Porém, a ausência dessa norma expressa, por óbvio, não poderia levar ao desrespeito aos direitos adquiridos, por constituírem cláusulas pétreas em nossa Constituição (CF, art. 60, § 4.º, IV c.c. art. 5.º, XXXVI). Nesse sentido consultar extensa fundamentação no capítulo 3, item 20.1 (Previdência social e direitos adquiridos) e no Capítulo 9, item 20 (Emenda Constitucional n.º 19/98 e respeito aos direitos adquiridos).

A EC n.º 20/98 pretendeu, ainda, evitar que houvesse um grande número de aposentadorias no setor público, prevendo ao servidor público que tenha completado as exigências para aposentadoria integral e que opte por permanecer em atividade, a isenção em relação a contribuição previdenciária até que complete as novas exigências previstas para a aposentadoria no serviço público (CF, art. 40, § 1.º, III).

16 ESTABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL

O art. 41 da Constituição Federal consagra a regra de estabilidade do servidor público. Assim, nos termos da Emenda Constitucional n.º 19/98, são requisitos para a aquisição de estabilidade do servidor público:

- nomeação para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público;
- efetivo exercício por três anos³⁷⁶ (estágio probatório) - Ressalte-se, porém, que nos termos do art. 28 da EC n.º 19/98, ficou assegurado o prazo de dois anos de efetivo exercício para aquisição da estabilidade aos servidores em estágio probatório à época da promulgação da Emenda Constitucional, sem prejuízo da avaliação especial e obrigatória prevista no próximo tópico;
- avaliação especial e obrigatória de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

Em regra, os servidores estáveis somente poderão perder o cargo:

- em virtude de sentença judicial transitada em julgado;
- mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa³⁷⁷;
- mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

A Emenda Constitucional n.º 19/98 trouxe outra possibilidade de o servidor estável perder o cargo no art. 169³⁷⁸, em norma constitucional de eficácia limitada à edição de lei complementar.

³⁷⁵ É firme a jurisprudência do STF, no sentido de que "o aposentado tem direito adquirido ao quantum de seus proventos calculado com base na legislação vigente ao tempo da aposentadoria, mas não aos critérios legais com base em que esse quantum foi estabelecido, pois não há direito adquirido a regime jurídico (RE 92.511, Moreira Alves, RTJ 99/1267)" (STJ – 1.ª T. - Agrav. Reg. em Agr. Inst. n.º 145.522-5/PR - Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 26 mar. 1999).

³⁷⁶ A antiga redação do art. 41, previa "após dois anos de efetivo exercício...".

³⁷⁷ Súmula 20/STF - É necessário processo administrativo, com ampla defesa para demissão de funcionário, admitido por concurso. Referência - Recs. em Mand. Segar. 9.291, de 21-5-62 (Diário da Justiça, 20 dez. 1962, p. 853); 9.331, de 21-5-62; 9.483, de 30-5-62; 9.495, de 30-5-62 e 9.780 de 29-8-62 (Diário da Justiça, 16 nov. 1962, p. 647). Agravos 26.618, de 23-10-62; 26.944, de 8-3-63, e 26.841, de 30-11-62.

³⁷⁸ EC n.º 19/98 - Art. 33. Consideram-se servidores não estáveis, para os fins do art. 169, § 3.º, II, da Constituição Federal aqueles admitidos na administração direta, autárquica e fundacional sem concurso público de provas ou de provas e títulos após 5-10-1983.

Assim, a despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar. Para que esses limites sejam adequados e cumpridos, a própria EC 19/98 previu que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:

- redução em pelo menos 20% das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;
- exoneração dos servidores não estáveis: conforme o art. 33 da EC n.º 19/98, consideram-se servidores não estáveis, para os fins do art. 169, § 3.º, II, da Constituição Federal aqueles admitidos na administração direta, autárquica e fundacional sem concurso público de provas ou de provas e títulos após 5-10-1983. O Supremo Tribunal Federal decidiu em hipótese análoga, referente à relação ao art. 19 do ADCT ("Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37 da Constituição, são considerados estáveis no serviço público"), "o destinatário do art. 19 do ADCT da Carta Magna, no tocante ao requisito do 'exercício na data da promulgação da Constituição há pelo menos cinco anos continuados', e aquele que esteja vinculado a uma das pessoas jurídicas de direito público ali relacionadas na qualidade de servidor público, embora não admitido na forma regulada no art. 37 da Constituição, sem hiato quanto a essa relação jurídica, ainda que a títulos diversos, desde que se sucedam sem solução de continuidade".

Ocorre, porém, que se essas medidas não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da citada lei complementar, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.

A Constituição Federal resguardou ao servidor estável, que perder o cargo na hipótese descrita, o direito à indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço, sendo que o cargo objeto da redução será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos.

As leis regulamentadoras dessas duas hipóteses de perda do cargo pelo funcionário público (previstas no inciso III do § 1.º do art. 41 e no § 7.º do art. 169) estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado. Na hipótese de insuficiência de desempenho, a perda do cargo somente ocorrerá mediante processo administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa.

A administração pública, durante o estágio probatório, avalia a conveniência da confirmação efetiva do servidor concursado no funcionalismo público, aferindo requisitos objetivos que demonstrem sua idoneidade moral, sua eficiência, aptidão, assiduidade, moralidade etc. Mesmo durante o estágio probatório, o funcionário concursado não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade³⁷⁹.

³⁷⁹ Súmula 21/STF - Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade. Referência: Rec. Extr. 45.967 de 24-1-61 (Diário da Justiça, 3 jan. 1961, p. 46). Agravo 25.031, de 16-1-62 (Diário da Justiça, 25 abr. 1963, p. 204). Rec. Extr. 46.363, de 14-11-61. Rec. em Mand. de Segur. 8.222, de 11-12-61. Embs. em Rec. Extr.

O ordenamento jurídico brasileiro consagra a plena independência das instâncias administrativa e penal em relação à apuração de fato ensejador da demissão do funcionário público. Assim, o funcionário estável poderá ser demitido após processo administrativo que tenha observado ampla defesa, mesmo que ainda esteja pendente ação penal sobre o mesmo fato. Ressalte-se que somente haverá repercussão da instância penal na administrativa nas hipóteses em que aquela tenha concluído pela inexistência material do fato ou pela negativa de sua autoria.

Determina a Constituição Federal, após a EC n.º 19/98, que invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço. Ainda, há a previsão de que extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

17 MILITARES DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

A Emenda Constitucional n.º 18, de 5 de fevereiro de 1998, alterou integralmente a redação da Seção III, do Capítulo VIII, do Título III, da Constituição Federal, passando a denominá-la "Dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios"; além de alterar a redação de seu único artigo.

Dessa forma, a Constituição Federal passou a tratar em capítulos diversos os Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (CF, art. 42) e as Forças Armadas (CF, art. 142). Como fora salientado em edições anteriores dessa obra, a organização e o regime único dos servidores públicos militares já diferia entre si, até porque o ingresso nas Forças Armadas dá-se tanto pela via compulsória do recrutamento oficial, quanto pela via voluntária do concurso de ingresso nos cursos de formação oficiais; enquanto o ingresso dos servidores militares das polícias militares ocorre somente por vontade própria do interessado, que se submeterá a obrigatório concurso público.

A citada EC n.º 18/98 pretendeu equacionar essa diferença, deslocando o tratamento jurídico-constitucional das Forças Armadas, somente para o art. 142 da Constituição Federal.

Assim, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina.

A própria Constituição Federal, porém, determina a aplicação aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, das disposições previstas no art. 14, § 8.º, no art. 40, § 9.º, e no art. 142, §§ 2.º e 3.º.

Caberá ainda, à lei estadual especificar sobre o ingresso dos Militares dos Estados, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares dos Estados, consideradas as peculiaridades de suas atividades.

As patentes dos militares dos Estados e do Distrito Federal serão conferidas pelo Governador do Estado ou do Distrito Federal.

Por fim, a Emenda Constitucional n.º 18/98 passou a prever expressamente matéria já pacificada na doutrina e jurisprudência, sobre o não-cabimento de habeas corpus em relação ao mérito das punições disciplinares aplicadas aos policiais militares bombeiros dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

18 MILITARES DOS ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS E CARGO PÚBLICO CIVIL

18.1 Cargo público civil permanente

A Emenda Constitucional n.º 18, de 5 de fevereiro de 1998, determina a aplicação dos §§ 2.º e 3.º do art. 142 da Constituição Federal aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

O art. 142, § 3.º, inciso II, CF prevê que o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego civil permanente será transferido para a reserva, nos termos da lei.

Analisando a disciplina constitucional anterior, cuja redação do § 3.º do art. 42, atualmente revogado pela EC n.º 18/98, estipulava que o militar em atividade que aceitasse cargo público civil permanente seria transferido para a reserva, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não estaria assegurada a passagem do militar para a reserva remunerada. Com base nesse entendimento, o Tribunal indeferiu mandado de segurança impetrado por oficial da Aeronáutica contra ato do Presidente da República que, fundado no art. 98, XIV, § 3.º, da Lei n.º 6.880/80 (Estatuto dos Militares), negara autorização para que o impetrante fosse transferido para a reserva remunerada a fim de tomar posse no cargo de professor em escola municipal, para o qual fora aprovado em concurso público. Dessa forma, caberia ao Presidente da República, com base no Estatuto dos Militares, a decisão discricionária sobre a possibilidade ou não da transferência remunerada para a reserva nessa hipótese.

A nova redação constitucional transformou essa hipótese constitucional em norma de eficácia limitada, devendo a lei estabelecer as condições da passagem para a reserva do militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente. Enquanto não for editada nova norma exigida pela EC n.º 18/98, permanece em pleno vigor, pois recepcionada, a Lei n.º 6.880/80 (Estatuto dos Militares).

18.2 Cargo, emprego ou função pública temporária

O militar dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios que, de acordo com a lei, tomar posse em cargo, emprego ou função pública civil temporária, não eletiva, ainda que da administração indireta, ficará agregado ao respectivo quadro e somente poderá, enquanto permanecer nessa situação, ser promovido por antigüidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a reserva, sendo depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não, transferido para a reserva, nos termos da lei³⁸⁰.

19 MILITARES DOS ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS E DIREITOS SOCIAIS

³⁸⁰ CF, arts. 42, § 1.º, e 142, §§ 2.º e 3.º, com redação dada pelas Emendas Constitucionais n.º 18/98 e 20/98.

Aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios são proibidas a sindicalização e a greve, em face das funções a eles cometidas pela Constituição Federal, relacionadas a tutela da liberdade, da integridade física e da propriedade dos cidadãos³⁸¹.

Entretanto, conforme dispõe o § 1.º do art. 42 da Constituição Federal, com redação dada pelas Emendas Constitucionais n.ºs 18/98 e 20/98, aplicam-se aos militares dos Estados e do Distrito Federal o § 3.º do art. 142 da Carta Magna, e, conseqüentemente, os direitos sociais previstos no art. 7.º, VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV a saber:

- décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;
- salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei³⁸²;
- gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
- licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias;
- licença-paternidade, nos termos fixados em lei.
- assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas³⁸³.

Além desses direitos sociais, também estão garantidos aos militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios e a seus pensionistas os seguintes direitos (CF, arts. 40, §§ 7.º, 8.º e 9.º³⁸⁴):

- a lei disporá sobre a concessão do benefício da pensão por morte, que será igual ao valor dos proventos do servidor falecido ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data de seu falecimento;
- os proventos de aposentadoria e as pensões, observado o disposto no art. 37, XI, serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores na atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei;
- o tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade.

20 EMENDA CONSTITUCIONAL n.º 19/98 E RESPEITO AOS DIREITOS ADQUIRIDOS

O Congresso Nacional, no exercício do Poder Constituinte derivado, pode reformar a Constituição Federal por meio de emendas, porém respeitando as vedações expressas e implícitas impostas pelo poder constituinte originário, pois somente esse é hierarquicamente inalcançável, enquanto manifestação da vontade soberana do povo.

³⁸¹ CF, arts. 42, § 1.º e 142, § 3.º, IV, ambos com redação dada pela EC n.º 18/98.

³⁸² Redação dada pelo art. 1.º da Emenda Constitucional n.º 20/98.

³⁸³ A previsão desse direito social aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios é novidade constitucional introduzida pela EC n.º 18/98.

³⁸⁴ Redação dada pela EC n.º 20/98.

Note-se que a alterabilidade constitucional, embora possa traduzir-se na alteração de muitas disposições da Constituição, sempre deverá conservar um valor integrativo, no sentido de que deve deixar substancialmente idêntico o sistema originário idealizado pelo legislador constituinte originário.

Nelson Sampaio, citando Cooley, afirma que "as emendas constitucionais não podem ser revolucionárias; elas devem estar em harmonia com o corpo do documento". Não é outro o entendimento exposto por Carl Schmitt, ao afirmar que a possibilidade da Constituição ser reformada, não "quer dizer que as decisões políticas fundamentais que integram a substância da Constituição possam ser suprimidas e substituídas por outras quaisquer pelo Parlamento".

A emenda constitucional somente ingressará no ordenamento jurídico após sua aprovação, passando então a ser preceito constitucional, de mesma hierarquia das normas constitucionais originárias, pois é produzida segundo uma forma e versando sobre conteúdo previamente limitado pelo legislador constituinte originário. Ressalte-se que a Emenda constitucional somente permanecerá no ordenamento jurídico se em sua edição tiver respeitado as limitações expressas e implícitas decorrentes do art. 60 da Constituição Federal (Cf. Capítulo 11, item 4.1).

Dessa forma, reconhece o Supremo Tribunal Federal a total e plena possibilidade de incidência do controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, sobre emendas constitucionais, a fim de verificar-se sua constitucionalidade ou não, a partir da análise do respeito aos parâmetros fixados expressa e implicitamente no art. 60, entendendo que "o Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário, que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, § 1.º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas, definidas no § 4.º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício quanto às categorias temáticas ali referidas".

Analisando esses limites constitucionais ao poder de alteração constitucional, salientou o Ministro Celso de Mello que "atos de revisão constitucional - tanto quanto as emendas à Constituição - podem, assim também incidir no vício de inconstitucionalidade, configurando este pela inobservância de limitações jurídicas superiormente estabelecidas no texto da Carta Política por deliberação do órgão exercente das funções constituintes primárias ou originárias".

Uma das regras obrigatórias para o Congresso Nacional no exercício do poder constituinte derivado reformador é a observância das chamadas cláusulas pétreas, verdadeiras limitações materiais ao poder de alteração constitucional e, dentre elas, os chamados direitos e garantias individuais (CF, art. 60, § 4.º, IV)³⁸⁵.

³⁸⁵ Importante conclusão e crítica sobre o tema nos faz Nelson Sampaio, na vigência da Constituição de 1946: "Em suma, a reforma constitucional pode ampliar - como também o pode a própria lei ordinária - os direitos fundamentais, mas nunca restringi-los e, muito menos, aboli-los. Devemos apenas observar - e, do ângulo político lamentar - que, a esta atitude dominante na doutrina, não corresponda, na prática revisora, um efetivo respeito pelos direitos fundamentais, o que, sem dúvida, corre por conta da já aludida imprecisão no caracterizar esses direitos e fixa-lhes o número" (O poder de reforma constitucional. 3. ed. Salvador: Nova Alvorada, 1995. p. 97).

Os direitos e garantias individuais, portanto, constituem um núcleo intangível da Constituição Federal, no sentido de preservação da própria identidade da Carta Magna, impedindo sua destruição ou enfraquecimento, pois como ensinado por Konrad Hesse, "a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. (...) A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar a força que reside na natureza das coisas, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição".

Assim, a supremacia da Constituição corresponde à vinculação irrestrita de todos os Poderes do Estado a suas normas, ou como denominado por Canotilho, "a função promocional da constituição, radicalmente antagônica da tese da eficácia zero do direito constitucional".

Dentre os vários direitos e garantias individuais, encontram-se os direitos adquiridos (CF, art. 5.º, XXXVI), consubstanciando-se, pois, em cláusulas pétreas.

Como explicam Carlos Ayres Brito e Valmir Pontes Filho, "quer se trate de direito que se adquire em sede legal, quer se trate daquele que se obtém por virtude da norma constitucional, tudo é matéria tabu para as leis e as emendas à Constituição, indistintamente. Um e outro direito subjetivo são alcançados pelo princípio constitucional da segurança jurídica e, nessa medida, garantidos pela petrealidade de que trata o inciso IV do § 4.º do art. 60 da Carta de Outubro", para depois concluírem que "em síntese, a norma constitucional veiculadora da intocabilidade do direito adquirido é norma de bloqueio de toda função legislativa pós-Constituição. Impõe-se a qualquer dos atos estatais que se integram no processo legislativo, sem exclusão das emendas. Não fosse assim, teríamos que dizer do direito adquirido aquilo que o gênio de Dostoiévski hipotetizou em relação ao próprio Deus: Se Deus não existe, então tudo é permitido".

O art. 29 da Emenda Constitucional n.º 19/98, ao estabelecer que "Os subsídios, vencimentos, remuneração, proventos da aposentadoria e pensões e quaisquer outras espécies remuneratórias adequar-se-ão, a partir da promulgação desta Emenda, aos limites decorrentes da Constituição Federal, não se admitindo a percepção de excesso a qualquer título", logicamente, deverá ser interpretado conforme as normas constitucionais originárias e, em especial, de acordo com a já citada cláusula pétrea dos direitos adquiridos. Assim, possuindo o art. 29 da EC n.º 19/98 vários significados, uns compatíveis com as normas constitucionais pétreas e outros não, deverá o intérprete conceder à norma a interpretação que lhe garanta compatibilidade constitucional com a cláusula pétrea de respeito aos direitos adquiridos (CF, art. 60, § 4.º, IV). Como ensina Canotilho, "a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um espaço de decisão (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela". Conforme já definido pelo Supremo Tribunal Federal, a técnica da denominada interpretação conforme "só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco".

No presente caso, necessário será a realização de uma interpretação conforme sem redução do texto, de forma a reduzir o alcance valorativo do art. 29 da EC n.º 19/98, com o intuito de compatibilizá-lo com a Constituição, excluindo-lhe a interpretação que lhe conceda

retroatividade em relação às situações jurídicas já consolidadas antes da promulgação da Emenda Constitucional n.º 19/98. Como já decidiu a Corte Suprema, "a interpretação conforme é plenamente aceita e utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de dar ao texto do ato normativo impugnado compatibilidade com a Constituição Federal, mesmo se necessário for a redução de seu alcance". Em conclusão, entendemos inadmissível qualquer interpretação da EC n.º 19/98 que possibilite o desrespeito aos direitos adquiridos dos servidores públicos, às vantagens pessoais incorporadas regularmente aos seus vencimentos e, conseqüentemente, integrantes definitivamente em seu patrimônio, em face de desempenho efetivo da função ou pelo transcurso do tempo, como por exemplo anuênios ou quinquênios. Irrefutável a argumentação do saudoso Hely Lopes Meirelles, quando afirma que "vantagens irretiráveis do servidor só são as que já foram adquiridas pelo desempenho efetivo da função (pro labore facto), ou pelo transcurso do tempo (ex facto temporis)".

Em relação a essas vantagens, consubstanciou-se o fator aquisitivo, configurando-se a existência de direito adquirido, pois conforme salienta Limongi França, "a diferença entre a expectativa de direito e direito adquirido está na existência, em relação a este, de fato aquisitivo específico já configurado por completo". Ora, aqueles que, de forma lícita e reconhecida juridicamente, tenham seus vencimentos atuais superiores ao futuro teto salarial do funcionalismo, correspondente ao subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, fixado pelo Congresso Nacional, por meio de lei cuja iniciativa conjunta é do Presidente da República, dos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e do Presidente do Supremo Tribunal Federal, de forma alguma poderão sofrer uma redução salarial, sob pena de flagrante desrespeito à proteção aos direitos adquiridos.

Ivo Dantas corrobora o entendimento do texto, afirmando que "o princípio do Direito adquirido, quando constitucionalmente consagrado, dirigir-se-á, da mesma forma, tanto ao poder Legislativo Ordinário quanto ao poder Reformador, visto que este, como aquele, tem uma natureza de poder Constituído, em decorrência do que, inafastavelmente, estará limitado pela normas constitucionais".

Devemos nos lembrar que se os vencimentos - mesmo que extrapolem futuro teto salarial fixado em lei - estão sendo percebidos, isso decorre da própria interpretação que o Supremo Tribunal Federal pacificou em relação a antiga redação do inciso XI, do art. 37, entendendo que as vantagens de caráter pessoal não deveriam ser computadas no teto original previsto no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal. Assim entendendo, o Pretório Excelso reconheceu que uma determinada vantagem pessoal que cresceu aos vencimentos do servidor público, mesmo acima do teto salarial, incorporou em seu patrimônio, concedendo-lhe direito adquirido à recebê-las, independentemente de futura alteração de regime jurídico.

Aqui, necessário se faz outro esclarecimento. A posição pacificada na jurisprudência da Corte Suprema sobre a inexistência de direito adquirido em relação à imutabilidade do regime jurídico do servidor público, sendo as leis que o alterem aplicáveis desde o início de sua vigência, não afasta a proteção constitucional dos direitos adquiridos relacionados a eventuais vantagens pessoais que já tenham acrescido ao patrimônio do servidor público, pois são coisas diversas.

Como bem ressaltado por Hugo Nigro Mazzilli, os precedentes do STF sobre inexistência de direito adquirido e emenda constitucionais, diziam respeito a pretensa existência de direito adquirido contra a imutabilidade de regime jurídico do servidor, concluindo o referido autor que "ora, não se admitindo direito adquirido à imutabilidade de regime jurídico, obviamente

tanto o poder constituinte originário como o derivado podem o alterar livremente, respeitados, neste último caso, apenas os efeitos válidos já consumados sob a ordem jurídica anterior". Assim, por exemplo, um servidor público que tenha ingressado na carreira sob a vigência de determinado regime jurídico que lhe garantisse a percepção de quinquênios, ou seja, acréscimo à sua remuneração de determinada verba, como adicional por tempo de serviço, a cada 5 anos, após 10 anos de efetivo serviço terá adquirido pelo transcurso do tempo de serviço (ex facto temporis) direito a integralização ao seu patrimônio desses dois quinquênios. Se, futuramente, houver alteração no regime jurídico regente da carreira desse servidor público, ele não mais fará jus à aquisição de novos quinquênios à cada 5 anos de efetivo serviço, em face do posicionamento da Corte Suprema pela inexistência de direito adquirido à regime jurídico; porém, em relação aos valores equivalentes aos dois quinquênios incorporados aos seus vencimentos, já se constituiu direito adquirido uma vez que já se haviam completado os requisitos legais e de fato para a integralização patrimonial.

Como observa Carlos Maximiliano, "se chama adquirido o direito que se constitui regular e definitivamente e a cujo respeito se completam os requisitos legais e de fato para integrar no patrimônio do respectivo titular, quer tenha sido feito valer, quer não, antes de advir norma posterior em contrário".

Portanto, em relação à situação ora tratada, afirma Hugo Mazili que "havendo direito adquirido, o poder de emenda à CF e a ordem infraconstitucional devem-lhe respeito".

Dessa forma, nenhum servidor público poderá, à partir da regulamentação da EC n.º 19/98, adquirir qualquer vantagem pessoal ou de qualquer outra natureza, nos termos da nova redação do inciso XI, do art. 37, que exceda ao teto salarial do funcionalismo público, correspondente ao subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Diferentemente, será o tratamento jurídico-constitucional dos servidores públicos que já tem incorporadas ao seu patrimônio vantagens pessoais juridicamente reconhecidas. Em relação à esses, não haverá possibilidade de retroatividade do presente art. 29, continuando os mesmos a perceberem integralmente seus vencimentos, em face da existência do direito adquirido e a impossibilidade de reconhecer-se uma retroatividade que desconstitua uma situação jurídica perfeita e acabada, consolidada na vigência da norma constitucional originária anterior, acarretando irregular irreduzibilidade de vencimentos, devidamente incorporados ao patrimônio.

Em relação ao alcance da garantia constitucional da irreduzibilidade de vencimentos, o Supremo Tribunal Federal já estabeleceu tratar-se de cláusula que "veda a redução do que se tem". Dessa forma, como salientado pelo Ministro Celso de Mello, "o Supremo Tribunal Federal, tendo presente a concreta abrangência desse postulado fundamental, enfatizou que `...a garantia constitucional de irreduzibilidade de vencimentos (...) torna intangível o direito que já nasceu e que não pode ser suprimido...' (RTJ 118/300, Rel. Min. CARLOS MADEIRA), pois, afinal, a garantia da irreduzibilidade incide sobre aquilo que, a título de vencimentos, o servidor já vinha percebendo (RTJ 112/768, Rel. Min. ALFREDO BUZAID). Cumpre ter presente, neste ponto, a sempre lembrada decisão desta Suprema Corte, em período no qual a garantia em causa somente dizia respeito aos membros do Poder Judiciário, na qual se assentou, concernentemente ao tema em debate, que `O que a irreduzibilidade veda é a diminuição, por lei posterior, dos vencimentos que o juiz, em exercício antes de sua vigência, estivesse recebendo' (RTJ 45/353, 355, Rel. Min. EVANDRO LINS). Esse entendimento - impõe-se enfatizar - tem sido reiterado em diversos pronunciamentos dessa Corte Suprema,

nos quais, por mais de uma vez, já se proclamou que a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos proíbe que o estipêndio funcional seja reduzido ou afetado, por ato do Poder Público, em seu valor nominal (RTJ 105/671, 675, Rel. Min. SOARES MUÑOZ)".

Não nos esqueçamos da advertência feita por Celso Bastos, de que "a utilização da lei (acrescentaríamos, lei ou espécie normativa) em caráter retroativo, em muitos casos, repugna porque fere situações jurídicas que já tinham por consolidadas no tempo, e esta é uma das fontes principais da segurança do homem na terra".

Relembre-se, como o faz Ivo Dantas, que o desrespeito ao direito adquirido, permitirá igual tratamento ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

Concluimos com a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro que ao analisar o art. 29 da EC n.º 19/98 afirma que "a norma fere, evidentemente, o preceito constitucional que protege os direitos adquiridos (art. 5.º, XXXVI); é a vontade do poder constituinte derivado prevalecendo sobre a vontade do poder constituinte originário. A exigência de respeito aos direitos adquiridos foi incluída na própria Constituição, entre os direitos que o constituinte originário considerou fundamentais. Se são fundamentais, é porque devem ser respeitados pelo legislador; qualquer que seja a natureza da norma promulgada. Trata-se de princípio geral do direito, que diz respeito à segurança jurídica e que existiria ainda que não previsto no corpo da Constituição".

Saliente-se, ainda, em relação aos órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e da Instituição do Ministério Público, que a previsão de garantias e prerrogativas constitucionais, tais como a tradicional irredutibilidade de vencimentos, ora denominada pela EC n.º 19/98 de irredutibilidade de subsídio, tem a finalidade de preservação da separação dos poderes e da defesa dos direitos fundamentais e, portanto, cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4.º, III e IV), não podendo, pois, haver supressão.

10 ORGANIZAÇÃO DOS PODERES E DO MINISTÉRIO PÚBLICO

1 SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS - LIMITAÇÃO DO PODER E GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 Introdução

A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado e da Instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito.

A divisão segundo o critério funcional é a célebre "separação de Poderes", que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra "Política", detalhada, posteriormente, por John Locke, no Segundo tratado do governo civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de

Montesquieu, O espírito das leis, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2.º da nossa Constituição Federal.

Nuno Piçarra faz detalhado estudo sobre a falência da ideia de tripartição rígida de poderes e sua substituição por uma teoria geral das funções estatais (A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 264).

Interessante citar a lição de Ives Gandra da Silva Martins, ao dizer que "O que Locke e a Inglaterra ofertaram para o aprofundamento temático de Montesquieu foi a tripartição equilibrada do poder. Hoje, estamos convencidos - quanto mais lemos os autores modernos - de que, em matéria de Direito, pouco se acrescentou ao que os romanos criaram; e, em matéria de Filosofia, pouco se acrescentou ao que os gregos desvendaram. Qualquer filósofo posterior, como Poíbio, que era também historiador, passando por Hume, Hobbes, Locke, Bacon, Maquiavel - historiador, filósofo, político e sociólogo - Rosseau e outros, traz pequena contribuição ao pensamento universal descortinado pelos gregos. Tenho a impressão de que depois dos gregos pouca coisa se pôde criar. Criaram-se variações inteligentes, mas o tema central de Filosofia se encontra na Grécia e o do Direito em Roma. Ora, com a tripartição equilibrada de poderes de Montesquieu, chega-se à discussão do sistema de governo, já a esta altura, após a Revolução Francesa, eliminando-se de vez a possibilidade de se discutir a permanência de monarquias absolutas".

Como salientam Canotilho e Moreira, "um sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer necessariamente que o relacionamento entre os vários centros do poder seja pautado por normas de lealdade constitucional (Verfassungstreue, na terminologia alemã). A lealdade institucional compreende duas vertentes, uma positiva, outra negativa. A primeira consiste em que os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possíveis. A segunda determina que os titulares dos órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de guerrilha institucional, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível, sem uma deontologia política, fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido da responsabilidade de Estado (statesmanship)".

1.2 Funções estatais, imunidades e garantias em face do princípio da igualdade

A finalidade das imunidades e garantias previstas para os membros do Legislativo, Executivo, Judiciário e do Ministério Público, para bem exercerem suas funções estatais deferidas pelo legislador constituinte, deve ser analisada á luz do princípio da igualdade, informador dos direitos fundamentais e de todo o ordenamento constitucional; verdadeiro vetor de interpretação constitucional da Democracia, em virtude de seu valor e de seu caráter principiológico.

A Constituição Federal de 1988 adotou, como já visto anteriormente, o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico.

Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, mostrando-nos que o tratamento desigual dos casos desiguais, à medida que se desigualem, é exigência do próprio conceito de Justiça, ou ainda, que o princípio da isonomia protege certas finalidades, o que, de resto, não é uma particularidade do tema em estudo, mas de todo o direito, que há de ser examinado sempre à luz da teleologia que o informa, somente sendo ferido quando não se encontra a serviço de uma finalidade própria, escolhida pelo direito.

Analisando as normas técnicas para interpretação constitucional, José Tarcizio de Almeida Melo acentua que o caráter teleológico, finalístico, da norma constitucional deve ser levado em consideração, para atingir-se o objetivo imediato que a constituição, desde sua origem, tem preservado.

Este objetivo deve ser alcançado, em relação às funções estatais, imunidades e garantias previstas na Constituição Federal, pois o intérprete deve respeito à hermenêutica constitucional.

Nesse sentido, Tercio Sampaio Ferraz Jr., analisando a aplicabilidade e a interpretação das normas constitucionais, ensina: "Admitindo-se que as normas jurídicas instaurem uma relação de autoridade - portanto uma relação de hierarquia - entre o seu emissor e o seu destinatário (cometimento), e ao mesmo tempo expressem um relato, o chamado 'conteúdo normativo', o sucesso da norma estará na adequação entre a relação de autoridade e o conteúdo da norma. Assim, se o objetivo do emissor é obter uma obediência ou submissão (cometimento), mas o conteúdo normado não tem condições de ser cumprido, o sucesso da disposição normativa é frágil, ou não existe. A norma não tem ou tem baixa eficácia. Mas se o objetivo é, por exemplo, não a obediência, não a submissão, mas simplesmente, vamos dizer assim, uma satisfação ideológica, o apaziguamento da consciência política, embora o disposto seja impossível de ser cumprido, este conteúdo impossível de ser cumprido é adequado à relação de autoridade. Porque é exatamente em razão da não aplicação que vai dar-se o sucesso da norma. Portanto, nesses termos, a eficácia enquanto termo relativo ao normativo, tendo em vista a relação entre o emissor da norma e o seu destinatário, exige-se que se leve em conta o objetivo colimado na instauração da relação de autoridade."

O objetivo colimado pela Constituição Federal, ao estabelecer diversas funções, imunidades e garantias aos detentores das funções soberanas do Estado, Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e a Instituição do Ministério Público, é a defesa do regime democrático, dos direitos fundamentais e da própria Separação de Poderes, legitimando, pois, o tratamento diferenciado fixado a seus membros, em face do princípio da igualdade. Assim, estas eventuais diferenciações são compatíveis com a cláusula igualitária por existência de um vínculo de correlação lógica entre o tópico diferencial acolhido por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, pois compatível com interesses prestigiados na constituição.

Uma interpretação valorativa dos direitos fundamentais, bem como de proteção dos instrumentos e mecanismos previstos constitucionalmente para sua aplicabilidade integral e eficaz, entre eles as previsões de garantias e imunidades, vai ao encontro da dupla finalidade apontada por Mauro Cappelletti, ao dissertar sobre o nascimento da denominada justiça constitucional das liberdades: evitar os regimes ditatoriais e garantir independência e liberdade à função criativa do Judiciário, na efetividade dos referidos direitos fundamentais.

Como salientava Montesquieu, o verdadeiro espírito da igualdade está longe da extrema igualdade, tanto quanto o Céu da Terra. O espírito de igualdade não consiste em fazer que todo mundo mande, ou que ninguém seja mandado; consiste em mandar e obedecer a seus iguais. Não procura não ter chefe; mas só ter como chefes seus iguais. No estado natural, os homens nascem bem na igualdade; mas não poderiam permanecer assim. A sociedade os faz perdê-la, e eles não se tornam de novo iguais senão por meio das leis. Tal é a diferença entre a democracia regrada e aquela que o não é: nesta, só se é igual como cidadão; na outra, também se é igual como magistrado, como senador, como juiz, como pai, como marido, como senhor.

Neste sentido orientou-se o legislador constituinte ao prever a existência de imunidades e garantias aos agentes políticos, que serão analisadas adiante, exercentes das precípuas funções estatais, visando ao bom e harmônico funcionamento e perpetuidade dos Poderes da República e à salvaguarda dos direitos fundamentais.

Ao prelecionar sobre a divisão dos poderes, Montesquieu mostrava o necessário para o equilíbrio dos Poderes, dizendo que para formar-se um governo moderado, "precisa-se combinar os Poderes, regrá-los, temperá-los, fazê-los agir; dar a um Poder, por assim dizer, um lastro, para pô-lo em condições de resistir a um outro. É uma obra-prima de legislação, que raramente o acaso produz, e raramente se deixa a prudência produzir... Sendo o seu corpo legislativo composto de duas partes, uma acorrentada a outra pela mútua faculdade de impedir. Ambas serão amarradas pelo Poder Executivo, o qual o será, por seu turno, pelo Legislativo. Esses três Poderes deveriam originar um impasse, uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, são compelidos a caminhar, eles haverão de caminhar em concerto".

Não há, pois, qualquer dúvida da estreita interligação constitucional entre a defesa da separação de poderes e dos direitos fundamentais como requisito sine qua non para a existência de um Estado democrático de direito. Nesta esteira, o legislador constituinte previu diversas imunidades e garantias para os exercentes de funções estatais relacionadas com a defesa dos direitos fundamentais e gerência dos negócios do Estado, definindo-as nos capítulos respectivos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e, também, da Instituição do Ministério Público.

Os órgãos exercentes das funções estatais, para serem independentes, conseguindo frear uns aos outros, com verdadeiros controles recíprocos, necessitavam de certas garantias e prerrogativas constitucionais. E tais garantias são invioláveis e impostergáveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio entre eles e desestabilização do governo. E, quando o desequilíbrio agiganta o Executivo, instala-se o despotismo, a ditadura, desaguando no próprio arbítrio, como afirmava Montesquieu ao analisar a necessidade da existência de imunidades e prerrogativas para o bom exercício das funções do Estado.

Se por um lado as imunidades e as garantias dos agentes políticos, previstas na Constituição Federal, são instrumentos para perpetuidade da separação independente e harmônica dos Poderes de Estado, por outro lado, igualmente defendem a efetividade dos direitos fundamentais e a própria perpetuidade do regime democrático.

1.3 Funções estatais: Poder Legislativo, Poder Executivo, Poder Judiciário e Ministério Público

Note-se, que nos referimos às garantias dos Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e da Instituição do Ministério Público, uma vez que se assemelham em virtude da autonomia, independência e finalidades constitucionais. Além disto, exercem todas funções únicas do Estado, dentro de uma visão mais contemporânea das funções estatais, que reconhece que o Estado constitucional de direito assenta-se na idéia de unidade, pois o poder soberano é uno, indivisível, existindo órgãos estatais, cujos agentes políticos têm a missão precípua de exercerem atos de soberania. Aliás, bem o disse Rousseau, o poder soberano é uno. Não pode sofrer divisão. Assim, o que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação dos poderes, o constitucionalismo moderno determina divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos autônomos.

Lembremo-nos que o objetivo inicial da clássica separação das funções do Estado e distribuição entre órgãos autônomos e independentes tinha como finalidade a proteção da liberdade individual contra o arbítrio de um governante onipotente.

Em conclusão, o Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da idéia de Tripartição de Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado "freios e contrapesos" (checks and balances).

Assim, a Constituição Federal de 1988 atribuiu as funções estatais de soberania aos três tradicionais Poderes de Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário, e à Instituição do Ministério Público, que, entre várias outras importantes funções, deve zelar pelo equilíbrio entre os Poderes, fiscalizando-os, e pelo respeito aos direitos fundamentais.

A estes órgãos, a Constituição Federal confiou parcela da autoridade soberana do Estado, garantindo-lhes autonomia e independência.

Esta opção do legislador constituinte em elevar o Ministério Público a defensor dos direitos fundamentais e fiscal dos Poderes Públicos, alterando substancialmente a estrutura da própria Instituição e da clássica teoria da Tripartição de Poderes, não pode ser ignorada pelo intérprete, pois se trata de um dos princípios sustentadores da teoria dos freios e contrapesos de nossa atual Constituição Federal.

Neste mesmo raciocínio da reestruturação das funções do Estado, sempre com a finalidade de controle político e preservação dos direitos e garantias individuais, salutar lembrar a lição do Ministro Sepúlveda Pertence, ao analisar o novo papel do Ministério Público: "Seu papel fundamental é, e continuará sendo, uma decorrência da característica fundamental de ser o Poder Judiciário um Poder inerte, vale dizer, um Poder sem iniciativa. E de existirem interesses em relação aos quais, interesses cujo âmbito se tende a ampliar, em relação aos quais o exercício da ação, o exercício do direito de ação não se pôde deixar à disposição das partes. Aí está o papel fundamental do Ministério Público. É mantida a inércia do Poder Judiciário, considerada requisito indispensável à sua imparcialidade, criar-se, exigir-se um órgão público capaz de exercer a ação quer na área penal, quer em âmbito que se amplia na área civil, ou intervir no processo entre partes na defesa daqueles interesses - repita-se - que não se deixaram à disposição dos interessados. É esse patrocínio desinteressado de interesses públicos, ou essa proteção desinteressada, mesmo de interesses privados, mas aos quais se quis dar proteção especial, que justificam o papel do Ministério Público", concluindo mais adiante, "é, porém, na definição das funções institucionais que a Constituinte se abre a um enorme desenvolvimento do papel ministerial. Eu dizia ontem, no Supremo

Tribunal, que nunca se confiou tanto, e ao mesmo tempo se exigiu tanto do Judiciário, quanto na futura Constituição do Brasil. E isso levou a um imenso fortalecimento da instituição do Ministério Público. Na medida em que a Constituição, a meu ver acertadamente, de um lado deu ênfase em particular à temática dos Direitos Coletivos e dos Direitos Sociais e de outro adotou a fórmula que, para proteção jurisdicional de toda essa gama de interesses coletivos e direitos coletivos que começam a ganhar cidadania, a fórmula que me parece a mais adequada da dupla titularidade, já abriga de um lado a sociedade civil e de outro a de um órgão público o Ministério Público. É essencialmente o órgão mais adequado ao assumir essas funções".

1.4 Conclusão inicial

Não existirá, pois, um Estado democrático de direito, sem que haja Poderes de Estado e Instituições, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos. Todos estes temas são de tal modo ligados que a derrocada de um, fatalmente, acarretará a supressão dos demais, com o retorno do arbítrio e da ditadura.

O legislador constituinte, no intuito de preservar este mecanismo recíproco de controle e a perpetuidade do Estado democrático, previu, para o bom exercício das funções estatais, pelos Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e a Instituição do Ministério Público, diversas prerrogativas, imunidades e garantias a seus agentes políticos, que serão oportunamente analisadas.

2 PODER LEGISLATIVO

2.1 Funções

A Constituição Federal consagrou em seu art. 2.º a tradicional tripartição de Poderes, ao afirmar que são Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Com base nessa proclamação solene, o próprio legislador constituinte atribuiu diversas funções a todos os Poderes, sem, contudo caracterizá-la com a exclusividade absoluta. Assim, cada um dos Poderes possui uma função predominante, que o caracteriza como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras funções previstas no texto constitucional. São as chamadas funções típicas e atípicas.

As funções típicas do Poder Legislativo são legislar e fiscalizar, tendo ambas o mesmo grau de importância e merecedoras de maior detalhamento. Dessa forma, se por um lado a Constituição prevê regras de processo legislativo, para que o Congresso Nacional elabore as normas jurídicas, de outro, determina que a ele compete a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo (CF, art. 70).

As funções atípicas constituem-se em administrar e julgar. A primeira ocorre, exemplificativamente, quando o Legislativo dispõe sobre sua organização e operacionalidade interna, provimento de cargos, promoções de seus servidores; enquanto a segunda ocorrerá, por exemplo, no processo e julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade.

No exercício de suas funções, os membros do Poder Legislativo estão resguardados por um protetivo rol de prerrogativas e imunidades; bem como por algumas incompatibilidades, como se analisará a seguir.

2.2 Congresso Nacional

A Constituição Federal no Capítulo I, do Título IV, inicia o detalhamento sobre os Poderes de Estado, consagrados no art. 2.º como independentes e harmônicos, com as regras sobre o Poder Legislativo, que nos Estados Democráticos, no dizer de Paolo Biscaretti di Ruffia, se "apresentam como órgãos constitucionais dotados de plena independência, também sob o aspecto financeiro".

O Poder Legislativo Federal é bicameral e exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos deputados³⁸⁶ e do Senado Federal³⁸⁷, diferentemente dos estaduais, distritais e municipais, onde é consagrado o unicameralismo (CF, arts. 27, 29 e 32).

O bicameralismo do Legislativo Federal está intimamente ligado à escolha pelo legislador constituinte da forma federativa de Estado, pois no Senado Federal encontram-se, de forma paritária, representantes de todos os Estados-membros e do Distrito Federal, consagrando o equilíbrio entre as partes contratantes da Federação.

O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 15 de fevereiro a 30 de junho e de 1.º de agosto a 15 de dezembro. Cada legislatura terá a duração de quatro anos, compreendendo quatro sessões legislativas³⁸⁸ ou oito períodos legislativos.

O art. 57, § 6.º, da Constituição Federal prevê a possibilidade de convocação extraordinária do Congresso Nacional, que poderá ser feita, dependendo da hipótese, pelo Presidente da República, pelo Presidente do Senado Federal, pelo Presidente da Câmara dos Deputados, ou a requerimento da maioria dos membros de ambas as Casas Legislativas.

A primeira hipótese constitucional de convocação extraordinária será feita pelo Presidente do Senado Federal, em caso de decretação de estado de defesa ou de intervenção federal, de pedido de autorização para a decretação de estado de sítio e para o compromisso e a posse do Presidente e do Vice-presidente da República.

A segunda hipótese constitucional prevê a necessidade de urgência ou interesse público relevante e estão autorizados à proceder a convocação extraordinária: Presidente da República, Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, ou a maioria dos membros de ambas as Casas Legislativas.

Na sessão legislativa extraordinária, o Congresso Nacional somente deliberará sobre a matéria para a qual foi convocado, ressalvada a hipótese de existirem medidas provisórias em vigor na data da convocação, quando então, deverão ser automaticamente incluídas, vedado o pagamento de parcela indenizatória em valor superior ao do subsídio mensal³⁸⁹.

Discute-se sobre a possibilidade de dupla convocação extraordinária para o mesmo período, estabelecendo assuntos diversos a serem tratados. Entendemos plenamente possível, uma vez que a iniciativa de um dos legitimados constitucionais, que eventualmente se antecipasse aos demais, em convocar o Congresso Nacional extraordinariamente, não

³⁸⁶ Atualmente com 513 Deputados Federais.

³⁸⁷ Atualmente com 81 Senadores da República.

³⁸⁸ CF, art. 57, § 2.º. A sessão legislativa não será interrompida sem a aprovação do projeto de lei de diretrizes orçamentárias.

³⁸⁹ Redação dada pela EC n.º 32, de 11 de setembro de 2001.

poderia impedir que os demais também o fizessem, desde que existentes os requisitos constitucionais³⁹⁰.

O órgão administrativo de direção do Congresso Nacional é sua Mesa.

A Mesa do Congresso Nacional será presidida pelo Presidente do Senado Federal, e os demais cargos serão exercidos, alternadamente, pelos ocupantes de cargos equivalentes na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. Assim, aplicando-se as regras constitucionais, e com base nos regimentos internos da Câmara, do Senado e do próprio Congresso, a Mesa do Congresso será composta pelo Presidente do Senado, 1.º Vice-presidente da Câmara, 2.º Vice-presidente do Senado, 1.º Secretário da Câmara, 2.º Secretário do Senado, 3.º Secretário da Câmara e 4.º Secretário do Senado.

As mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal serão eleitas, respectivamente, pelos deputados federais e senadores da República, para mandato de dois anos, vedando-se a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente³⁹¹.

Observe-se que a presente regra - que veda a recondução dos membros das Mesas das Casas Legislativas federais para os mesmos cargos na eleição imediatamente subsequente (CF, art. 57, § 4.º) - não é de reprodução obrigatória nas Constituições estaduais, que poderão, sem qualquer afronta ao texto magno, estabelecer regras diversas, inclusive com a possibilidade de reeleição³⁹².

De igual maneira, as Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios poderão dispor sobre a composição, eleição e possibilidade de reeleição de suas mesas diretoras.

A Constituição Federal prevê, além de outros casos esparsos no próprio texto, que a Câmara dos Deputados e o Senado Federal reunir-se-ão em sessão conjunta para:

- inaugurar a sessão legislativa;
- elaborar o regimento comum e regular a criação de serviços comuns às duas Casas;
- receber o compromisso do Presidente e do Vice-presidente da República;
- conhecer do veto e sobre ele deliberar.

As atribuições do Congresso Nacional vêm definidas nos arts. 48 e 49 da Constituição Federal, sendo que no art. 48³⁹³ se exige a participação do Poder Executivo por meio da sanção presidencial, enquanto no art. 49³⁹⁴, por se tratar de competências exclusivas do

³⁹⁰ Nesses termos o Ato Convocatório, de 9-1-1997, realizado pelos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, aditando a pauta de convocação extraordinária que já havia sido determinada pelo Presidente da República (Diário Oficial, Seção I, Atos do Congresso Nacional, 10-1-1997, capa).

³⁹¹ Cf. sobre composição de Mesa legislativa: STF - Pleno - MS n.º 22.183-6 - Rel. p/Acórdão: Min. Maurício Corrêa, Diário da Justiça, Seção I, 12 dez. 1997, p. 65.569. Conferir, ainda, no sentido da impossibilidade de recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente: RTJ 119/964; RTJ 163/52.

³⁹² STF - Adin 793/RO - Informativo n.º 65; Adin 792/RJ - Rel. Min. Moreira Alves - Informativo STF, n.º 73. Saliente-se que o STF entendeu que "A norma do § 4.º do art. 57 da CF que, cuidando da eleição das Mesas das Casas Legislativas federais, veda a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente, não é de reprodução obrigatória nas Constituições dos Estados-membros, porque não se constitui num princípio constitucional estabelecido" (RTJ 163/52). No mesmo sentido: STF - Pleno - Adin n.º 2.262/MA e Adin n.º 2.292/MA - Rel. Nelson Jobim, 6-9-2000. Informativo STF n.º 201.

³⁹³ A Emenda Constitucional n.º 19/98 acresceu um inciso XV ao art. 48, com a seguinte redação: "Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: XV - fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4.º, 150, II, 153, III, e 153, § 2.º, I." E a EC n.º 32/2001 alterou a redação dos incisos X e XI do citado art. 48.

³⁹⁴ A Emenda Constitucional n.º 19/98 alterou a redação dos incisos VII e VIII, que passaram a vigorar: "Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) VII - fixar idêntico subsídio para os Deputados Federais e os Senadores, observado o que dispõem os arts. 37,

Congresso Nacional, serão tratadas somente no âmbito do Poder Legislativo, por meio de Decreto Legislativo.

2.3 Câmara dos Deputados

A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo³⁹⁵, eleitos pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal, sendo que o número total de deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar³⁹⁶, proporcionalmente à população.

O sistema é proporcional quando a distribuição dos mandatos ocorre de maneira que o número de representantes em cada circunscrição eleitoral seja dividido em relação com o número de eleitores, de sorte que resulte uma proporção. Dessa forma, explica Pinto Ferreira, "a representação proporcional é um sistema através do qual se assegura aos diferentes partidos políticos no Parlamento uma representação correspondente à força numérica de cada um. Ela objetiva assim fazer do Parlamento um espelho tão fiel quanto possível do colorido partidário nacional".

O sistema proporcional consiste, portanto, no procedimento eleitoral que visa assegurar ao Parlamento uma representação proporcional ao número de votos obtido por cada uma das legendas políticas. Nas palavras de Mirabeau, como recorda Dieter Nohlen, o parlamento deveria ser um mapa reduzido do povo.

Segundo Duverger, Sartori e Canotilho, esse seria o melhor sistema eleitoral para a democracia, pois tende a aproximar mais o eleitor dos eleitos, garantindo maior igualdade entre a maioria e a minoria na participação política.

A Constituição Federal, porém, atenua o critério puro da proporcionalidade da população³⁹⁷ (representados) / deputados (representantes), pois determina a realização dos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma das unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de 70 deputados. Além disso, fixa independentemente da população, o número de quatro deputados para cada Território³⁹⁸. Essa atenuação perpetuou a existência de graves distorções em relação à citada proporcionalidade, favorecendo Estados-membros com menor densidade demográfica em prejuízo dos mais populosos, e acabando por contradizer a regra prevista no art. 14, caput, da Constituição Federal da igualdade do voto (One Man One Vote).

A aplicação do sistema proporcional deve ser disciplinada pela legislação ordinária³⁹⁹, que adotou o método do quociente eleitoral, consistente na divisão do total de votos válidos dados em candidatos pelo número de cargos em disputa.

XI, 39, § 4.º, 150, II, 153, III, e 153, § 2.º, I; VIII - fixar os subsídios do Presidente e do Vice-presidente da República e dos Ministros de Estado, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4.º, 150, II, 153, III, e 153, § 2.º, I."

³⁹⁵ Povo = conjunto de brasileiros natos e naturalizados (CF, art. 12).

³⁹⁶ Lei Complementar n.º 78, de 30-12-1993; Cf. em relação à necessidade de regulamentação do art. 45, § 1.º, da CF, por lei complementar: STF - RTJ 161/739.

³⁹⁷ População = Povo + estrangeiros e apátridas.

³⁹⁸ O art. 4.º, § 2.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, assegurou a irredutibilidade da representação dos Estados e do Distrito Federal na Câmara dos Deputados à época da promulgação da Constituição Federal.

³⁹⁹ Como decidiu o Supremo Tribunal Federal, "o sistema de representação proporcional, por constituir conceito jurídico indeterminado, depende, para sua implementação, de prévia definição normativa a ser estabelecida pelo legislador ordinário no exercício do poder de regulação que lhe foi atribuído pelo ordenamento constitucional" (STF - Pleno - Rextr. n.º 140.543-1/RO - Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 9 fev. 1995, p. 1.750).

O resultado dessa operação aritmética denomina-se quociente eleitoral. A partir disso, divide-se o total de votos obtidos por cada uma das legendas pelo quociente, chegando-se, conseqüentemente, ao número de cadeiras obtidas por cada legenda.

O sistema proporcional acarreta o difícil e importante problema das sobras eleitorais, resultantes das referidas operações aritméticas⁴⁰⁰.

A legislação brasileira atual adotou para solução desse problema o critério da melhor média.

Assim, após a definição do quociente eleitoral, esse critério consiste, primeiramente, na realização do cálculo real do número de votos que o partido necessitou para obter cada cadeira. Obtidas as médias que cada partido necessitou para eleger seus representantes, distribuem-se as cadeiras faltantes às melhores médias.

Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

- autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-presidente da República e os Ministros de Estado;
- proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de 60 dias após a abertura da sessão legislativa;
- elaborar seu regimento interno;
- dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias⁴⁰¹;
- eleger dois membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII.

2.3.1 Suplência e permanência no partido

No caso de renúncia ou perda do mandato de deputado federal, deverá ser chamado para assumir a vaga na Câmara dos Deputados o suplente, assim eleito e diplomado. Anote-se que não perde a condição de suplente o candidato diplomado pela justiça eleitoral que, posteriormente, se desvincula do partido pelo qual se elegeu, uma vez que se deve observar rigorosamente a vontade popular, que à época das eleições lhe concedeu a suplência, bem como no atual ordenamento constitucional a mudança de partido não acarreta a perda do mandato do deputado (CF, art. 55), e, igualmente, não poderia acarretar a perda de suplência. Nesse sentido entende a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que afirma "em que pese o princípio da representação proporcional e a representação parlamentar federal por intermédio dos partidos políticos, não perde a condição de suplente o candidato diplomado pela justiça eleitoral que, posteriormente, se desvincula do partido ou aliança partidária pelo qual se elegeu. A inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados se estende, no silêncio da Constituição e da lei, aos respectivos suplentes".

2.4 Senado Federal

⁴⁰⁰ Para solucionar esse problema, existem diversos métodos no direito comparado, sendo os mais utilizados: critério da melhor média, critério dos restos maiores e critério Hondt. Cf. DUVERGER, Maurice. *Instituciones...* Op. cit. p. 108 ss; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...* Op. cit. p. 296. Dieter Nohlen aponta diversos outros critérios, tais como método Hagenbach-Bischoff, método de Hare, método imperiali, método St. Lagüe, entre outros (*Sistemas...* Op. cit. p. 128 ss).

⁴⁰¹ 6. Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, promulgada em 4-6-1998 e publicada no Diário Oficial da União em 5-6-1998. Ressalte-se que o art. 34 da própria Emenda Constitucional estabeleceu que sua entrada em vigor seria na data de sua promulgação.

O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário, sendo que cada Estado e o Distrito Federal terão três senadores, com mandato de oito anos.

Sistema majoritário é aquele em que será considerado vencedor o candidato que obtiver maior número de votos (maioria simples), tendo o texto constitucional optado pelo sistema majoritário puro ou simples (um único turno) para a eleição de Senadores da República (conferir sobre sistema majoritário: Capítulo 10, item 3.1.2).

A representação de cada Estado e do Distrito Federal será renovada de quatro em quatro anos, alternadamente, por um ou dois terços do Senado Federal (CF, art. 46, § 2.º). Exemplificando: na eleição de 1990 todos os Estados-membros e o Distrito Federal elegeram um senador, permanecendo no Senado Federal dois Senadores da República de cada unidade da federação que haviam sido eleitos em 1986 (renovação de 1/3). Na eleição de 1994, diferentemente, foram eleitos dois Senadores da República por Estado-membro e Distrito Federal, permanecendo na Casa Legislativa somente os parlamentares que haviam sido eleitos em 1990 (renovação de 2/3).

O legislador constituinte brasileiro concedeu ao Senado Federal a mesma relevância e força dada à Câmara dos Deputados, contrariando assim, a tendência britânica do bicameralismo.

Compete privativamente ao Senado Federal:

- processar e julgar o Presidente e o Vice-presidente da República nos crimes de responsabilidade bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica⁴⁰², nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;
- processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;
- aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de:
 - a) magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição;
 - b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República;
 - c) Governador de Território;
 - d) presidente e diretores do Banco Central;
 - e) Procurador-Geral da República;
 - f) titulares de outros cargos que a lei determinar;
- aprovar previamente, por voto secreto, após arguição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão de caráter permanente;
- autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;
- fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal;

⁴⁰² Redação dada pela EC n.º 23, promulgada em 2-9-1999.

- dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno;
- estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;
- aprovar, por maioria absoluta e por voto secreto, a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República antes do término de seu mandato;
- elaborar seu regimento interno;
- dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias⁴⁰³;
- eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII.

2.5 Função típica - fiscalização. Comissões parlamentares de inquérito

O exercício da função típica do Poder Legislativo consistente no controle parlamentar, por meio de fiscalização, pode ser classificado em político-administrativo e financeiro-orçamentário. Pelo primeiro controle, o Legislativo poderá questionar os atos do Poder Executivo, tendo acesso ao funcionamento de sua máquina burocrática, a fim de analisar a gestão da coisa pública e, conseqüentemente, tomar as medidas que entenda necessárias. Inclusive, a Constituição Federal autoriza a criação de comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, e serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, que deverá ser aprovado pela maioria, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores (CF, art. 58, § 3.º).

Ressalte-se que a locução prazo certo, prevista no § 3.º do art. 58 da Constituição, conforme jurisprudência do STF, não impede prorrogações sucessivas dentro da legislatura, nos termos da Lei n.º 1.579/52. Observe-se, porém, que o termo final de uma CPI sempre será o término da legislatura.

Já o segundo controle corresponde à fiscalização prevista nos arts. 70 a 75 da Constituição Federal.

Assim, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, além dos sistemas internos de cada Poder, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo.

⁴⁰³ Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, promulgada em 4-6-1998 e publicada no Diário Oficial da União em 5-6-1998. Ressalte-se que o art. 34 da própria Emenda Constitucional estabeleceu que sua entrada em vigor seria na data de sua promulgação.

O exercício dessa função constitucional típica por parte do Congresso Nacional abrange não somente as contas de entidades públicas no âmbito dos Poderes de Estado e do Ministério Público, mas também todas as contas das pessoas físicas ou entidades públicas ou privadas que utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária; e caracteriza-se pela sua natureza política, apesar de estar sujeito à prévia apreciação técnico-administrativa do Tribunal de Contas.

Não foi outra a razão dada para a redação do parágrafo único do art. 70 pela Emenda Constitucional n.º 19/98, estabelecendo que prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária.

2.5.1 Limitações constitucionais às Comissões Parlamentares de Inquérito

O ordenamento constitucional brasileiro consagrou novamente, dentro das funções fiscalizatórias do Poder Legislativo, as Comissões Parlamentares de Inquérito, seguindo uma tradição inglesa que remonta o século XIV, onde, durante os reinados de Eduardo II e Eduardo III (1327 - 1377), permitiu-se ao parlamento a possibilidade de controle da gestão da coisa pública realizada pelo soberano.

O art. 58, § 3.º, da Constituição Federal, previu que as comissões parlamentares de inquérito terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, porém, foi extremamente lacônico e impreciso, uma vez que no ordenamento jurídico brasileiro inexiste, em regra, o juiz-investigador⁴⁰⁴, tarefa essa deixada institucionalmente a cargo das Polícias Civil e Federal e do Ministério Público, em face da adoção do processo acusatório, onde a separação entre o juiz e o órgão acusador é extremamente rígida.

Assim, em face da imprecisão legislativa há a necessidade de definição de dois pontos básicos na atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito: amplitude de seu campo de atuação e limites de seu poder investigatório.

Em relação a amplitude de seu campo de atuação, inicialmente deve ser salientado que o poder do Congresso de realizar investigações não é ilimitado, devendo concentrar-se em fatos específicos, definidos e relacionados ao Poder Público, pois como salientado por Francisco Campos, “o poder de investigar não é genérico ou indefinido, mas eminentemente específico, ou há de ter um conteúdo concreto, suscetível de ser antecipadamente avaliado na sua extensão, compreensão e alcance pelas pessoas convocadas a colaborar com as comissões de inquérito”.

Observe-se, que a necessidade de criação das comissões com objeto específico, não impede a apuração de fatos conexos ao principal, ou ainda, de outros fatos, inicialmente

⁴⁰⁴ Ressalte-se que uma exceção à essa regra da inexistência do juiz-investigador foi prevista na Lei n.º 9.034/95, que dispõe sobre o combate ao crime organizado, permitindo ao juiz a realização pessoal de atividades investigatórias. O Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, indeferiu medida liminar contra a referida lei, entendendo ser possível a previsão legal de poderes investigatórios aos magistrados, por inexistir monopólio da polícia judiciária, bem como afirmou que a coleta de provas por parte do magistrado não significa uma antecipação do juízo condenatório (STF - Pleno - Adin n.º 1.517/DF - Rel. Min. Maurício Corrêa, Informativo STF n.º 6).

desconhecidos, que surgirem durante a investigação, bastando, para que isso ocorra, que haja um aditamento do objeto inicial da CPI⁴⁰⁵.

Assim, podem ser objeto de investigação todos os assuntos que estejam na competência legislativa ou fiscalizatória do Congresso⁴⁰⁶, não existindo autoridade geral das CPIs para exposição dos negócios privados dos indivíduos, quando inexistir nexo causal com a gestão da coisa pública. Nesse sentido, importante lembrarmos a histórica decisão da Corte Suprema Norte-americana, sob a presidência do Chief Justice Warren, onde se afirmou a impossibilidade de "pressupor que todo inquérito parlamentar é justificado por uma necessidade pública que sobrepassa os direitos privados atingidos. Fazê-lo seria abdicar da responsabilidade imposta ao Judiciário, pela Constituição, de garantir que o Congresso não invada, injustificadamente, o direito à própria intimidade individual, nem restrinja as liberdades de palavra, imprensa, religião ou reunião... As liberdades protegidas pela Constituição não devem ser postas em perigo na ausência de clara determinação, pela Câmara ou Senado, de que o inquérito em questão é justificado por uma necessidade pública específica"⁴⁰⁷.

Igualmente, as Comissões Parlamentares de Inquérito, sejam da Câmara dos Deputados, sejam do Senado Federal ou do próprio Congresso Nacional, devem absoluto respeito ao princípio federativo, e, conseqüentemente, a autonomia dos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, cujas gestões da coisa pública devem ser fiscalizadas pelos respectivos legislativos⁴⁰⁸.

Em havendo respeito ao seu campo constitucional de atuação, as Comissões Parlamentares de Inquérito deverão observar os limites de seu poder investigatório.

Uma vez que, conforme já analisado, inexistente como regra no ordenamento jurídico brasileiro o juiz-investigador, deve ser utilizado como paradigma para os poderes das CPIs, aqueles que os magistrados possuem durante a instrução processual penal, relacionados à dilação probatória, em busca da verdade material, nos mesmos termos proclamados pela Lei Fundamental alemã, que em seu art. 44, item 2, ao se referir as comissões de inquérito, estabelece que "as disposições relativas ao processo penal terão aplicação por analogia à apuração de provas".

As Comissões Parlamentares de Inquérito, portanto e em regra, terão os mesmos poderes instrutórios que os magistrados possuem durante a instrução processual penal, inclusive com a possibilidade de invasão das liberdades públicas individuais, mas deverão exercê-los dentro dos mesmos limites constitucionais impostos ao Poder Judiciário⁴⁰⁹, seja em relação

⁴⁰⁵ Conforme definiu o STF: "Por uma necessidade funcional, a comissão parlamentar de inquérito não tem poderes universais de investigação, mas limitados a fatos determinados, o que não quer dizer não possa haver tantas comissões quantas as necessárias para realizar as investigações recomendáveis, e que outros fatos, inicialmente imprevisíveis, não possam ser aditados aos objetivos da comissão de inquérito, já em ação" (STF - HC n.º 71.039/RJ - Rel. Min. Paulo Brossard, decisão: 7 abr. 1994). Conferir, também, RTJ 163/626.

⁴⁰⁶ STF - HC n.º 71.039/RJ - Rel. Min. Paulo Brossard, decisão: 7 abr. 1994. Conferir, também, RTJ 163/626. O mesmo ocorre na Espanha, como destaca Rubio ao apontar a excepcionalidade dos inquéritos parlamentares e a necessidade de "trabalho concreto, objeto determinado e interesse público" (RUBIO, Ricardo Medina. La función constitucional de las comisiones parlamentarias de investigación. Madrid: Civitas. p. 51).

⁴⁰⁷ *Watkins v. United States*, 354 US 178 (1957). Relator o Chief Justice Warren vencido, o ministro Clark (8 x 1), onde Watkins se recusara a responder perguntas relativas aos associados do Partido Comunista de 1942 a 1947.

⁴⁰⁸ Note-se que apesar de Portugal ser um Estado Unitário, possui regiões autônomas (Constituição portuguesa, art. 6.º). Em relação a essas, Canotilho e Vital Moreira afirmam que "pouco compatível com a lógica constitucional é, igualmente, a possibilidade de inquéritos da AR (Assembleia da República) aos órgãos das regiões autônomas ou do poder local" (Constituição da república portuguesa anotada. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 719).

⁴⁰⁹ Conforme decidiu o Ministro Nelson Jobim, "no exercício desses poderes, tais Comissões devem respeitar os mesmos limites formais a que estão submetidos os membros do Poder Judiciário, quando da instrução de processo criminal" (STF - Pleno - MS n.º 79.790-3/SP - Rel. Min. Nelson Jobim, Diário da Justiça, Seção I, 26 nov. 1999, p. 137). Esse é o mesmo entendimento da Corte Suprema Norte-americana,

ao respeito aos direitos fundamentais, seja em relação à necessária fundamentação⁴¹⁰ e publicidade de seus atos, seja, ainda, na necessidade de resguardo de informações confidenciais, impedindo que as investigações sejam realizadas com a finalidade de perseguição política⁴¹¹ ou de aumentar o prestígio pessoal dos investigadores, humilhando os investigados e devassando desnecessária e arbitrariamente suas intimidades e vidas privadas⁴¹².

Assim, os poderes investigatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito compreendem:

- possibilidade de quebra de sigilo bancário, fiscal e de dados: Conferir, a respeito, o capítulo 3, item 16.6 (Comissões parlamentares de inquérito e sigilo), onde o tema foi tratado.

Acrescente-se, como destacado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em relação a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico, que "não há como negar sua natureza probatória e, em princípio, sua compreensão no âmbito dos poderes de instrução do juiz, que a letra do art. 58, § 3.º, da Constituição, faz extensíveis às comissões parlamentares de inquérito". Igualmente, conforme afirmado pelo Ministro Carlos Velloso, "pode, então, a CPI quebrar o sigilo dos dados ou registros telefônicos de pessoa que esteja sendo investigada"⁴¹³;

- oitiva de testemunhas, inclusive com a possibilidade de condução coercitiva: as comissões podem determinar a oitiva de qualquer pessoa, funcionário público - inclusive Ministros de Estado - ou particular, desde que seja necessário para a investigação⁴¹⁴. Ninguém pode escusar-se de comparecer à comissão parlamentar de inquérito para depor. Como destacado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, "a Constituição explicitou dispor a Comissão Parlamentar de Inquérito dos 'poderes de investigação próprios das autoridades judiciais', entre os quais avulta de importância o de intimar, fazer comparecer, se for o caso, e tomar o depoimento de qualquer pessoa sobre o fato determinado a cuja apuração se destinar: the power to send for persons". Observe-se, porém, que, assim como as autoridades judiciais, os depoimentos nas

que entende a possibilidade de invasão das liberdades individuais por parte dos inquéritos parlamentares, desde que de forma fundamentada, equilibrada e com extrema cautela (Wieman v. Updegraff, 334 US 183 - 1952; Sweezy v. New Hampshire, 354 US 234 - 1957).

⁴¹⁰ Nesse sentido, conferir STF - Pleno - MS n.º 23.452/RJ - Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 16-9-99 - Informativo STF n.º 162, onde o Tribunal entendeu que "a CPI, ao exercer a competência investigatória prevista no art. 58, § 3.º da CF, está sujeita às mesmas limitações constitucionais que incidem sobre as autoridades judiciárias, devendo, dessa forma, fundamentar as suas decisões (CF, art. 93, IX)". Conferir, ainda: STF - MS n.º 23.971-9/DF - Rel. Min. Celso de Mello - Diário da Justiça, Seção 1, 5 jun. 2001, p. 37.

⁴¹¹ Como relembra Roberto Rosas, em alguns casos os inquéritos parlamentares são iniciados por "capricho ou perseguição política" (Limitações... Op. cit. p. 58).

⁴¹² Conforme decidiu a Corte Suprema Norte-americana, "O Bill of Rights é aplicável aos inquéritos parlamentares, do mesmo modo que a todas as outras formas de ação governamental" (Watkins v. United States, 354 US 178 (1957). Relator o Chief Justice Warren).

⁴¹³ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As comissões parlamentares de inquérito e o sigilo das comunicações telefônicas. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n.º 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 53. No mesmo sentido: STF - "CPI E FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. O Tribunal indeferiu mandado de segurança impetrado contra ato do presidente da CPI do Narcotráfico que decretara a quebra do sigilo bancário, fiscal e telefônico do impetrante. Considerou-se não haver qualquer ilegalidade no ato impugnado, uma vez que a CPI exerceu a sua competência investigatória prevista no art. 58, § 3.º, da CF, de forma fundamentada, cumprido o disposto no art. 93, IX, da CF" (STF - Pleno - MS 23.556/DF - Rel. Min. Octavio Gallotti, 14-9-2000. Informativo STF n.º 202).

⁴¹⁴ STF - Pleno - HC n.º 75.287-0 - medida liminar - Rel. Min. Maurício Corrêa, Diário da Justiça, Seção I, 30 abr. 1997, p. 16.302; STF - Pleno - HC n.º 71.231/RJ - Rel. Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça, Seção I, 31 out. 1996, p. 42.014. Conferir, ainda, decisão do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador Dirceu de Mello, em sede de Suspensão de Execução de medida liminar n.º 48.640.0/1 (31 março de 1998), onde se salientou que "não emerge, do nosso ordenamento jurídico, a impossibilidade da comissão parlamentar de inquérito, regularmente constituída, convocar cidadãos, sob pena de condução coercitiva, para prestarem esclarecimentos a respeito de fatos diretamente relacionados com a matéria objeto da investigação. E, exatamente para legitimar tal atuação, dotou o Constituinte as comissões parlamentares de inquéritos de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais". Essa decisão monocrática foi confirmada por votação unânime em Sessão Plenária do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, no Agravo Regimental n.º 48.640-0/3-01, Rel. Des. Dirceu de Mello (29 de abril de 1998), onde ficou salientado que "a manutenção da liminar, dispensando os impetrantes de prestarem esclarecimentos perante a Comissão Parlamentar de Inquérito, cerceia a atividade fiscalizadora que exerce o Poder Legislativo sobre os negócios que digam respeito à gestão da coisa pública, como é o caso da atividade que gira em torno de certas modalidades de jogos de azar, excepcionalmente admitidos pelo nosso ordenamento jurídico".

CPIs deverão respeitar a existência de eventual sigilo profissional, que, conforme proclamado pelo Supremo Tribunal Federal, "tem alcance geral e se aplica a qualquer juízo, cível, criminal, administrativo ou parlamentar";

- ouvir investigados ou indiciados: Nessas oitavas, a Constituição Federal consagra o direito ao silêncio, inafastável inclusive pelas Comissões Parlamentares de Inquérito⁴¹⁵, pois o investigado não poderá ser obrigado a depor contra si mesmo⁴¹⁶;
- realização de perícias e exames necessários à dilação probatória, bem como requisição de documentos e busca de todos os meios de provas legalmente admitidos;
- determinar buscas e apreensões: as CPIs possuem, genericamente, o poder de determinar as autoridades policiais e administrativas a realização de buscas e apreensões de documentos necessários às investigações. Como salientado pelo Ministro Carlos Venoso, "a Comissão pode, em princípio, determinar buscas e apreensões, sem o que essas medidas poderiam tornar-se inócuas e quando viesse a ser executadas cairiam no vazio. Prudência, moderação e adequação recomendáveis nessa matéria, que pode constituir o punctum dolens da Comissão Parlamentar de inquérito no exercício de seus poderes, que, entretanto, devem ser exercidos, sob pena da investigação tornar-se ilusória e destituída de qualquer sentido". Esse poder genérico, porém, encontra sua limitação na consagração constitucional da inviolabilidade domiciliar (CF, art. 5.º, XI), em face da cláusula de reserva jurisdicional, que será analisada a seguir, de forma a impedir a determinação de buscas e apreensões que necessitem invadir domicílios para sua concretização.

Por outro lado, as Comissões Parlamentares de Inquérito jamais terão os mesmos poderes cautelares que possuem as autoridades judiciais durante a instrução processual penal, por carecerem de competência jurisdicional⁴¹⁷. Nesse sentido, afirmou o Supremo Tribunal Federal que as comissões "não podem decretar medidas assecuratória para garantir a eficácia de eventual sentença condenatória, uma vez que o poder geral de cautela de sentenças judiciais só pode ser exercido por juízes".

Dessa forma, não poderão as Comissões Parlamentares de Inquérito:

- decretar quaisquer hipóteses de prisão, salvo as prisões em flagrante delito: as Comissões Parlamentares de Inquérito não possuem competência constitucional para a decretação de prisões temporárias, preventivas ou quaisquer outras hipóteses, salvo as prisões em flagrante delito, uma vez que a Constituição Federal reservou ao Poder Judiciário a função de zelar pelo status libertatis individual, nos termos do art. 5.º, LXI⁴¹⁸. Diferentemente das Constituições de 1824 (art. 179, X), 1891 (art. 72, § 13), 1934 (art. 113, n.º 21), 1937 (art.

⁴¹⁵ Conferir a respeito, nosso artigo Direito ao silêncio e comissões parlamentares de inquérito. Revista dos Tribunais n.º 766. p. 509. No sentido do texto, igualmente, afirmou o Ministro Marco Aurélio, em relação a oitava de investigados pela CPI: "Não menos correto é estar ele protegido pela norma constitucional asseguradora do direito de ficar calado no tocante a indagações que possam, de alguma forma, incriminá-lo, independentemente da formalização, ou não, do compromisso de dizer a verdade" (STF - Pleno - HC n.º 79.563-3/DF - medida liminar - Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 14 out. 1999, p. 17). No mesmo sentido: STF - Pleno - HC n.º 75.287-0 - medida liminar - Rel. Min. Maurício Corrêa, Diário da Justiça, Seção I, 30 abr. 1997, p. 16.302.

⁴¹⁶ Esse direito é consagrado pela cláusula privilege against self-incrimination, na 5.ª Emenda da Constituição Norte-americana. Igual previsão existe também no Pacto de São José da Costa Rica - Convenção Americana sobre Direitos Humanos que prevê, no art. 8.º, § 2.º, g, "o direito a toda pessoa acusada de delito não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada".

⁴¹⁷ Como salientam Canotilho e Vital Moreira, "os inquéritos parlamentares têm por natureza, carácter instrumental, pois a sua função não consiste em julgar, mas sim habilitar a AR (Assembleia da República) com conhecimentos que podem, eventualmente, levar a tomar medidas (legislativas ou outras sobre o assunto inquirido). Estão, por isso, particularmente vocacionados como instrumento da função de fiscalização política da AR, designadamente na apreciação dos actos do Governo e da Administração" (Constituição da República portuguesa anotada 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 719).

⁴¹⁸ CF, art. 5.º, LXI - "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei".

122, n.º 11), 1946 (art. 141, § 20), 1967 (art. 150, § 12), EC n.º 01/69 (art. 153, § 10), somente o Poder Judiciário poderá emanar ordens de prisão, salvo a hipótese de transgressão militar ou crime propriamente militar definidos em lei, pois a tutela à liberdade com a conseqüente limitação do poder estatal sobre o status libertatis do indivíduo consiste em uma das maiores conquistas do Estado de Direito. As CPIs somente poderão decretar prisões em flagrante delito, inclusive por falso testemunho, desde que, nessa hipótese, obviamente, não se trate do próprio investigado ou ainda de pessoa que deixar de revelar fatos que possam incriminá-la, em respeito ao constitucionalmente consagrado direito ao silêncio⁴¹⁹;

- determinar a aplicação de medidas cautelares, tais como indisponibilidade de bens, arrestos, seqüestro, hipoteca judiciária, proibição de ausentar-se da comarca ou do país: Como ressaltado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, "o decreto de indisponibilidade dos bens de determinada pessoa posta sob a suspeição da CPI, qual o impetrante, mostra-se de todo excedente à mais larga interpretação da autoridade das CPIs: indisponibilidade de bens, ou medida similar - qual o arresto, o seqüestro ou a hipoteca judiciária - são provimentos cautelares de sentença definitiva de condenação, os quais obviamente não se confundem com os poderes instrutórios, ou de cautela sobre a prova, que se possam admitir extensíveis aos órgãos parlamentares de investigação";
- proibir ou restringir a assistência jurídica aos investigados: tendo a Constituição Federal consagrado, em seu art. 133, como princípios constitucionais a indispensabilidade e a imunidade do advogado, não poderão as CPIs, impedir que os investigados façam-se acompanhar de seus advogados, nem tampouco cercear-lhes o exercício da atividade profissional, desde que nos parâmetros delimitados pela legislação em vigor e pela própria natureza inquisitiva do inquérito parlamentar, onde inexistente o contraditório.

Como ressaltado pelo Ministro Celso de Mello, "a Comissão Parlamentar de Inquérito, como qualquer outro órgão do Estado, não pode, sob pena de grave transgressão à Constituição e às leis da República, impedir, dificultar ou frustrar o exercício, pelo advogado, das prerrogativas de ordem profissional que lhe foram outorgadas pela Lei n.º 8.906/94", para concluir que "assiste ao advogado a prerrogativa - que lhe é dada por força e autoridade da lei - de velar pela intangibilidade dos direitos daquele que o constituiu como patrono de sua defesa técnica, competindo-lhe, por isso mesmo, para o fiel desempenho do munus de que se acha incumbido esse profissional do Direito, o exercício dos meios legais vocacionados à plena realização de seu legítimo mandato profissional".

Além dessas limitações, incide sobre a atuação das CPIs, a denominada cláusula de reserva jurisdicional⁴²⁰, consistente na expressa previsão constitucional de competência exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário para a prática de determinados atos. Assim, por exemplo, quando o texto constitucional prevê no art. 5.º, XI, a possibilidade de invasão domiciliar durante o dia, por determinação judicial, ou ainda, quando no art. 5.º, XII, permite a interceptação telefônica, por ordem judicial, expressamente reservou a prática desses atos

⁴¹⁹ Conferir a respeito, RTJ 163/626, onde o STF decidiu que "Não configura o crime de falso testemunho, quando a pessoa, depondo como testemunha, ainda que compromissada, deixa de revelar fatos que possam incriminá-la."

⁴²⁰ O Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência constitucional da cláusula de reserva jurisdicional, afirmando: "As Comissões Parlamentares de Inquérito não podem determinar a busca e apreensão domiciliar, por se tratar de ato sujeito ao princípio constitucional da reserva de jurisdição, ou seja, ato cuja prática a CF atribui com exclusividade aos membros do Poder Judiciário" (STF - Pleno - MS n.º 23.642/DF - Rel. Min. Néri da Silveira, decisão: 29-11-2000 - Informativo STF n.º 212. Conferir transcrições nos Informativos STF n.º 151, 162, 163).

constritivos da liberdade individual aos órgãos do Poder Judiciário. Nessas hipóteses, as CPIs carecem de competência constitucional para a prática desses atos, devendo solicitar ao órgão jurisdicional competente⁴²¹.

Conforme salientam Canotilho e Vital Moreira, "os poderes das comissões de inquérito têm um limite naqueles direitos fundamentais dos cidadãos que, mesmo em investigação criminal, não podem ser afectados senão por decisão de um juiz".

O Ministro Celso de Mello adverte que essa cláusula consubstancia "ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado".

Como afirmado por Luís Roberto Barroso, "ultrapassaria com exagero os limites da razoabilidade a suposição de que uma comissão parlamentar de inquérito – instância política, sujeita a paixões e excessos - pudesse livremente dispor da privacidade das pessoas, invadindo domicílios e escritórios, e apreendendo o que lhe aprouvesse"⁴²².

Ressalte-se que os eventuais abusos ou ilegalidades praticadas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito deverão ser controlados pelo Poder Judiciário, por meio do Supremo Tribunal Federal, em regra em sede de mandado de segurança e habeas corpus, nos termos do art. 102, I, i, da Constituição Federal, pois "as Comissões Parlamentares de inquérito não são órgãos distintos, mas emanações do Congresso, competindo ao Supremo Tribunal Federal o controle de seus atos". Dessa forma, conforme decidiu o Pretório Excelso, "ao Supremo Tribunal Federal compete exercer, originariamente, o controle jurisdicional sobre atos de comissão parlamentar de inquérito que envolvam ilegalidade ou ofensa a direito individual, dado que a ele compete processar e julgar habeas corpus e mandado de segurança contra atos das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, art. 102, I, i, da Constituição, e a comissão parlamentar de inquérito procede como se fora a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal ou o Congresso Nacional. Construção constitucional consagrada".

Dessa forma, a conduta das Comissões Parlamentares de Inquérito deve, portanto, equilibrar os interesses investigatórios, certamente de grande interesse público, com as garantias constitucionalmente consagradas, preservando a segurança jurídica e utilizando-se dos meios jurídicos mais razoáveis e práticos em busca de resultados satisfatórios garantindo a plena efetividade da justiça, sob pena de desviar-se de sua finalidade constitucional⁴²³.

Há, portanto, necessidade de direcionar-se todas as regras hermenêuticas para garantir-se a plena aplicabilidade e efetividade dos direitos humanos fundamentais perante as Comissões Parlamentares de Inquérito.

⁴²¹ Restrição semelhante é encontrada na Lei Fundamental alemã, que em seu art. 44 prevê a impossibilidade de afetação pelas comissões de inquérito, do segredo de correspondência, das comunicações postais e das telecomunicações, além de prever que os tribunais e as autoridades administrativas são obrigados a prestar ajuda judicial e administrativa.

⁴²² Conferir; com extensa citação doutrinária nacional e estrangeira: BARROSO, Luís Roberto. Comissões parlamentares de inquérito - limite de sua competência - sentido da expressão constitucional poderes de investigação próprios das autoridades judiciais - inadmissibilidade de busca e apreensão sem mandado judicial. Revista Forense, n.º 335, Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 173.

⁴²³ Como destacado por Roberto Rosa, "As comissões parlamentares de inquérito têm notável influência na vida política do país. No Brasil elas agem com um espírito elevado e consentâneo com suas finalidades. No entanto, é necessário não se permitir o extravasamento de suas funções, o abuso do poder inerente às comissões de inquérito" (Op. cit. p. 60).

Os direitos humanos fundamentais, enquanto uma das previsões absolutamente necessárias à todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana, são absolutamente vinculantes ao exercício dos poderes investigatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito⁴²⁴.

Dessa forma, a maior limitação à atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito é o pleno respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, projeto maior de um Estado Democrático de Direito, no exato sentido que lhe empresta a definição de Roscoe Pound, para quem liberdade consiste "na reserva, para o indivíduo, de certas expectativas fundamentais razoáveis que entendem com a vida na sociedade civilizada e liberação em relação ao exercício arbitrário e desarrazoado do poder e da autoridade por parte daqueles que são nomeados ou escolhidos em sociedade politicamente organizada com o objetivo de ajustar relações e ordenar a conduta e se tornam, dessa maneira, capazes de aplicar a força dessa sociedade aos indivíduos".

Sem respeito à dignidade da pessoa humana não haverá Estado de Direito, desaparecendo a participação popular nos negócios políticos do Estado, quebrando-se o respeito ao princípio da soberania popular, que proclama todo o poder emanar do povo, com a consequência nefasta do fim da Democracia.

Exige-se, pois, do Poder Legislativo, no exercício de sua função fiscalizatória, por meio de Comissões Parlamentares de Inquéritos, pleno respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, sob pena de flagrante inconstitucionalidade de suas condutas e perda da legitimidade popular que sustenta a atuação fiscalizatória dos parlamentares, pois como ensina Norberto Bobbio, "sem respeito às liberdades civis, a participação do povo no poder político é um engano, e sem essa participação popular no poder estatal, as liberdades civis têm poucas probabilidades de durar".

2.6 Tribunal de Contas

2.6.1 Conceito, funções e finalidades

O Tribunal de Contas da União é órgão auxiliar e de orientação do Poder Legislativo, embora a ele não subordinado, praticando atos de natureza administrativa, concernentes, basicamente, à fiscalização⁴²⁵.

O Tribunal terá sua sede no Distrito Federal, sendo integrado por nove ministros que exercerão suas atribuições em todo o território nacional, e terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, sendo, portanto, vitalícios, inamovíveis e tendo seus subsídios a garantia da irredutibilidade, aplicando-se-lhes quanto à aposentadoria e pensão, nos termos da Emenda Constitucional n.º 20/98, as normas constantes no art. 40 da Constituição Federal (conferir Capítulo 9, item 15).

⁴²⁴ Conforme afirmou o Ministro Celso de Mello, "é essencial reconhecer que os poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito - precisamente porque não são absolutos - sofrem as restrições impostas pela Constituição da República e encontram limite nos direitos fundamentais do cidadão, que só podem ser afetados nas hipóteses e na forma que a Carta Política estabelecer" (STF - Pleno - MS n.º 23.452-1/RJ - Rel. Min. Celso de Mello, decisão 16-9-99).

⁴²⁵ PONDÉ, Lafayette Pondé. Estudos de direito administrativo. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 205. Cf. ARAÚJO JR., João Marcelo de. O espaço jurídico-criminal dos tribunais de contas. Brevíssimas notas sobre o crime do art. 89 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 13, p. 172, 1996.

Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados entre brasileiros que preencham determinados requisitos, a saber:

- mais de 35 e menos de 65 anos de idade;
- idoneidade moral e reputação ilibada;
- notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública;
- mais de 10 anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior.

A Constituição Federal estabeleceu um método diferenciado na escolha e investidura dos Ministros do Tribunal de Contas da União. Assim, o Presidente da República escolherá um terço dos membros do Tribunal (três), enquanto ao Congresso Nacional caberá a escolha dos outros dois terços (seis), na forma que dispuser seu regimento interno.

A Constituição Federal estabeleceu no art. 71 as funções do Tribunal de Contas da União, que deverá auxiliar o Congresso Nacional a exercer o controle externo e fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, ressaltando-se:

- apreciação das contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio, que deverá ser elaborado em 60 dias a contar de seu recebimento;
- julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta (incluídos os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário) e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;
- aplicação aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, das sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário.

Observe-se, por fim, que o Tribunal de Contas, conforme entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal ⁴²⁶ pode no exercício de suas atribuições apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

2.6.2 Tribunal de Contas - escolha pelo Presidente da República (1/3)

O art. 73, § 2.º, I, determina que um terço dos Ministros do Tribunal de Contas da União será escolhido pelo Presidente da República, com aprovação por maioria simples CF, art. 47) do Senado Federal, sendo dois alternadamente entre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal de Contas, segundo os critérios de antiguidade e merecimento, e um por meio de escolha livre.

Em relação a duas vagas, há, portanto, necessidade de adequar as duas etapas para preenchimento das vagas: lista tríplice e antiguidade/merecimento.

Dessa forma, o Tribunal de Contas da União elaborará lista indicando, alternadamente, três auditores ou três membros do Ministério Público junto ao Tribunal, seja pelo critério de

⁴²⁶ O art. 16 ADCT refere-se ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, que auxiliará a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. Também o art. 235, da Constituição Federal, refere-se à criação do Tribunal de Contas em Estados recém-criados.

merecimento, seja pelo critério da antigüidade, para que, posteriormente, o Presidente escolha um deles, submetendo-os à aprovação do Senado Federal.

Ressalte-se, pois, que mesmo devendo a vaga ser preenchida pelo critério da antigüidade, o Tribunal de Contas deverá remeter uma lista tríplice, com os nomes dos três auditores ou três membros do Ministério Público mais antigos, para que o Presidente da República escolha qualquer um deles. Não se justifica, portanto, a interpretação pela qual, na nomeação pelo critério de antigüidade, o Tribunal de Contas encaminhará ao Chefe do Poder Executivo, apenas, o nome do auditor ou membro de Ministério Público mais antigo na Corte de Contas, vinculando o Presidente da República a escolhê-lo. A referência constitucional à lista tríplice assegura ao Presidente a discricionariedade de livre escolha entre os três nomes nela constantes.

2.6.3 Tribunais de contas estaduais, distrital e municipais

O art. 75 da Constituição Federal refere-se aos Tribunais de Contas dos Estados, Distrito Federal e Municípios⁴²⁷. Igualmente, o art. 31 da Constituição Federal estabelece que a fiscalização do Município também será exercida mediante controle externo da Câmara Municipal, com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados⁴²⁸ ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver; prevê-se que o parecer prévio, emitido pelo órgão competente, sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

Note-se que a expressão onde houver deve ser interpretada de acordo com o § 4.º do referido art. 31 da Constituição Federal, que veda a criação de tribunais, conselhos ou órgãos de contas municipais.

Essa interpretação nos leva à conclusão de que o legislador constituinte reconheceu a existência dos Tribunais ou Conselhos de Contas Municipais já existentes na data da promulgação da Constituição Federal, não permitindo às respectivas Constituições Estaduais aboli-los, porém, ao mesmo tempo, expressamente vedou a criação de novos Tribunais ou Conselhos de Contas.

Os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios estão sujeitos, em matéria de organização, composição e atribuições fiscalizadoras de seus Tribunais de Contas, ao modelo jurídico estabelecido pela Constituição da República (art. 75, caput), pois conforme interpretado pelo Supremo Tribunal Federal, "com a superveniência da nova Constituição, ampliou-se, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos tribunais de contas, os quais foram investidos de poderes jurídicos mais amplos, em decorrência de uma consciente opção política feita pelo legislador constituinte, a revelar a inquestionável essencialidade dessa instituição surgida nos albores da república. A atuação dos tribunais de contas assume, por isso, importância fundamental no campo do controle externo e constitui, como natural decorrência do fortalecimento de sua ação institucional, tema de irrecusável relevância. O regramento dos tribunais de contas estaduais, a partir da Constituição de 1988 - inobstante a existência de domínio residual para sua autônoma formulação - é matéria cujo relevo decorre da nova fisionomia assumida pela federação brasileira e, também, do

⁴²⁷ O art. 16 ADCT refere-se ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, que auxiliará a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. Também o art. 235, da Constituição Federal, refere-se à criação do Tribunal de Contas em Estados recém-criados.

⁴²⁸ A Constituição Federal, no parágrafo único do art. 75, expressamente estabelece o número e a denominação dos Conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados: SETE.

necessário confronto dessa mesma realidade jurídico-institucional com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, construída ao longo do regime constitucional precedente, proclamava a inteira submissão dos Estados-membros, no delineamento do seu sistema de controle externo, ao modelo jurídico plasmado na Carta da República".

Dessa forma, o modelo federal deverá ser seguido pelos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, inclusive em relação à composição e modo de investidura dos respectivos conselheiros, respeitando-se a proporcionalidade de escolha entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, nos mesmos moldes da Constituição da República⁴²⁹.

Essa ampliação das funções do Tribunal de Contas engloba a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das pessoas estatais e das entidades e órgãos de sua administração direta e indireta, no âmbito de atuação de cada Tribunal de Contas.

Importante ressaltar, também, que o âmbito de fiscalização dos Tribunais de Contas engloba pessoas jurídicas e físicas, públicas e privadas, desde que os recursos recebidos por elas tenham origem estatal, pois a gerência de dinheiro público ou a administração de bens, valores ou interesses da comunidade obriga à prestação de contas, nos termos do art. 71, II, da Constituição Federal.

2.6.4 Tribunal de Contas e rejeição de contas do Chefe do Poder Executivo

No ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, a competência para julgamento das contas do Chefe do Poder Executivo, seja Federal, Distrital, Estadual ou Municipal, é exclusiva do Poder Legislativo respectivo. Dessa forma, nessa hipótese, a função do Tribunal de Contas é opinativa, atuando como órgão auxiliar do Parlamento.

Assim, apesar de caber ao Tribunal de Contas a apreciação das contas prestadas anualmente pelo chefe do Poder Executivo (CF, arts. 25, 31, 71, inciso I, e 75), somente ao Poder Legislativo caberá o julgamento das mesmas (CF, art. 49, inciso IX).

2.7 Estatuto dos congressistas

2.7.1 Introdução

A Constituição Federal estabelece em seu Título IV - "Da organização dos Poderes" - Capítulo I - "Do Poder Legislativo" - Seção V - "Dos deputados e dos senadores", regras instituidoras das imunidades e vedações parlamentares, para que o Poder Legislativo, como um todo, e seus membros, individualmente, atuem com ampla independência e liberdade, no exercício de suas funções constitucionais. Tal conjunto de regras denomina-se estatuto dos congressistas.

São diversas as prerrogativas e vedações constitucionais previstas pela Carta Magna aos membros do Poder Legislativo, todas como garantias de existência e independência do próprio Parlamento. Desde as tradicionais imunidades material (art. 53, caput) e formal (art. 53, §§ 2.º, 3.º, 4.º e 5.º) até as prerrogativas de foro (art. 53, § 1.º), de serviço militar (art. 53,

⁴²⁹ STF - Adin n.º 1.389-1/AP – v. u. - medida liminar - Rel. Min. Maurício Corrêa, Diário da Justiça, Seção I, 20 set. 1996, p. 34.531. EMENTA: "Medida Cautelar em Ação direta de inconstitucionalidade. Tribunal de Contas do Estado: Indicação para provimento do cargo de Conselheiro; Proporcionalidade. Constituição do Estado: §§ 3.º e 4.º e incisos I e II do art. 113; Lei Complementar Estadual n.º 010/95: inciso III do art. 10 e parágrafo único do art. 100. Prerrogativa do chefe do Executivo Estadual para indicar e nomear conselheiros nos dez primeiros anos de criação do Estado. Exigência de requisitos não previstos pela Constituição Federal".

§ 7.º e 143), vencimentos (art. 49, VII) e isenção do dever de testemunhar (art. 53, § 6.º) e as incompatibilidades (art. 54).

A doutrina, não raramente, refere-se às imunidades ou prerrogativas parlamentares também como inviolabilidades.

Rodrigo Octávio aponta a denominação imunidade preferível à inviolabilidade parlamentar "que implica a idéia de estar o representante da nação fora da ação da lei". Na verdade, a inviolabilidade corresponde à exclusão da punibilidade, referindo-se, somente, a alguns delitos (imunidade material), enquanto a imunidade é causa que pode impedir o prosseguimento do processo, caso haja a sustação do andamento da ação penal (imunidade formal), conforme veremos adiante.

Assim, a inviolabilidade acarretará a irresponsabilidade da conduta, enquanto a imunidade impedirá o livre desenvolvimento do processo, suspendendo a prescrição.

2.7.2 Finalidade democrática

Na independência harmoniosa que rege o princípio da Separação de Poderes, as imunidades parlamentares são institutos de vital importância, visto buscarem, prioritariamente, a proteção dos parlamentares, no exercício de suas nobres funções, contra os abusos e pressões dos demais poderes; constituindo-se, pois, um direito instrumental de garantia de liberdade de opiniões, palavras e votos dos membros do Poder Legislativo, bem como de sua proteção contra prisões arbitrárias e processos temerários.

Assim, para o bom desempenho de seus mandatos, será necessário que o parlamento ostente ampla e absoluta liberdade de convicção, pensamento e ação, por meio de seus membros, afastando-se a possibilidade de ficar vulnerável às pressões dos outros poderes do Estado.

Dessa forma, imprescindível a existência das imunidades parlamentares à prática da democracia, significando verdadeira condição de independência do Poder Legislativo em face dos demais poderes e garantia da liberdade de pensamento, palavra e opinião, sem a qual inexistirá Poder Legislativo independente e autônomo, que possa representar, com fidelidade e coragem, os interesses do povo e do país, pois, e é sempre importante ressaltar, estas imunidades não dizem respeito a figura do parlamentar, mas à função por ele exercida, no intuito de resguardá-la da atuação do Executivo ou do Judiciário, consagrando-se como garantia de sua independência perante outros poderes constitucionais.

Não prospera, pois, assertivas sobre o eventual afastamento e desrespeito do princípio da igualdade (art. 5.º, I, da Constituição Federal), como já visto anteriormente no capítulo inicial, em favor dos membros do Poder Legislativo, uma vez que a finalidade destas prerrogativas é a subsistência da democracia e do próprio Estado de Direito.

Na questão posta em estudo, a finalidade acolhida pelo direito - defesa da democracia e da existência e independência do Parlamento - afasta qualquer alegação de discriminação abusiva em favor dos parlamentares, conforme já estudado anteriormente.

2.7.3 Histórico

A criação das imunidades parlamentares como corolário da defesa da livre existência e independência do Parlamento tem no sistema constitucional inglês sua origem, através da proclamação do duplo princípio da freedom of speech (liberdade de palavra) e da freedom

from arrest (imunidade à prisão arbitrária), no Bill of Rights de 1688, os quais proclamaram que a liberdade de expressão e de debate ou de troca de opiniões no Parlamento não pode ser impedida ou posta em questão em qualquer corte ou lugar fora do Parlamento.

Importante lembrar que foi basicamente o direito europeu que consolidou as imunidades parlamentares, dando-lhes os contornos atuais, porém, elas não passaram despercebidas do povo romano, pois eram intangíveis, invioláveis (sacrosancta) as pessoas dos tribunos e dos edis, seus auxiliares; tendo o povo romano outorgado-lhes por lei essa inviolabilidade e, para torná-la irrevogável, santificou-a com um juramento (les sacrata), punindo com a pena de morte os atentados contra esta regulamentação. Esta inviolabilidade do tribuno garantia-lhe no exercício das suas funções ou fora delas e obstava a que ele pudesse ser acusado, preso ou punido.

A jurisprudência e a doutrina norte-americanas, historicamente, pacificaram-se no sentido de a freedom from arrest ser impeditiva de prisão tão-somente em procedimentos cíveis . Por sua vez, a freedom of speech considera que o privilégio pertence à própria Casa Legislativa, a qual se encarrega de defendê-lo, geralmente através da constituição de comissão parlamentar de inquérito. Em relação à abrangência, também a origem histórica do instituto aponta que somente as palavras e os votos proferidos dentro do recinto das sessões ou das comissões é que são cobertos pela imunidade material, inclusive se o pronunciamento for considerado perigoso à segurança do Estado.

Posteriormente, as imunidades parlamentares foram inscritas constitucionalmente na Carta Magna dos Estados Unidos da América (17-9-1787) afirmando: "Em nenhum caso, exceto traição, felonía e violação da paz, eles (senadores e representantes) poderão ser presos durante sua freqüência às sessões de suas respectivas Câmaras, nem quando a elas se dirigirem, ou delas retornarem; e não poderão ser incomodados ou interrogados, em qualquer outro lugar, por discursos ou opiniões emitidos em uma ou outra Câmara" (art. 1.º, seção 6).

Anotese ainda que na França, em 23 de junho de 1789, houve nova proclamação das imunidades, ante a ameaça de dissolução do Terceiro Estado; a assembléia decretou a inviolabilidade dos seus membros e declarou "traidor, infame e digno de morte quem pusesse a mão sobre eles".

Modernamente, quase todas as Constituições prevêm as garantias de livre exercício do Poder Legislativo. Assim, por exemplo, a da França, de 1958, no art. 26 e a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, no art. 46, que, porém, como informa Pinto Ferreira, "exclui a injúria e a calúnia da esfera da inviolabilidade". O mesmo se dava na Constituição Federal da antiga Alemanha Oriental, onde o art. 67, 1, segunda parte, afirma não incidir quanto às calúnias, no sentido do Código Penal, a regra jurídica da inviolabilidade, se comissão de inquérito da Câmara Popular as considerasse como tais.

No Brasil, a Constituição Imperial de 1824 concedia aos membros do Parlamento as inviolabilidades pelas opiniões, palavras e votos que proferissem no exercício de suas funções, bem como a garantia do parlamentar não ser preso durante a legislatura, por autoridade alguma, salvo por ordem de sua respectiva Câmara, menos em flagrante delito de pena capital. Além disto, previa-se a necessidade de licença da casa respectiva para o prosseguimento da ação penal.

Assim, textualmente, previa a Constituição de 25-3-1824: "Art. 26. Os Membros de cada uma das Camaras são invioláveis pelas opiniões, que proferirem no exercício das suas funções. Art. 27. Nenhum Senador, ou Deputado, durante a sua deputação, pode ser preso por Autoridade alguma, salvo por ordem da sua respectiva Camara, menos em flagrante delicto de pena capital. Art. 28. Se algum Senador, ou Deputado for pronunciado, o Juiz, suspendendo todo o ulterior procedimento, dará conta à sua respectiva Camara, a qual decidirá, se o processo deva continuar; e o Membro ser, ou não suspenso no exercício das suas funções."

A Constituição da República de 1891, em seu arts. 19 e 20, previa as imunidades material e formal, pois os parlamentares eram invioláveis pelas opiniões, palavras e votos, bem como não poderiam ser presos nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara, salvo caso de flagrante em crime inafiançável.

Era o seguinte, o texto da Constituição de 24-2-1891: "Art. 19. Os deputados e senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato. Art. 20. Os deputados e os senadores, desde que tiverem recebido diploma até à nova eleição, não poderão ser presos, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Camara, salvo caso de flagrância em crime inafiançável. Neste caso, levado o processo até pronuncia exclusive, a autoridade processante remetterá os autos à Camara respectiva, para resolver sobre a procedência da accusação, si o accusado não optar pelo julgamento immedito."

O capítulo II, secção I, da Constituição de 1934, em seu art. 31 previa a inviolabilidade do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos, no exercício do mandato, enquanto o art. 32 previa imunidades relacionadas à prisão e ao processo. Curiosamente, estas imunidades formais eram estendidas ao suplente imediato do Deputado em exercício.

O texto da Constituição de 16-7-1934 determinava: "Art. 31. Os deputados são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos no exercício das funções do mandato. Art. 32. Os deputados, desde que tiverem recebido diploma até a expedição dos diplomas para a legislatura subsequente, não poderão ser processados criminalmente, nem presos, sem licença da Câmara, salvo caso de flagrância em crime inafiançável. Esta imunidade é extensiva ao suplente imediato do Deputado em exercício. § 1.º A prisão em flagrante de crime inafiançável será logo comunicada ao presidente da Camara dos deputados, com a remessa do auto e dos depoimentos tomados, para que ella resolva sobre a sua legitimidade e conveniência, e autorize, ou não, a formação de culpa. § 2.º Em tempo de guerra, os deputados, civis ou militares, incorporados às forças armadas por licença da Camara dos deputados, ficarão sujeitos às leis e obrigações militares."

A Carta de 1937 alterou o tratamento das imunidades parlamentares, pois, apesar de prevê-las, tanto a material quanto a formal, possibilitava a responsabilização do parlamentar por difamação, calúnia, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime.

Os arts. 42 e 43 da Constituição de 10-11-1937 estipulavam, respectivamente, que durante o prazo em que estiver funcionando o Parlamento, nenhum de seus membros poderá ser preso ou processado criminalmente, sem licença da respectiva Câmara, salvo caso de flagrância em crime inafiançável; e que só perante sua respectiva Câmara responderão os membros do Parlamento Nacional pelas opiniões e votos que emitirem no exercício de suas funções; não estarão, porém, isentos de responsabilidade civil e criminal por difamação, calúnia, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime. Em seu parágrafo único, o art. 43

ainda estabelecia que em caso de manifestação contrária à existência ou independência da Nação ou incitamento à subversão violenta da ordem política ou social, podia qualquer das Câmaras, por maioria de votos, declarar vago o lugar do deputado ou membro do Conselho Federal, autor da manifestação ou incitamento.

Em 1946, a Constituição brasileira consagrando regras mais democráticas, previa as clássicas prerrogativas parlamentares. Assim, a imunidade material foi prevista no art. 44 e as imunidades formais foram previstas no art. 45, determinando-se que os deputados e senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos (art. 44), e que desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara.

No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de 48 horas, à Câmara respectiva para que resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação de culpa.

A Câmara interessada deveria deliberar sempre pelo voto da maioria de seus membros. A Carta ainda previa que em se tratando de crime comum, se a licença para o processo criminal não estivesse resolvida em 120 (cento e vinte) dias, contados da apresentação do pedido, este seria incluído em ordem do dia, para ser discutido e votado, independentemente de parecer (acrescentado pela EC n.º 9, de 22-7-1964).

Em 1967, a Constituição Federal consagrou as imunidades material e formal no art. 34, prevendo a inviolabilidade do parlamentar, no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos; bem como a necessidade de licença da casa respectiva para a prisão e processo. Inovou, porém, ao permitir a concessão tácita de licença para o processo de parlamentar, ao prever que, se no prazo de noventa dias, a contar do recebimento, a respectiva Câmara não deliberasse sobre o pedido de licença, o mesmo seria incluído na Ordem do Dia, permanecendo durante 15 sessões ordinárias consecutivas, quando então, permanecendo a inércia, se teria como concedida a licença.

Assim, afirmava textualmente que os deputados e senadores eram invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos. Além disso, desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderiam ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara. No § 2.º do referido artigo, porém, estabelecia que se no prazo de 90 dias, a contar do recebimento, a respectiva Câmara não deliberasse sobre o pedido de licença, seria este incluído automaticamente em ordem do dia e neste permanecería durante 15 sessões ordinárias consecutivas, tendo-se como concedida a licença se, nesse prazo, não ocorresse a deliberação.

A Emenda n.º 1, de 17-10-1969, e, posteriormente, a Emenda n.º 11, de 13-10-1978, à Constituição Federal de 1967, alteraram a regulamentação das imunidades parlamentares, prevendo, em regra, que os deputados e senadores eram invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, porém, excepcionalmente poderiam ser responsabilizados, no caso de crime contra a Segurança Nacional. Também era prevista a impossibilidade de prisão do parlamentar, desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, salvo no caso de flagrante de crime inafiançável, nem processados, criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara, e que, se a Câmara respectiva não se pronunciasse sobre o pedido, dentro de 40 dias a contar de seu recebimento, se teria como

concedida a licença. No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos deveriam ser remetidos, dentro de 48 horas, à Câmara respectiva, para que resolvesse sobre a prisão e autorizasse ou não a formação da culpa.

A constituição anterior, porém, excetuava das imunidades os crimes contra a Segurança Nacional, para os quais o processo independia de licença da respectiva Câmara, podendo o Procurador-Geral da República, recebida a denúncia e analisando a gravidade do delito, requerer a suspensão do exercício do mandato parlamentar, até a decisão final de sua representação pelo Supremo Tribunal Federal (EC n.º 1, de 17-10-1969).

A redação original da Constituição Federal de 1988 previa as imunidades material e formal no art. 53, §§ 1.º, 2.º e 3.º, determinando que os deputados e senadores eram invioláveis por suas opiniões, palavras e votos, bem como desde a expedição do diploma não poderiam ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa.

Ainda, disciplinava que, no caso de flagrante de crime inafiançável, os autos seriam remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa respectiva, para que, pelo voto secreto da maioria de seus membros, resolvesse sobre a prisão e autorizasse, ou não, a formação de culpa.

A EC n.º 35, de 20-12-2001, alterando significativamente o regime de imunidades dos parlamentares, manteve a imunidade material e restringiu a imunidade formal processual, como se verá a seguir.

2.7.4 Conceito de imunidades

As imunidades parlamentares representam elemento preponderante para a independência do Poder Legislativo. São prerrogativas, em face do direito comum, outorgada pela Constituição aos membros do Congresso, para que estes possam ter bom desempenho de suas funções.

As imunidades são garantias funcionais, normalmente divididas em material e formal, são admitidas nas Constituições para o livre desempenho do ofício dos membros do Poder Legislativo e para evitar desfalques na integração do respectivo quorum necessário para deliberação.

2.7.5 Imunidades materiais

A. Definição e natureza jurídica

A Constituição Federal prevê serem os deputados e senadores invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos (art. 53, caput)⁴³⁰, no que a doutrina denomina imunidade material ou inviolabilidade parlamentar⁴³¹.

A imunidade material implica subtração da responsabilidade penal, civil, disciplinar ou política do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos. Explica Néelson Hungria que, nas suas opiniões, palavras ou votos, jamais se poderá identificar, por parte do parlamentar, qualquer dos chamados crimes de opinião ou crimes da palavra, como os crimes contra a honra, incitamento a crime, apologia de criminoso, vilipêndio oral a culto religioso etc., pois a

⁴³⁰ A redação atual do art. 53, caput, da CF foi dada pela EC n.º 35/01.

⁴³¹ Cf. estudo sobre imunidades materiais, realizado no despacho do Min. Nelson Jobim: STF - Inquérito n.º 1.296-3, Diário da Justiça, Seção I, 14 ago. 1997, p. 36.779.

imunidade material exclui o crime nos casos admitidos; o fato típico deixa de constituir crime, porque a norma constitucional afasta, para a hipótese, a incidência da norma penal.

Damásio E. de Jesus, analisando o tema sob a égide da Carta Anterior, aponta a imunidade material como causa funcional de isenção de pena, e ilustrava que os parlamentares, "desde que cometido o fato no exercício da função, não respondiam pelos chamados delitos de opinião ou de palavra", concluindo que "nestes casos, diante da imunidade penal, os deputados federais e os senadores ficavam livres do inquérito policial e do processo criminal".

Em relação à natureza jurídica da imunidade material, salienta o Ministro Celso de Mello tratar-se "a imunidade material ou real, de causa justificativa (excludente da antijuridicidade da conduta típica), ou de causa excludente da própria criminalidade, ou, ainda, de mera causa de isenção de pena, o fato é que, nos delitos contra a honra objetiva (calúnia e difamação) ou contra a honra subjetiva (injúria), praticados em razão do mandato parlamentar, tais condutas não mais são puníveis".

Dessa forma, Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 1967), Nélson Hungria (Comentários ao Código Penal), e José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo) entendem-na como uma causa excludente de crime, Basileu Garcia (Instituições de Direito Penal), como causa que se opõe à formação do crime; Damásio de Jesus (Questões Criminais), causa funcional de exclusão ou isenção de pena; Aníbal Bruno (Direito Penal), causa pessoal e funcional de isenção de pena; Heleno Cláudio Fragoso (Lições de Direito Penal) considera-a causa pessoal de exclusão de pena; Magalhães Noronha (Direito Penal) causa de irresponsabilidade; José Frederico Marques (Tratado de Direito Penal), causa de incapacidade penal por razões políticas.

B. Abrangência da imunidade material

Independentemente da posição adotada, em relação à natureza jurídica da imunidade, importa ressaltar que da conduta do parlamentar (opiniões, palavras e votos) não resultará responsabilidade criminal, qualquer responsabilização por perdas e danos⁴³², nenhuma sanção disciplinar, ficando a atividade do congressista, inclusive, resguardada da responsabilidade política, pois trata-se de cláusula de irresponsabilidade geral de Direito Constitucional material.

Essa é a lição de Raul Machado Horta que, citando farta doutrina francesa, expõe: "A inviolabilidade obsta a propositura de ação civil ou penal contra o parlamentar, por motivo de opinião ou votos proferidos no exercício de suas funções. Ela protege, igualmente, os relatórios e os trabalhos nas Comissões. É absoluta, permanente, de ordem pública. A inviolabilidade é total. As palavras e opiniões sustentadas no exercício do mandato ficam excluídas de ação repressiva ou condenatória, mesmo depois de extinto o mandato. É a insindacabilidade das opiniões e dos votos, no exercício do mandato, que imuniza o parlamentar em face de qualquer responsabilidade: penal, civil, administrativa, e que perdura após o término do próprio mandato."

⁴³² Nesse sentido, determinando a extinção de processo sem julgamento de mérito, em que se pleiteava indenização por danos morais contra atos praticados por deputada federal no exercício das funções, decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal que "A imunidade parlamentar prevista no art. 53, caput, da CF (Os deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos) alcança a responsabilidade civil decorrente dos atos praticados por parlamentares no exercício de suas funções" (STF - Pleno - Rextr. n.º 210.907/RJ - Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 12 ago. 1998 - Informativo STF n.º 118, ago. 1998).

Como salientado por Pontes de Miranda, ao analisar o art. 44, caput, da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946, de idêntico enunciado ao atual art. 53 da CF/88⁴³³, "não se admite o processo porque não há crime; nem cabe a responsabilidade por perdas e danos, porque a irresponsabilidade do art. 44 é geral, de direito constitucional material e, pois, compreensiva da irresponsabilidade penal e da irresponsabilidade civil".

Nesse sentido, texto expresso da Constituição da República Portuguesa, com redação dada pela quarta revisão constitucional - Lei Constitucional n.º 1, publicada no dia 20 de setembro de 1997, que em seu art. 157 prevê que os deputados não respondem civil, criminal ou disciplinarmente pelos votos ou opiniões que emitirem no exercício das suas funções.

Comentando o assunto, que encontrava-se no antigo art. 160 da Constituição da República Portuguesa, com redação dada pela Lei Constitucional n.º 01/89, porém, de idêntico teor ao do atual art. 157 da Carta-Portuguesa, Canotilho e Moreira afirmavam que "a irresponsabilidade implica desde logo, que os deputados não incorrem em responsabilidade criminal, por causa de votos e opiniões, nem pelos chamados crimes de responsabilidade nem por quaisquer outros, inclusive os crimes de injúria. Também não incorrem em qualquer responsabilidade civil ou disciplinar com fundamento nos votos ou opiniões", para então concluir que, "além da irresponsabilidade criminal, civil e disciplinar, os deputados gozam naturalmente também de irresponsabilidade política, não podendo ser destituídos nem pelos eleitores nem pelos partidos pelos quais foram eleitos".

Esse entendimento foi corroborado pela EC n.º 35, de 20 de dezembro de 2001, que expressamente passou a prever a exclusão da responsabilidade civil do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos.

Em síntese, a imunidade material é prerrogativa concedida aos parlamentares para o exercício de sua atividade com a mais ampla liberdade de manifestação, por meio de palavras, discussão, debate e voto; tratando-se, pois, a imunidade, de cláusula de irresponsabilidade funcional do congressista, que não pode ser processado judicial ou disciplinarmente pelos votos que emitiu ou pelas palavras que pronunciou no Parlamento ou em uma das suas comissões.

A imunidade parlamentar material só protege o congressista nos atos, palavras, opiniões e votos proferidos no exercício do ofício congressual, sendo passíveis dessa tutela jurídico-constitucional apenas os comportamentos parlamentares cuja prática possa ser imputável ao exercício do mandato legislativo. A garantia da imunidade material estende-se ao desempenho das funções de representante do Poder Legislativo, qualquer que seja o âmbito dessa atuação - parlamentar ou extraparlamentar - desde que exercida *ratione muneris*.

Dessa forma, estão excluídas as manifestações que não guardem pertinência temática com o exercício do mandato parlamentar.

O Pretório Excelso tem acentuado que a prerrogativa constitucional da imunidade parlamentar em sentido material protege o parlamentar em todas as suas manifestações que guardem relação com o exercício do mandato, ainda que produzidas fora do recinto da própria Casa Legislativa, ou, com maior razão, quando exteriorizadas no âmbito do Congresso Nacional.

⁴³³ CF/46 - art. 44. Os Deputados e os Senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos; CF/88 - art. 53 - Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos.

Da mesma forma, o depoimento prestado por membro do Congresso Nacional a uma Comissão Parlamentar de Inquérito está protegido pela cláusula de inviolabilidade que tutela o legislador no desempenho do seu mandato, especialmente quando a narração dos fatos, ainda que veiculadora de supostas ofensas morais, guarda íntima conexão com o exercício do ofício legislativo e com a necessidade de esclarecer os episódios objeto da investigação parlamentar.

No tocante à extensão da imunidade material, serão beneficiados os parlamentares, nunca as pessoas que participam dos trabalhos legislativos, sem contudo exercerem mandato. Esta extensão, porém, é absoluta e perpétua, não podendo o parlamentar ser responsabilizado por seus votos, palavras e opiniões praticados no exercício do mandato, mesmo depois que tenha cessado o seu mandato.

Além disto, a imunidade material é de ordem pública, razão pela qual o congressista não pode renunciá-la, e cobre ainda a publicidade dos debates parlamentares, tornando irresponsável o jornalista que as tenha reproduzido, desde que se limite a reproduzir na íntegra ou em extrato fiel o que se passou no Congresso.

Necessário, neste sentido, trazer à colação a lição de Celso de Mello, para quem "o instituto da imunidade parlamentar 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 prerrogativa de ordem subjetiva deste. Trata-se de prerrogativa de caráter institucional inerente ao Poder Legislativo, que só é conferida ao parlamentar *ratione muneris*, em função do cargo e do mandato que exerce. É por essa razão que não se reconhece ao congressista, em tema de imunidade parlamentar, a faculdade de a ela renunciar. Trata-se de garantia institucional deferida ao Congresso Nacional. O congressista, isoladamente considerado, não tem, sobre a garantia da imunidade, qualquer poder de disposição"

C. Exercício do mandato parlamentar

A imunidade material exige relação entre as condutas praticadas pelo parlamentar e o exercício do mandato. Assim, haverá integral aplicabilidade desta inviolabilidade, desde que as palavras, votos e opiniões decorram do desempenho das funções parlamentares, e não necessariamente exige-se que sejam praticadas nas comissões ou no plenário do Congresso Nacional.

Ressalte-se, porém, ainda que as manifestações dos parlamentares forem feitas fora do exercício estrito do mandato, mas em consequência deste, estarão abrangidas pela imunidade material.

D. Pressupostos

Em síntese final, a imunidade material apresenta certos pressupostos, para que afaste a incidência de ilícito à conduta do parlamentar, isentando-o de responsabilidade penal, civil, administrativa e política, por suas palavras, votos e opiniões no exercício do mandato.

Primeiramente, refere-se somente a atos funcionais, ou seja, a atos praticados por parlamentares, por meio de opiniões, palavras ou votos, no exercício de suas funções e sobre matéria parlamentar. Além disso, a imunidade material possui eficácia temporal permanente ou absoluta, de caráter perpétuo, pois pressupondo a inexistência da infração

penal ou ilícito civil, mesmo após o fim de sua legislatura, o parlamentar não poderá ser investigado, incriminado ou responsabilizado.

2.7.6 Imunidade formal - definição histórica

Imunidade formal é o instituto que garante ao parlamentar a impossibilidade de ser ou permanecer preso ou, ainda, a possibilidade de sustação do andamento da ação penal por crimes praticados após a diplomação⁴³⁴.

Na vigência da Constituição Federal de 1967, com as alterações da EC n.º 1/69, poderia o parlamentar ser processado, mas, iniciada a ação penal, seu prosseguimento ficava na dependência da licença de seus pares. Raramente, porém, a licença era concedida, igualando-se as formas de imunidade parlamentar material com a formal. Em virtude disto, a EC n.º 22, de julho de 1982, alterou o conteúdo das chamadas imunidades parlamentares, determinando que desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os Membros do Congresso Nacional não poderiam ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, tendo sido extinta a licença da Casa respectiva como condição de prosseguibilidade da ação penal contra congressista, de maneira que, oferecida a denúncia ou a queixa, seu recebimento não estava mais condicionado a licença da Câmara ou do Senado para eventual continuação do procedimento criminal. O legislador reformador, tendo inovado em matéria de prerrogativas, determinou que nos crimes comuns, imputáveis a deputados e senadores, a Câmara respectiva, por maioria absoluta, poderia, a qualquer momento, por iniciativa da Mesa, sustar o processo. Salientava, na análise das alterações constitucionais, Damásio E. de Jesus, que "Sustar significa impedir de continuar, fazer parar, interromper, sobrestar (Aulete e Pedro Orlando). Não criou o legislador constitucional uma causa de extinção do processo, mas de sua suspensão (...) Assim, iniciado o procedimento criminal, poderá a Câmara ou o Senado impedir seu prosseguimento. Essa causa de sobrestamento da ação penal tem o mesmo efeito da antiga negativa de licença. A deliberação da Casa do Congresso impede que o processo tenha seguimento. Entretanto, cessada, por qualquer motivo, a investidura do mandato, como seu término ou eventual cassação, o parlamentar perde a prerrogativa processual, de modo que a ação penal, desde que ainda não alcançada a pretensão punitiva pela prescrição, pode prosseguir.

A causa de sobrestamento do processo está subordinada a duas condições: 1.ª) deliberação pela maioria absoluta do Senado ou da Câmara; 2.ª) iniciativa da Mesa".

Não seguindo a tendência anterior, a redação original do art. 53 da Constituição Federal de 1988 consagrou a dupla imunidade formal, uma em relação à possibilidade de prisão, outra em relação à instauração do processo.

A EC n.º 35/01, alterando a redação do art. 53 da Constituição Federal, manteve a imunidade formal em relação à prisão e alterou significativamente a imunidade formal processual.

Assim, os parlamentares, salvo nas hipóteses anteriormente estudadas de imunidade material, estão submetidos às mesmas leis que os outros indivíduos em face do princípio da igualdade, tendo de responder como estes por seus atos criminosos, mas, no interesse público, convém que eles não sejam afastados ou subtraídos de suas funções legiferantes por processos judiciais arbitrários ou vexatórios, emanados de adversário político, ou governo arbitrário.

⁴³⁴ Cf. nova redação do art. 53 dada pela EC n.º 35/01.

Conseqüentemente, esta prerrogativa protegerá os parlamentares contra a violência dos demais poderes constitucionais ou dos indivíduos em geral.

Analisaremos, primeiramente, a imunidade em relação à prisão, delimitando sua abrangência, para, posteriormente, estudarmos a possibilidade de sustação do andamento da ação penal por crime praticado por parlamentar após a diplomação.

2.7.7 Imunidade formal em relação à prisão

No tocante à freedom from arrest norte-americana e inglesa, a praxe, a jurisprudência e a doutrina alienígenas são pacíficas no sentido de ser ela impeditiva somente de prisão civil, não tutelando "as prisões em razão da prática de crimes ou, pelo menos, em relação aos crimes mais graves, nem tampouco quanto às prisões preventivas ou prisão sem julgamento, por determinação do governo por motivo de segurança, nos termos da lei de defesa do país, podendo-se concluir que a instituição da imunidade teve fundamentalmente o objetivo de impedir a prisão por dívidas, freqüentes antigamente no direito inglês".

Dessa forma, a imunidade formal inglesa transformou-se em "reliquia histórica", por ser um absurdo cultural-político para os ingleses "pensar-se na ocorrência de prisões por motivos odiosos de perseguição política, o que seria intolerável para o simples cidadão e, com maior razão, para qualquer representante com assento no Parlamento inglês".

Neste passo, a garantia pátria, consagrada constitucionalmente, difere de suas origens históricas, por sua maior abrangência, pois a imunidade formal abrange prisão penal e a civil, impedindo sua decretação e execução em relação ao parlamentar, que não pode sofrer nenhum ato de privação de liberdade, exceto o flagrante de crime inafiançável.

Assim, mesmo a prisão civil do parlamentar, nas hipóteses constitucionalmente permitidas do devedor de alimentos e do depositário infiel, para compeli-lo à restituição dos objetos ou à satisfação dos alimentos, não poderá ser decretada.

Em regra, portanto, o congressista não poderá sofrer qualquer tipo de prisão de natureza penal ou processual, seja provisória (prisão temporária, prisão em flagrante por crime afiançável, prisão preventiva, prisão por pronúncia, prisão por sentença condenatória recorrível), seja definitiva (prisão por sentença condenatória transitada em julgado), ou ainda, prisão de natureza civil.

Excepcionalmente, porém, o congressista poderá ser preso, no caso de flagrante por crime inafiançável. Nesta hipótese, a manutenção da prisão dependerá de autorização da Casa respectiva para formação de culpa, pelo voto ostensivo e nominal da maioria de seus membros (art. 53, § 2.º, CF).

A EC n.º 35/01 revogou corretamente a previsão existente na redação constitucional original que exigia "voto secreto" para deliberação sobre a prisão do parlamentar, pois a votação ostensiva e nominal no julgamento de condutas dos agentes políticos é a única forma condizente com os princípios da soberania popular e da publicidade consagrados, respectivamente, no parágrafo único do art. 1.º e no art. 37, caput, da Constituição Federal e consagradora da efetividade democrática. Assim, a partir da nova redação, a votação deverá ser ostensiva e nominal.

Ressalte-se, que, em relação à possibilidade de prisão do parlamentar em virtude de decisão judicial com trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal posiciona-se pela sua

admissibilidade, por entender que "a garantia jurídico-institucional da imunidade parlamentar formal não obsta, observado o due process of law, a execução de penas privativas de liberdade definitivamente impostas aos membros do Congresso Nacional".

Conforme exposto supra, não concordamos com essa possibilidade de prisão, uma vez que a Constituição Federal não restringe a garantia somente às prisões processuais, e excetua somente a hipótese de prisão em flagrante por crime inafiançável, e mesmo assim; submetendo-a a imediata apreciação da Casa Parlamentar. Deve ser lembrada, por fim, a finalidade dessa garantia do Poder Legislativo, qual seja, impedir que o parlamentar, enquanto no exercício de seu mandato, seja preso cautelar ou definitivamente - sem autorização de sua Casa respectiva, evitando-se perseguições políticas dos demais Poderes e a possibilidade desses imporem ausências de congressistas em deliberações e votações importantes.

Deve-se ainda ser ressaltado que o legislador constituinte limitou a possibilidade de prisão também do Presidente da República (CF, art. 86) e nessa hipótese, diferentemente dos parlamentares, é expressamente autorizada a prisão após a decisão de mérito do STF.

2.7.8 Imunidade formal em relação ao processo nos crimes praticados após a diplomação

A. Conceito, forma e abrangência

A EC n.º 35/01 inovou substancialmente em relação à possibilidade de responsabilização penal de parlamentares, restringindo a tradicional imunidade formal em relação ao processo.

Não há mais necessidade de autorização da respectiva Casa Legislativa (Câmara ou Senado Federal) para que possa ser iniciado processo criminal em face do congressista.

A imunidade processual parlamentar refere-se, a partir da EC n.º 35/01, à possibilidade da Casa Legislativa respectiva sustar, a qualquer momento antes da decisão final do Poder Judiciário, o andamento da ação penal proposta contra parlamentar por crimes praticados após a diplomação.

A persecução penal dos parlamentares, portanto, sofrerá tratamento diferenciado, dependendo do momento da prática do crime, da seguinte forma:

- crimes praticados antes da diplomação: não haverá incidência de qualquer imunidade formal em relação ao processo, podendo o parlamentar ser normalmente processado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto durar o mandato;
- crimes praticados após a diplomação: o parlamentar poderá ser processado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto durar o mandato, sem necessidade de qualquer autorização, porém, a pedido de partido político com representação na Casa Legislativa respectiva, esta poderá sustar o andamento da ação penal pelo voto ostensivo e nominal da maioria absoluta de seus membros. A suspensão da ação penal persistirá enquanto durar o mandato, e acarretará, igualmente, a suspensão da prescrição.

O termo inicial para incidência da presente imunidade formal, portanto, não está relacionado com a posse, mas sim com a diplomação, pois é nesse momento que se tem a presunção de ter sido validamente eleito o representante, e, então a Constituição o protege, vedando sua

prisão, como analisado anteriormente, e possibilitando a suspensão de ações penais propostas por crimes praticados após esse momento⁴³⁵.

A diplomação consiste, portanto, no início do vinculum iuris estabelecido entre os eleitores e os parlamentares, que equivale ao título de nomeação para o agente público e somente incidirá a imunidade formal em relação ao processo nos crimes praticados após sua ocorrência.

A garantia da imunidade parlamentar em sentido formal não impede a instauração e não possibilita a suspensão de inquérito policial contra congressista que está sujeito aos atos de investigação criminal promovidos pela Polícia Judiciária, desde que essas medidas pré-processuais de persecução penal sejam adotadas no âmbito de procedimento investigatório em curso perante órgão judiciário competente, qual seja, o próprio Pretório Excelso.

Assim, mesmo nos inquéritos policiais instaurados contra parlamentares, inexistirá o contraditório, pois a fase investigatória é preparatória da acusação, inexistindo, ainda, acusado, constituindo-se em mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do Ministério Público.

Dessa forma, a investigação policial não se processa, em função de sua própria natureza, sob o crivo do contraditório, eis que é somente em juízo que se torna plenamente exigível o dever de observância ao postulado da bilateralidade e da instrução criminal contraditória.

Portanto, não cabe o amplo contraditório em nome do direito de defesa no inquérito policial, que é apenas um levantamento de indícios que poderão instruir ou não denúncia formal que poderá ser recebida ou não pelo Juiz, tornando desnecessária a incidência da imunidade formal processual.

Terminadas as investigações, desde que as medidas pré-processuais de persecução penal tenham sido adotadas no âmbito de procedimento investigatório em curso perante o próprio Pretório Excelso, o relator abrirá vistas ao Procurador-Geral da República, nos casos de ação penal pública, para que ofereça denúncia, se caso for, em quinze dias, ou se o indiciado estiver preso, em cinco dias. No caso de tratar-se de ação penal de iniciativa privada, o relator determinará seja aguardada a iniciativa do ofendido, ou de quem por lei esteja autorizado a oferecer a queixa.

Após o oferecimento da denúncia ou queixa-crime, o relator não mais deverá solicitar licença da Casa respectiva para iniciar o processo, podendo prosseguir na persecução penal, nos termos da Lei n.º 8.038/90.

A imunidade formal processual, alterada pela EC n.º 35/01, portanto, não impede o oferecimento da denúncia e seu recebimento pelo Supremo Tribunal Federal.

O procedimento para eventual aplicação da imunidade formal processual, todavia, iniciar-se-á com o recebimento da denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal, que deverá dar ciência à Casa Legislativa respectiva, para análise de eventual sustação do andamento da ação penal.

⁴³⁵ Cf. em relação ao momento inicial de incidência da imunidade parlamentar formal (diplomação): STF - Inquérito n.º 1.504/DF - Rel. Min. Celso de Mello (Informativo STF n.º 153). Apesar do julgado referir-se ao texto anterior à EC n.º 35/01, o prazo inicial continua o mesmo para a análise da incidência ou não da imunidade.

A sustação do andamento da ação penal pela Casa Legislativa respectiva dependerá dos seguintes requisitos:

- momento da prática do crime: independentemente da natureza da infração penal, somente haverá incidência da imunidade formal em relação ao processo quando tiver sido praticada pelos congressistas após a diplomação;
- termos para sustação do processo criminal: somente poderá ser iniciado o procedimento pela Casa Legislativa respectiva, se houver ação penal em andamento, ou seja, após o recebimento da denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal; persistindo essa possibilidade até decisão final ou até o término do mandato, quando, então, cessarão todas as imunidades;
- provocação de partido político com representação da própria Casa Legislativa: importante ressaltar que não será a ciência do STF à Casa Legislativa respectiva, informando do início de ação penal contra parlamentar por crime praticado após a diplomação, que iniciará o procedimento para análise da sustação do processo criminal. Haverá necessidade de provocação de partido político com representação da Casa respectiva. A Casa Parlamentar não poderá, portanto, agir de ofício ou mesmo por provocação de qualquer de seus membros. A EC n.º 35/01 somente concedeu legitimidade aos partidos políticos para a deflagração desse procedimento, por seus órgãos dirigentes, nos termos de seus próprios estatutos;
- prazo para análise do pedido de sustação: a Casa Legislativa terá 45 (quarenta e cinco) dias do recebimento do pedido de sustação pela Mesa Diretora, para votar o assunto, sendo improrrogável esse prazo;
- quórum qualificado para a sustação do processo: o § 3.º, do art. 53, exige “voto da maioria de seus membros”, ou seja, para que a Casa Legislativa suspenda o andamento da ação penal contra parlamentar por crime praticado após a diplomação; deverá obter a maioria absoluta dos votos, que deverão ser ostensivos e nominais.

A nova disciplina da imunidade formal, em face de sua natureza processual, tem aplicação imediata, permitindo ao Supremo Tribunal Federal o início da ação penal em relação a todas as infrações penais praticadas por parlamentares, inclusive em relação àquelas em que a licença - até então exigida - tivesse sido negada⁴³⁶.

No tocante à abrangência da imunidade formal, independem de licença quaisquer processos ou medidas de natureza cível, administrativa ou disciplinar, ou mesmo procedimentos criminais em relação a infrações penais praticadas antes da diplomação.

Igualmente, a imunidade formal processual não produzirá nenhum efeito em relação ao prosseguimento de processo criminal, nas hipóteses em que, ao tempo de sua investidura, o parlamentar já estivesse sendo processado, em qualquer juízo ou Tribunal. Nessa hipótese,

⁴³⁶ Nesse sentido: STF - "Da natureza meramente processual do instituto, resulta que a abolição pela EC 35/01 de tal condicionamento da instauração ou do curso do processo é de aplicabilidade imediata, independentemente da indagação sobre a eficácia temporal das emendas à Constituição: em consequência, desde a publicação da EC 35/01, tornou-se prejudicado o pedido de licença pendente de apreciação pela Câmara competente ou sem efeito a sua denegação, se já deliberada, devendo prosseguir o feito do ponto em que paralisado. 3. Da remoção do empecilho à instauração ou à seqüência do processo contra o membro do Congresso Nacional, decorre retomar o seu curso, desde a publicação da EC 35/01, a prescrição anteriormente suspensa" (STF - Pleno - INQO n.º 1566 -1/AC - Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 22 mar. 2002, p. 32). No mesmo sentido: STF - Pleno - IQ n.º 1.517-2/GO - Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, 8 abr. 2002, p. 4.

a competência alterar-se-á para o Supremo Tribunal Federal que prosseguirá normalmente com o processo penal.

Importante observar que a imunidade formal possui extensão temporal, ou seja, tem eficácia temporal limitada, protegendo os parlamentares somente durante o exercício atual e efetivo do mandato.

Historicamente, a Carta Imperial de 1824 determinava em seu art. 27 a imunidade do deputado ou do senador durante sua deputação, ou seja, desde sua eleição e pelo tempo que perdurasse o mandato.

Como termo ad quem, a CF de 1891 determinou o da nova eleição; a de 1934, a diplomação de novos eleitos; a de 1946, a inauguração da legislatura seguinte, o que foi repetido pelo texto de 1967.

A Carta Magna atual fixou como termo a quo da imunidade processual a expedição do diploma, que comprova a eleição, não fixando, porém, termo ad quem. Contudo, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que os ex-congressistas, por não mais exercerem seus mandatos e, conseqüentemente, inexistirem os fundamentos de validade das imunidades, delas estão excluídos, concluindo-se que seu termo final será o início da próxima legislatura.

B. Natureza da deliberação da Casa Legislativa

Existem dois posicionamentos sobre a natureza da deliberação do pedido de sustação à Casa Legislativa respectiva, para processar-se um parlamentar. Ambas partem da mesma premissa, qual seja, o parlamentar em regra não deve ser privado de suas funções no curso da sessão, devendo-se, portanto, evitar eventual sentença condenatória decorrente de um processo criminal. Com base na premissa inicial, diferenciam-se as posições em face da natureza do juízo de valor a ser realizado pelo Legislativo.

A primeira posição entende que o Parlamento deve atuar como verdadeiro tribunal jurídico, negando a sustação, desde que inexista motivo grave para suspender o andamento da ação penal e se verifique a existência da comprovação da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria.

A segunda posição interpreta a Constituição de forma a inverter as prioridades, dando maior ênfase à liberdade e à autonomia do Parlamento. A regra, portanto, será de que, mesmo que, existam provas da materialidade e indícios suficientes de autoria, a Casa Legislativa deverá suspender o andamento do processo criminal, pois o parlamentar encontra-se sempre envolvido em questões problemáticas, ora com o Executivo, ora com o próprio Judiciário. Excepcionalmente, porém, desde que existam motivos extremamente graves que justifiquem tal medida, deverá ser negada a sustação da ação penal. Atuando dessa forma, acredita-se que a independência do Poder Legislativo estará sendo preservada, garantindo-se a plena harmonia entre os Poderes de Estado.

A decisão legislativa para a sustação ou não do andamento da ação penal deverá ser sempre do Plenário da Casa, não podendo ser delegada à Mesa Diretora ou a qualquer de suas comissões⁴³⁷, não estando, pois, submetida a regras rígidas e pré-constituídas, pois os

⁴³⁷ Cf. a respeito: STF - Pleno - HC n.º 72.718/MG - Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 24-4-1996. Apesar do julgado referir-se à redação anterior à EC n.º 35/01, e da atual desnecessidade de licença, entendemos que esse precedente deve ser aplicado integralmente em relação à obrigatoriedade do Plenário da Casa Legislativa respectiva analisar o pedido de sustação da ação penal, sendo-lhe vedado delegar a uma de suas comissões.

critérios não são jurídico-normativos, mas movidos por motivos políticos de conveniência e oportunidade.

C. Sustação do andamento da ação penal e concurso de agentes

Na hipótese de ocorrer a sustação do andamento da ação penal em relação ao parlamentar e existindo concurso de agentes com não parlamentar, o processo deverá ser separado, enviando-se os autos à Justiça comum, para que prossiga no processo e julgamento do co-agente não parlamentar; enquanto a prescrição estará suspensa para o parlamentar.

Observa-se que, na hipótese de concurso de agentes, na vigência da redação anterior do art. 53 - que exigia prévia licença da Casa respectiva para o processo contra parlamentar-, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pacificou-se no sentido de autorizar a separação do processo penal condenatório, com fulcro no art. 80 do Código de Processo Penal, sempre que, havendo diversos denunciados, e sendo um deles parlamentar, a Casa Legislativa a que este pertence deixar de conceder autorização ou abster-se de qualquer deliberação sobre o pedido de licença.

D. Sustação do processo e suspensão da prescrição

Nas infrações penais praticadas por parlamentares após a diplomação, havendo possibilidade de sustação da ação penal perante o Supremo Tribunal, o texto constitucional, com a finalidade de evitar impunidade, determina que a prescrição ficará suspensa enquanto durar o mandato.

Dessa forma, o termo inicial para a suspensão da prescrição coincide com o momento em que a Casa Legislativa susta o andamento da ação penal; e o termo final para essa suspensão será o término do mandato.

O texto constitucional anterior a EC n.º 35/01 não previa prazo para deliberação sobre a então necessária licença para processar criminalmente os congressistas, podendo a Casa Legislativa negá-la ou concedê-la imediatamente, ou, ainda, protelar a discussão indefinidamente. Previa, porém, que o indeferimento do pedido de licença ou a ausência de deliberação suspendesse a prescrição, enquanto durar o mandato. Assim, negada a licença pela Casa Legislativa respectiva, ou, ainda, tendo ela omitido-se de deliberar sobre o pedido, seja por discricionariedade política, seja por entender que as provas apresentadas eram insuficientes para embasar uma ação penal contra o congressista, o Supremo Tribunal Federal não poderia receber a denúncia ou queixa-crime e, conseqüentemente, a prescrição seria suspensa, enquanto durasse o mandato.

O termo inicial da suspensão da prescrição dava-se com o primeiro momento que acarretasse empecilho ao exercício da jurisdição, que se manifestava desde quando se fizesse necessário paralisar o procedimento e aguardar a deliberação do Parlamento. Conseqüentemente, o termo inicial da suspensão da prescrição era o momento em que, reconhecendo-a necessária, o Relator determinasse a solicitação da licença com o conseqüente sobrestamento do feito.

A alteração no texto constitucional extinguiu essa hipótese de suspensão da prescrição, tendo a promulgação da EC n.º 35/01 encerrado o prazo de suspensão da prescrição de todos os procedimentos que aguardavam deliberação da Casa Legislativa respectiva, ou mesmo, daqueles onde houvesse sido negada a autorização para o processo.

Nova suspensão da prescrição, conseqüentemente, somente ocorrerá se - em relação às infrações penais praticadas após a diplomação - a Casa Legislativa respectiva sustar o andamento da ação penal, como anteriormente analisado.

2.7.9 Prerrogativa de foro em razão da função

Conforme já amplamente analisado, os congressistas somente poderão ser processados e julgados, nas infrações penais comuns, pelo Supremo Tribunal Federal.

A abrangência desta prerrogativa constitucional de foro dos membros do Congresso Nacional relaciona-se com a locução "crimes comuns" prevista no art. 53, § 4.º e art. 102, inciso I, b, ambos da Constituição Federal, cuja definição o Supremo Tribunal Federal já determinou abranger todas as modalidades de infrações penais, estendendo-se aos delitos eleitorais, alcançando, até mesmo, os crimes contra a vida e as próprias contravenções penais. É a mesma posição pacificamente adotada pelo Tribunal Superior Eleitoral, em relação ao cometimento de crimes eleitorais pelos parlamentares.

A definição de competência em relação à prerrogativa de foro em razão da função rege-se pela regra da atualidade do mandato.

A. Atualidade do mandato

Tratando-se de crime comum praticado pelo parlamentar na vigência do mandato, seja ou não relacionado com o exercício das funções congressuais, enquanto durar o mandato, a competência será do Supremo Tribunal Federal.

Porém, encerrado o exercício do mandato e, conseqüentemente, cessada a prerrogativa de foro do parlamentar, não mais subsistirá a competência do Supremo Tribunal Federal para o processo e julgamento, uma vez que o próprio Tribunal, por unanimidade, cancelou a Súmula n.º 394⁴³⁸ por entender que "o art. 102, I, b, da CF - que estabelece a competência do STF para processar e julgar originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República - não alcança aquelas pessoas que não mais exerçam mandato ou cargo". Dessa forma, não mais ocorrerá a perpetuação da competência do Supremo Tribunal Federal para o processo e julgamento dos crimes comuns praticados pelas autoridades previstas no art. 102, I, b e c, dentre eles os parlamentares federais, quando cessarem seus mandatos. Deixa, portanto, de ter aplicação a regra da contemporaneidade do crime comum com o exercício do mandato, e, conseqüentemente, devendo os autos serem remetidos à Justiça de 1.º grau⁴³⁹.

Importante ressaltar que o STF, por unanimidade, decidiu pela plena validade de todos os atos praticados e decisões proferidas com base na Súmula 394, ou seja, os efeitos da revogação da Súmula n.º 394 do STF foram ex nunc, não retroativos.

Igualmente, haverá a aplicação da regra da atualidade do mandato em havendo a eleição do investigado/réu durante o inquérito policial/ação penal, com sua respectiva diplomação. O

⁴³⁸ Súmula n.º 394 do STF - cancelada - "Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício."

⁴³⁹ A Lei n.º 10.628, de 24 de dezembro de 2002, alterando a redação do art. 84 do Código de Processo Penal, restabeleceu legislativamente a regra da contemporaneidade fato/mandato, antigamente prevista na Súmula 394 do STF, hoje cancelada. Em seu § 1.º o citado art. 84 estabelece que a competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública. Essa redação fere a interpretação dada pelo STF ao art. 102, I, b, da CF e, conseqüentemente, deverá ser declarada inconstitucional.

caso será imediatamente remetido ao Supremo Tribunal Federal, que prosseguirá com o feito.

Assim, a competência do Supremo Tribunal Federal para o processo e julgamento de crimes praticados por parlamentares somente persistirá enquanto o mandato não se encerrar. Com o término do mandato, os autos deverão ser remetidos ao juízo comum, sendo válidos todos os atos praticados até esse momento.

Em relação às regras de competência para processo e julgamento das autoridades com foro privilegiado perante o Supremo Tribunal Federal, conferir nesse mesmo Capítulo 10, o item 4.7.1 (A.1 - Competência originária geral do Supremo Tribunal Federal).

B. Validade dos atos processuais praticados pelo Juízo Natural, antes da investidura do réu no cargo que detém foro privilegiado

O Supremo Tribunal Federal, revendo sua posição anterior, decidiu por votação unânime que a validade dos atos antecedentes à alteração da competência inicial, por força da intercorrente diplomação do réu, há de ser aferida segundo o estado de coisas anterior ao fato determinante do seu deslocamento, aplicando-se o princípio *tempus regit actum*, do qual resulta, a validade dos atos antecedentes à alteração da competência inicial.

2.7.10 Vencimentos dos parlamentares

É de competência exclusiva do Congresso Nacional fixar subsídio para deputados federais e senadores, presentes os seguintes requisitos (Cf, art. 49, VII, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19/98)⁴⁴⁰:

- subsídios idênticos para deputados federais e senadores;
- a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal;
- o membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI;
- vedação à previsão de tratamento privilegiado em relação aos demais contribuintes (CF, art. 150, II);
- vedação à exclusão da incidência de imposto de renda e proventos de qualquer natureza (CF, art. 153, III);
- respeito aos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade (CF, art. 153, § 2.º, I).

⁴⁴⁰ A redação originária do art. 49, VI, da Constituição Federal previa competir exclusivamente ao Congresso Nacional fixar idêntica remuneração para os deputados federais e senadores, em cada legislatura, para a subsequente, observado o que dispõem os arts. 150, II, 153, III e 153, § 2.º, I. Conferir: MORAES, Alexandre. Reforma administrativa - EC 19/98. São Paulo: Atlas, 1998.

2.7.11 Deputados Federais/Senadores da República e Forças Armadas

A incorporação às Forças Armadas de deputados e senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva (CF, art. 53, § 7.º), caracterizando-se como uma imunidade, uma vez que o parlamentar fica imune a uma obrigação imposta pela Constituição Federal (CF, art. 143).

2.7.12 Parlamentar e obrigação de testemunhar

Os deputados e senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações (CF, art. 53, § 6.º). Trata-se de escolha discricionária do parlamentar e não abrange o dever de testemunhar quando convocado na qualidade de cidadão comum, sobre fatos não abrangidos pela norma constitucional e necessários à instrução penal ou civil.

2.7.13 Irrenunciabilidade das imunidades

As prerrogativas parlamentares protegem exclusivamente um bem público, a instituição, e como tais, não são suscetíveis de renúncia. Assim, os congressistas são beneficiários das prerrogativas, porém não podem renunciar às mesmas, que visam o funcionamento livre e independente do próprio Poder Legislativo.

Em defesa das imunidades parlamentares como garantias do Parlamento e da própria Sociedade, Ruy Barbosa afirmava que "tanto não são do Senador, ou do Deputado, as imunidades, que dellas não é lícito abrir mão. Da representação poderá despir-se, demittindo-se do seu logar no Congresso. Mas, enquanto o ocupar, a garantia da sua liberdade adherirá inseparavelmente ao representante, como a sombra ao corpo, como a epiderme ao tecido cellular".

2.7.14 Imunidades e Parlamentar licenciado para exercício de cargo executivo (Ministro de Estado, Secretário de Estado)

Questão importante sobre imunidades parlamentares refere-se ao fato de o parlamentar que se licencia do exercício de seu mandato, para exercer cargo no executivo, permanecer ou não no gozo das mesmas.

Deve-se ter em conta, para a análise da questão, a finalidade constitucional das imunidades parlamentares, historicamente vinculadas à proteção do Poder Legislativo e ao exercício independente do mandato representativo.

Dessa forma, os parlamentares estão submetidos às mesmas leis que todos os cidadãos, responsabilizando-se por suas condutas delituosas. Porém, como já analisado no capítulo inicial, no interesse público, convém que eles não sejam afastados, importunados ou mesmo subtraídos de suas funções por processos judiciais arbitrários ou vexatórios, emanados seja de um adversário político, seja de um governo desejoso de desembaraçar-se de um opositor perigoso, devendo as imunidades formais protegê-los contra os procesos judiciais, mal fundados ou intempestivos, que somente seriam inspirados por sentimentos de perseguição política.

Afastando-se, voluntariamente, do exercício do mandato, para ocupar cargo no Poder Executivo, o parlamentar não leva a prerrogativa conferida ao Poder Legislativo e, por via reflexa, a seus membros, no desempenho das funções específicas. Nem seria possível

entender que, na condição de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, continuasse inviolável, por suas opiniões, palavras e votos, ou com a isenção de permanecer preso, sem autorização de sua Câmara ou poder ter sobrestada sua ação penal, de modo diverso, assim do que sucede com os altos dignatários do Poder Executivo, que veio integrar, deixando de exercer a função legislativa.

Desta forma, harmonizando-se com a determinação constitucional que veda o exercício simultâneo de funções em Poderes de Estado diversos, o parlamentar que se licenciar para o exercício de outro cargo fora do Parlamento, apesar de não perder o mandato, perderá as imunidades parlamentares, tendo inclusive o Supremo Tribunal Federal, expressamente, cancelado na forma do art. 102 de seu regimento interno, a Súmula 4, que entendia de forma diversa⁴⁴¹.

2.7.15 Incompatibilidades

A Constituição Federal ainda prevê, como forma de garantia da independência do Poder Legislativo, algumas vedações aos parlamentares, conhecidas como incompatibilidades. Assim, os deputados e senadores não poderão:

I - desde a expedição do diploma:

- a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;
- b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis ad nutum, nas entidades constantes na alínea anterior.

II - desde a posse:

- a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;
- b) ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis ad nutum, nas entidades referidas no inciso I, a;
- c) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o inciso I, a;
- d) ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo.

2.7.16 Perda do mandato

O art. 55 da Constituição Federal estabelece as hipóteses em que, excepcionalmente, os parlamentares perderão o mandato, antes do término da legislatura:

- infringência de qualquer das incompatibilidades previstas no art. 54 da Constituição (ver item anterior);
- procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar: O próprio § 1.º, do art. 55, define ser incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional

⁴⁴¹ STF, inquérito n.º 105/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira; RTJ 99/487-491; no mesmo sentido o Inquérito n.º 104-0 - RS, Diário da Justiça, 8 set. 1981, p. 8.605, onde se decidiu que "O deputado que exerce a função de Ministro de Estado não perde o mandato, porém não pode invocar a prerrogativa da imunidade, material e processual, pelo cometimento de crime no exercício da nova função". Cancelando-se expressamente, na forma do art. 102, do RiSTF, a Súmula 04.

ou a percepção de vantagens indevidas. Apesar do grande subjetivismo, o termo decoro parlamentar deve ser entendido como o conjunto de regras legais e morais que devem reger a conduta dos parlamentares, no sentido de dignificação da nobre atividade legislativa. Nessa hipótese, por tratar-se de ato disciplinar de competência privativa da Casa Legislativa respectiva, não competirá ao Poder Judiciário decidir sobre a tipicidade da conduta do parlamentar nas previsões regimentais caracterizadoras da falta de decoro parlamentar ou mesmo sobre o acerto da decisão, pois tal atitude consistiria em indevida ingerência em competência exclusiva de órgão do Poder Legislativo, atribuída diretamente pela Constituição Federal (CF, art. 55, §§ 1.º e 2.º), sem previsão de qualquer recurso de mérito.

- falta de comparecimento, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões - ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;
- perda ou suspensão dos direitos políticos;
- decretação pela Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta constituição;
- condenação criminal em sentença transitada em julgado.

Nos casos de infringência das incompatibilidades, falta de decoro parlamentar e condenação criminal em sentença transitada em julgado, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

Nesses casos, o Poder Judiciário somente poderá analisar a legalidade da medida, pois as medidas políticas sujeitas à discricção de um dos poderes são incensuráveis, salvo quando tomadas com desrespeito à constituição ou às leis.

Importante observar a lição de Pedro Henrique Távora Niess, de que "os deputados e senadores que, com prévia licença de sua Casa, forem processados e condenados por sentença criminal imutável, não perderão, de imediato, o mandato de que estiverem investidos: sujeitar-se-ão à decisão da Câmara ou do Senado", conforme analisado no Capítulo 7, item 9.2.2-A.

Nos casos de ausência à terça parte das sessões ordinárias da respectiva Casa ou privação dos direitos políticos, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada a ampla defesa.

Observe-se que, a partir da Emenda Constitucional de Revisão n.º 6, de 7-6-1994, a renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos do art. 75, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais da Casa respectiva.

Essa norma concedeu status constitucional ao previsto no Decreto Legislativo n.º 16, de 24-3-1994, ao prever que a renúncia de parlamentar sujeito à investigação por qualquer órgão do Poder Legislativo, ou que tenha contra si procedimento já instaurado ou protocolado junto à Mesa da respectiva Casa, para apuração das faltas a que se referem os incisos I e II do art. 55 da Constituição Federal, fica sujeito à condição suspensiva, só produzindo efeitos se a decisão final não concluir pela perda do mandato parlamentar. Concluindo que, sendo a decisão final pela perda do mandato parlamentar, a declaração de renúncia será arquivada.

Já o art. 56 da Constituição Federal determina que não perderá o mandato o Deputado ou Senador:

- investido no cargo de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de Capital ou chefe de missão diplomática temporária, podendo optar pela remuneração do mandato;
- licenciado pela respectiva Casa por motivo de doença, ou para tratar, sem remuneração, de interesse particular, desde que, neste caso, o afastamento não ultrapasse a cento e vinte dias por sessão legislativa.

Anote-se que sendo necessário, em virtude da existência de vagas nas Casas Legislativas, nas hipóteses ou de investidura do parlamentar em funções de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de Capital ou chefe de missão diplomática temporária, ou ainda, de licença superior a cento e vinte dias, o suplente será convocado e assumirá o mandato.

O suplente exercerá as funções legislativas até que a hipótese de vacância cesse ou até o término do mandato. Se, porém, não houver suplentes suficientes a Constituição Federal prevê duas soluções, dependendo do prazo para o término do mandato. Se faltarem mais de quinze meses haverá nova eleição para o preenchimento da vaga faltante. Por outro lado, se faltarem menos de quinze meses, a vaga não será preenchida.

2.7.17 Conclusão

Uma das questões mais apaixonantes e importantes da história da democracia resume-se em uma pergunta: Qual o melhor governo, o das leis ou dos homens?

Defendendo o primado da lei, Platão afirmou: "Chamei aqui de servidores das leis aqueles que ordinariamente são chamados de governantes, não por amor a novas denominações, mas porque sustento que desta qualidade dependa sobretudo a salvação ou a ruína da cidade. De fato, onde a lei está submetida aos governantes e privada de autoridade, vejo pronta a ruína da cidade; onde, ao contrário, a lei é senhora dos governantes e os governantes seus escravos, vejo a salvação da cidade e a acumulação nela de todos os bens que os deuses costumam dar às cidades."

A defesa da legalidade também foi realizada por Aristóteles: "É mais útil ser governado pelo melhor dos homens ou pelas leis melhores? Os que apóiam o poder régio asseveram que as leis apenas podem fornecer prescrições gerais e não provêm aos casos que pouco a pouco se apresentam, assim como em qualquer arte seria ingênuo regular-se conforme normas escritas Todavia, aos governantes é necessária também a lei que fornece prescrições universais, pois melhor é o elemento que não pode estar submetido a paixões que o elemento em que as paixões são conaturais. Ora, a lei não tem paixões, que ao contrário se encontram necessariamente em cada alma humana."

Assim, a supremacia da legalidade sobre o governo de homens traz no dizer de Norberto Bobbio "duas coisas diversas embora coligadas: além do governo sub lege, que é o considerado até aqui, também o governo per leges, isto é, mediante leis, ou melhor, através da emanção (se não exclusiva, ao menos predominante) de normas gerais e abstratas. Uma coisa é o governo exercer o poder segundo leis preestabelecidas, outra coisa é exercê-lo mediante leis, isto é, não mediante ordens individuais e concretas. As duas exigências não se superpõem: num estado de direito o juiz, quando emite uma sentença que é uma ordem

individual e concreta, exerce o poder sub lege mas não per leges; ao contrário, o primeiro legislador, o legislador constituinte, exerce o poder não sub lege (salvo ao pressupor, como faz Kelsen, uma norma fundamental), mas per leges no momento mesmo em que emana uma constituição escrita. Na formação do estado moderno a doutrina do constitucionalismo, na qual se resume toda forma de governo sub lege, procede no mesmo passo que a doutrina do primado da lei como fonte de direito, entendida a lei, por um lado, como expressão máxima da vontade do soberano (seja ele o príncipe ou o povo), em oposição ao consuetudo; por outro lado, como norma geral e abstrata, em oposição às ordens dadas uma por vez.

Que sejam considerados os três maiores filósofos cujas teorias acompanham a formação do estado moderno, Hobbes, Rousseau e Hegel: pode-se duvidar que eles devam ser incluídos entre os fatores do governo da lei, mas certamente todos os três são defensores do primado da lei como fonte do direito, como instrumento principal de dominação e enquanto tal prerrogativa máxima do poder soberano”.

Ora, sendo a lei "fonte do direito", "instrumento principal de dominação" e "prerrogativa máxima do poder soberano", indiscutível a necessidade de se prever a existência de um órgão estatal para sua realização. Órgão este independente e autônomo, a fim de realizar seu mister sem ingerências indevidas de outros órgãos estatais. Para tanto, consagrou-se a separação das funções do Estado mediante critérios funcionais.

A divisão segundo o critério funcional é a célebre "separação de poderes", que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam: legislação, administração e jurisdição.

Estas três funções devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade.

Essa classificação foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na já citada obra Política, onde eram repartidas as funções do Estado em deliberante (consistente na tomada das decisões fundamentais), executiva (consistente na aplicação pelos magistrados dessas decisões) e judiciária (consistente em fazer justiça).

Posteriormente, esta teoria foi detalhada por John Locke, no Segundo tratado do governo civil, que também reconheceu três funções distintas: a legislativa (consistente em decidir como a força pública há de ser empregada), a executiva (consistente em aplicar essa força no plano interno, para assegurar a ordem e o direito) e a federativa (consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças).

A grande repercussão da teoria esboçada por Aristóteles e detalhada por Locke, porém, deu-se com a obra de Montesquieu, O espírito das Leis, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas entre Executivo, Legislativo e Judiciário.

A separação dos poderes tomou-se princípio fundamental da organização política liberal, transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Cabendo, portanto, ao Poder Legislativo a função legiferante, necessário se torna a previsão de diversas garantias para o bom e livre funcionamento do parlamento e fiel execução das tarefas por parte dos legisladores.

Rousseau afirmava que "o legislador é, sob todos os pontos de vista, um homem extraordinário no Estado. Se o é pelo seu talento, não o é menos pelo seu cargo. Não é este

de magistratura, nem de soberania. Este cargo, que constitui a República, não entra em sua constituição: é uma função particular e superior, que nada tem de comum com o império humano, porque se aquele que manda nos homens não deve dominar sobre as leis, aquele que domina as leis, tampouco deve mandar nos homens. Do contrário, com as leis do tirano, ministro de suas paixões, não farão, muitas vezes, senão perpetuar suas injustiças e nunca poderão evitar que opiniões particulares alterem o saneamento de sua obra".

Para o exercício de tão importante função, os diversos ordenamentos jurídicos consagram regras sobre imunidades parlamentares, ora menos abrangentes, ora mais abrangentes, mas sempre visando de forma imediata à defesa do parlamento e mediatamente a manutenção do primado da legalidade e da própria existência e sobrevivência da democracia.

3 PODER EXECUTIVO

O Poder Executivo constitui órgão constitucional cuja função precípua é a prática dos atos de chefia de estado, de governo e de administração.

A Chefia do Poder Executivo foi confiada pela Constituição Federal ao Presidente da República, a quem compete seu exercício, auxiliado pelos Ministros de Estado, compreendendo, ainda, o braço civil da administração (burocracia) e o militar (Forças Armadas), consagrado mais uma vez o presidencialismo, concentrando na figura de uma única pessoa a chefia dos negócios do Estado e do Governo.

Apesar de a clássica separação dos Poderes ter sido adotada pelo constituinte de 1988, no art. 2.º, ao afirmar que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, foram consagradas pela Constituição Federal, como já visto anteriormente, em relação a todos os Poderes de Estado, funções típicas e atípicas, inexistindo, pois, exclusividade absoluta, no exercício dos misteres constitucionais.

O Executivo, portanto, além de administrar a coisa pública (função típica), de onde deriva o nome república (res publica), também legisla (art. 62 - Medidas Provisórias) e julga (contencioso administrativo), no exercício de suas funções atípicas.

Aponte-se que Montesquieu concebeu o Poder Executivo como definidor e realizador constante da política de ordem interna e das relações exteriores.

Com tão amplas atribuições, que repetiram regra clássica do constitucionalismo brasileiro de concentração de poder pessoal do Presidente, houve necessidade do legislador constituinte em garantir a imparcial e livre atuação, balizada por óbvio, pelos princípios constitucionais e pela legalidade, do Chefe do Poder Executivo, a fim de manter-se a independência e harmonia dos Poderes da República, fixando-se prerrogativas e imunidades para o Presidente da República.

Assim, igualmente aos congressistas, o Chefe do Poder Executivo Federal é eleito pelo povo e possui várias prerrogativas e imunidades que, apesar de comumente estudadas sob outros aspectos, são garantias para o independente e imparcial exercício da chefia da Nação.

3.1 Estrutura do Poder Executivo

3.1.1 Chefe de Estado e Chefe de Governo

Na estrutura do Poder Executivo verifica-se a existência de duas funções primordiais diversas, quais sejam, a de Chefe de Estado e de Chefe de Governo.

Nosso texto constitucional, expressamente adotou o presidencialismo, proclamando a junção das funções de Chefe de Estado e Chefe de Governo, a serem realizadas pelo Presidente da República, prevendo-as no art. 84 da Constituição Federal.

Assim, como chefe de Estado, o presidente representa pois nas suas relações internacionais (art. 84, VII e VIII, XIX), bem como corporifica a unidade interna do Estado.

Como chefe de Governo, a função presidencial corresponde à representação interna, na gerência dos negócios internos, tanto os de natureza política (participação no processo legislativo), como nos de natureza eminentemente administrativa (art. 84, I, II, III, IV, V, VI, IX a XXVII). Assim, o Chefe de Governo exercerá a liderança da política nacional, pela orientação das decisões gerais e pela direção da máquina administrativa.

A acumulação destas funções revela que o legislador constituinte adotou o sistema presidencialista de governo, que difere do parlamentarista. Neste, a função de chefe de Estado é exercida pelo Presidente ou Monarca e a de chefe de Governo, pelo Primeiro Ministro que chefia o gabinete.

3.1.2 Modo de investidura e posse no cargo de Presidente da República

O presidente e vice-presidente da República são eleitos pelo sistema eleitoral majoritário, que consiste naquele em que será considerado vencedor o candidato que obtiver maior número de votos, tendo, historicamente, firmado-se, como salienta Dieter Nohlen, como método de escolha dos representantes, tanto na Grécia quanto na República Romana, por constituir à época reflexo da igualdade democrática, somente passando a sofrer comparações com o sistema proporcional a partir do final do século XIX. Trata-se, pois, do sistema eleitoral mais antigo utilizado historicamente.

O sistema majoritário, em regra, divide-se em duas espécies básicas: sistema majoritário puro ou simples e sistema majoritário de dois turnos.

Pelo primeiro - sistema majoritário puro ou simples -, será considerado eleito o candidato que obtiver o maior número de votos. Por exemplo, a Constituição brasileira de 1988 prevê esse sistema para a eleição de Senadores da República (CF, art. 46) e também para a eleição de prefeitos municipais em Municípios com menos de 200 mil eleitores (CF, art. 29, II).

Diferentemente, pelo sistema majoritário de dois turnos será considerado eleito o candidato que obtiver a maioria absoluta dos votos válidos. Caso não obtenha na primeira votação, deverá ser realizado novo escrutínio.

Esse método é adotado no Brasil para as eleições de Presidente da República, Governadores dos Estados e Distrito Federal e Prefeitos de Municípios, com mais de 200 mil eleitores (CF, art. 77).

O Presidente da República é eleito simultaneamente com um Vice-presidente, através do sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, em pleito realizado no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao término do mandato presidencial vigente, conforme redação dada pela Emenda Constitucional n.º 16, de 4-6-1997, que, igualmente, passou a adotar a possibilidade de reeleição do Chefe do Poder Executivo para um único período

subseqüente (CF, art. 14, § 5.º)⁴⁴².

O modo de eleição e a duração do mandato, bem como os requisitos de elegibilidade para a presidência, aplicam-se à vice-presidência, uma vez que o vice depende da eleição do titular, de quem foi inscrito candidato à suplência.

Excepcionalmente, o Ato das Disposições Constitucionais transitórias determinou, em seu art. 4.º, § 1.º, que a primeira eleição para Presidente da República após a promulgação da constituição fosse realizada no dia 15-11-1989, não se lhe aplicando o disposto no art. 16 da Carta Magna⁴⁴³.

A Constituição Federal exige alguns requisitos para a candidatura ao cargo de Presidente e Vice-presidente da República:

- a. ser brasileiro nato (art. 12, § 3.º);
- b. estar no gozo dos direitos políticos;
- c. ter mais de 35 anos;
- d. não ser inelegível (inalistáveis, analfabetos, reeleição, cônjuge, parentes consangüíneos e afins até o segundo grau ou por adoção do Presidente da República);
- e. possuir filiação partidária.

A eleição dar-se-á em dois turnos de votação, sendo considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos. Se nenhum candidato alcançar maioria absoluta na primeira votação, a ser realizada no primeiro domingo de outubro, far-se-á nova eleição no último domingo desse mês, concorrendo os dois candidatos mais votados e considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos, excluídos os brancos e nulos.

Em ambos os turnos, portanto, embora aparente diferenciação feita pelo texto constitucional, será considerado eleito o candidato que obtiver mais votos que todos os demais candidatos, sejam vários oponentes (1.º turno), seja um único (2.º turno).

Dessa forma, será considerado eleito o candidato que obtiver a maioria absoluta dos votos válidos dados em candidatos.

Esse entendimento vai de encontro às lições de Maurice Duverger, ao apontar que, na França, o 2.º turno denomina-se escrutínio de ballottage, em que a maioria relativa é suficiente, ou seja, a maioria dos votos em candidatos, pois como salienta Giovanni Sartori, "quanto aos sistemas de dois turnos (...) é evidente que, se só dois candidatos são admitidos no segundo turno, um deles será vencedor com maioria absoluta".

Ressalte-se que, apesar da Emenda Constitucional n.º 16, de 4-6-1997, ter estabelecido o último domingo de outubro como a data para eleição presidencial em segundo turno, esqueceu-se de dar nova redação ao § 3.º do art. 77, que continuou prevendo a ocorrência de nova eleição (segundo turno) em até 20 dias após a proclamação do resultado do primeiro turno, se nenhum dos candidatos alcançar maioria absoluta. Entendemos, por tratar-se de norma constitucional posterior regulamentadora de mesmo assunto, que deva prevalecer a

⁴⁴² O texto original da CF/88 dizia: "Art. 77. A eleição do Presidente e do Vice-presidente da República realizar-se-á, simultaneamente, noventa dias antes do término do mandato presidencial vigente." Dessa forma, conforme salientávamos na 1.ª edição desta obra, o mandato presidencial se inicia em 1.º de janeiro do ano seguinte ao da eleição, logo o término do mandato presidencial ocorre em 31 de dezembro, e, conseqüentemente, a eleição deveria ser realizada em 3 de outubro do mesmo ano (primeiro turno).

⁴⁴³ Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.

EC n.º 16/97, no tocante à data do segundo turno quando necessário for, ou seja, último domingo de outubro, continuando, porém, com plena vigência e eficácia a regulamentação do § 3.º do art. 77, no que diz respeito ao quorum necessário para a eleição em primeiro e segundo turnos.

Se, antes de realizado o segundo turno, ocorrer morte, desistência ou impedimento legal de candidato, convocar-se-á, entre os remanescentes, o de maior votação. Se, ainda nesta hipótese, remanescerem candidatos com a mesma votação, qualificar-se-á o mais idoso. Todavia, se a morte do candidato eleito para o cargo de presidente ocorrer após o 2.º turno do pleito eleitoral, porém, antes da expedição do diploma, o vice-presidente deverá ser considerado eleito, adquirindo o direito subjetivo ao mandato de Chefe do Executivo⁴⁴⁴, uma vez que, a eleição é realizada simultaneamente para ambos os cargos.

A posse presidencial ocorrerá no dia 1.º de janeiro, porém e, decorridos 10 dias da data fixada, se o Presidente ou o Vice-presidente, salvo motivo de força maior, não tiverem assumido os cargos, estes serão declarados vagos.

A constituição não diz quem deverá declarar a vacância, porém, por se tratar de ato político, deve ser feito pelo próprio Poder Legislativo.

Poderá ocorrer uma segunda hipótese. No caso de o Presidente não comparecer, mas o Vice-presidente sim, este assumirá a Presidência da República.

Esta assunção será definitiva se a ausência do Presidente, imotivada ou motivada, gerar a impossibilidade absoluta de sua investidura.

A posse presidencial dar-se-á em sessão do Congresso Nacional, prestando-se o compromisso de manter, defender e cumprir a constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil.

A duração do mandato presidencial, atualmente, é de 4 (quatro) anos. A Constituição Federal fixou, inicialmente, a duração do mandato do Presidente da República em 5 (cinco) anos, porém, em virtude da Emenda Constitucional de Revisão n.º 5, de 7-6-1994, ficou estabelecida nova duração a esse mandato, que passou a ser de 4 (quatro) anos, sempre vedada a reeleição para o período subsequente. Novamente, esse dispositivo constitucional foi alterado, pela Emenda Constitucional n.º 16, de 4-6-1997, que apesar de manter a duração do mandato presidencial em 4 (quatro) anos, suprimiu a vedação à reeleição, que passou a ser permitida para um único período subsequente, nos termos do art. 14, § 5.º, do texto maior.

As constituições de 1891 e 1934 fixavam-no também em quatro anos, duração estendida pela Carta de 1937, para seis anos. Posteriormente, a Constituição de 1946 reduziu-o para cinco anos, prazo esse mantido pela Constituição Federal de 1967 e alterado pela Emenda Constitucional n.º 8, retornando-o a seis anos.

3.1.3 Vacância da Presidência da República

Ao Vice-presidente cabe substituir o Presidente, nos casos de impedimento (licença, doença, férias) e suceder-lhe no caso de vaga.

⁴⁴⁴ Nesse sentido, em relação à eleição para Prefeito e vice-prefeito, decidiu o Tribunal Superior Eleitoral que: "Vice-prefeito. Diplomação e posse no cargo de prefeito. O falecimento de candidato eleito para o cargo de prefeito, ainda que antes da expedição de diploma, transfere ao vice-prefeito o direito subjetivo ao mandato como titular" (TSE - Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 2.081 - Classe 2.ª - São Paulo - Gália - Rel. Min. Eduardo Ribeiro, Diário da Justiça, Seção I, 24 mar. 2000. p. 125).

Em caso de impedimento do Presidente e do Vice-presidente, ou vacância dos respectivos cargos, serão sucessivamente chamados ao exercício da Presidência: o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal.

Interessante a observação feita por Marcelo Caetano sobre a história constitucional brasileira, nos lembrando que "os momentos mais importantes em que o Presidente da Câmara dos deputados assumiu a presidência da República foram: em novembro de 1955, por doença do Vice-presidente em exercício Café Filho; em agosto de 1961, quando da renúncia de Jânio Quadros, por estar o Vice-presidente ausente do País; e em 2 de abril de 1964, por ter sido revolucionariamente deposto o Presidente Goulart. O Presidente do Senado Federal assumiu a presidência da República em novembro de 1955, em seguida ao impedimento e posterior renúncia do Presidente da Câmara dos deputados. O Presidente do Supremo Tribunal Federal desempenhou as funções de Presidente da República a partir de 29 de outubro de 1945, após a deposição revolucionária de Getúlio Vargas, por não estarem funcionando os órgãos legislativos e não haver portanto quem lhe preferisse na ordem da sucessão, até 31 de janeiro de 1946, data da posse do novo presidente eleito Gaspar Dutra".

Poderíamos acrescentar a esta narrativa a assunção, desde o momento inicial do mandato e em virtude de doença e posterior falecimento de Tancredo Neves, do Presidente José Sarney; e a assunção do Presidente Itamar Franco, em virtude da renúncia ao cargo do Presidente Fernando Collor de Mello.

Importante ressaltar, porém, que a sucessão presidencial, no caso de vacância definitiva do cargo, antes do término do mandato, possui regras diferenciadas, dependendo de quem o substitua, bem como do período faltante para o término do mandato. Assim, somente o Vice-presidente da República sucederá o Presidente definitivamente em caso de vacância permanente do cargo, enquanto os Presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal somente o substituirão temporariamente, ocorrendo da seguinte forma:

- Vice-presidente: no caso de vacância do cargo de Presidente, assumirá e completará o mandato, independentemente do lapso temporal faltante.
- Presidente da Câmara, Presidente do Senado ou Presidente do Supremo Tribunal Federal: somente assumirão no caso da vacância dos cargos de Presidente e Vice, sempre em caráter temporário. Assim, vagando os cargos de Presidente e Vice-presidente da República, poderão ocorrer duas hipóteses:
 - a. Vacância nos dois primeiros anos: far-se-á eleição 90 dias depois de aberta a última vaga (eleição direta);
 - b. Vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita 30 dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei. Dessa forma, a CF prevê uma possibilidade de eleição indireta para a Presidência da República (CF, art. 81, § 1.º) em hipótese excepcionalíssima ao art. 14, caput, da Carta.

Em qualquer das hipóteses, a Constituição Federal é expressa ao determinar que o Vice-presidente ou qualquer dos eleitos somente complete o período de seus antecessores.

Os substitutos eventuais do Chefe do Executivo quando convocados exercem normalmente os poderes e atribuições do Presidente da República (por exemplo: sanção, veto, edição de medida provisória, nomeação de Ministro de Estado, iniciativa de lei etc.).

3.1.4 Atribuições do Presidente da República

Tendo adotado o sistema presidencialista, as funções de Chefe de Estado e de Governo acumulam-se na figura presidencial e são descritas no art. 84, competindo-lhe, privativamente: nomear e exonerar Ministros de Estado; exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal; iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta constituição; sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; vetar projetos de lei, total ou parcialmente; dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei; manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos; celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; decretar o estado de defesa e o estado de sítio; decretar e executar a intervenção federal; remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias; conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei; exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos; nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei; nomear, observado o disposto no art. 73, os Ministros do Tribunal de Contas da União; nomear os magistrados, nos casos previstos nesta constituição, e o Advogado-Geral da União; nomear membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII; convocar e presidir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional; declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo da sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional; celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional; conferir condecorações e distinções honoríficas; permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente; enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta constituição; prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de 60 dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior; prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei; editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62, bem como exercer outras atribuições previstas na constituição.

Ressalte-se que a função de comandante supremo das Forças Armadas não se trata de mero título honorífico, mas de verdadeira função de comando e direção das atividades das três armas.

Em relação ao poder regulamentar do Presidente da República, a Constituição Federal, em seu art. 84, inciso IV, prevê que lhe compete, privativamente, expedir decretos e regulamentos para fiel execução da lei⁴⁴⁵.

⁴⁴⁵ É esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal: "Decretos existem para assegurar a fiel execução das leis" (STF - Pleno - Adin n.º 1.435-8/DF - medida liminar - Rel. Min. Francisco Rezek, Diário da Justiça, Seção I, 6 ago. 1999, p. 5).

Os regulamentos, portanto, são normas expedidas privativamente pelo Presidente da República, cuja finalidade precípua é facilitar a execução das leis, removendo eventuais obstáculos práticos que podem surgir em sua aplicação e se exteriorizam por meio de decreto, sendo, pois, como relembra Marcelo Caetano, importante fonte do Direito Administrativo.

Na clássica lição do Ministro Carlos Velloso, "os regulamentos, na precisa definição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, `são regras jurídicas gerais, abstratas, impessoais, em desenvolvimento da lei, referentes à organização e ação do Estado, enquanto poder público'. Editados pelo Poder Executivo, visam tornar efetivo o cumprimento da lei, propiciando facilidades para que a lei seja fielmente executada. É que as leis devem, segundo a melhor técnica, ser redigidas em termos gerais, não só para abranger a totalidade das relações que nelas incidem, senão também, para poderem ser aplicadas, com flexibilidade correspondente, às mutações de fato das quais estas mesmas relações resultam. Por isso, as leis não devem descer a detalhes, mas, conforme acima ficou expresso, conter, apenas, regras gerais.

Os regulamentos, estes sim, é que serão detalhistas. Bem por isso, leciona Esmein, `são eles prescrições práticas que têm por fim preparar a execução das leis, completando-as em seus detalhes, sem lhes alterar, todavia, nem o texto, nem o espírito".

O exercício do poder regulamentar do Executivo situa-se dentro da principiologia constitucional da Separação de Poderes (CF, arts. 2.º; 60, § 4.º, III), pois, salvo em situações de relevância e urgência (medidas provisórias), o Presidente da República não pode estabelecer normas gerais criadoras de direitos ou obrigações, por ser função do Poder Legislativo. Assim, o regulamento não poderá alterar disposição legal, nem tampouco criar obrigações diversas das previstas em disposição legislativa.

Essa vedação não significa que o regulamento deva reproduzir literalmente o texto da lei, pois seria de flagrante inutilidade. O poder regulamentar somente será exercido quando alguns aspectos da aplicabilidade da lei são conferidos ao Poder Executivo, que deverá evidenciar e explicitar todas as previsões legais, decidindo a melhor forma de executá-la e, eventualmente, inclusive, suprimindo suas lacunas de ordem prática ou técnica.

3.1.5 Vice-presidente da República

A Constituição Federal prevê ao Vice-presidente diversas funções, que poderão ser classificadas em próprias ou típicas e impróprias ou atípicas. Aquelas correspondem às atribuições para cujo exercício o cargo de Vice-presidente foi instituído e existe, sendo inerentes ao ofício vice-presidencial.

Funções próprias: tais funções podem resultar de previsão expressa da própria Constituição Federal ou de lei complementar.

São funções típicas de ordem constitucional: substituição (CF, art. 79) e sucessão do Presidente da República (CF, art. 80); participação nos Conselhos da República (CF, art. 89, I) e de Defesa Nacional (CF, art. 91, I). Enquanto são funções típicas de ordem legal as eventuais atribuições estabelecidas pela lei complementar prevista no art. 79, parágrafo único, da Constituição Federal.

Funções impróprias: o Vice-presidente auxiliará, nos termos do art. 79 da Constituição Federal, o Presidente, sempre que por ele convocado para missões especiais.

3.1.6 Órgãos auxiliares do Presidente da República. Ministros. Conselho da República e Conselho de Defesa Nacional

Ministros de Estado: os Ministros são em nosso regime meros auxiliares do Presidente, que os pode livremente nomear ou demitir.

Poderão ser Ministros de Estado as pessoas que preencherem os seguintes requisitos:

- a. brasileiros natos ou naturalizados e, ainda, os portugueses equiparados, que possuem todos os direitos e obrigações do brasileiro naturalizado (CF, art. 12, § 1.º); Ressalte-se que, em virtude da nova redação do § 3.º do art. 12 da Constituição Federal, dada pela EC n.º 23, promulgada em 2-9-1999, o cargo de Ministro de Estado da Defesa tornou-se privativo de brasileiros natos.
- b. maiores de vinte e um anos;
- c. pleno exercício dos direitos políticos.

As funções dos Ministros são descritas pela própria constituição, que estabelece a ele competir, como principal atribuição, exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República. Além disto, deverá expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos; apresentar ao Presidente da República relatório anual de sua gestão no Ministério; praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República.

Em relação à atribuição de referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República, necessário salientar que deriva da própria vontade do legislador constituinte e não de mera liberalidade presidencial, pelo que serão nulos os atos e decretos assinados somente pelo Presidente da República, sem o referendado do Ministro da respectiva pasta⁴⁴⁶. É certo que, por ser de livre nomeação presidencial, o Ministro que não concordar com a conduta do Presidente da República, negando-se a referendá-la, deverá deixar o cargo, a pedido ou de ofício.

Como ensina Themistocles Brandão Cavalcanti, "entre nós, os decretos são referendados pelos ministros, a cujos departamentos interessa o assunto. Será, porém, essencial a assinatura do ministro de Estado para validade do decreto? A resposta deve ser afirmativa, porque somente assim torna-se o ato completo. Não pode ser admitida a hipótese da recusa por parte do ministro, porque isso importaria no abandono da pasta, visto como são os mesmos de livre nomeação e demissão do Presidente da República. A sua substituição seria imediata".

Os Ministérios, nos termos do art. 88 da CF, serão criados e extintos por Lei, porém, sua organização e funcionamento (CF, art. 84, VI) deverão ser disciplinados por decreto do Presidente da República⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ Neste sentido: TEMER, Michel. Elementos ... Op. cit. p. 163; MELLO FILHO, José Celso. Constituição... Op. cit. p. 255. Contra: SILVA, José Afonso. Curso... Op. cit. p. 561. Note-se, porém, que diferentemente de sua antiga posição doutrinária, em decisão monocrática, o Min. Celso de Mello (MS n.º 22706-1 – medida liminar - Diário da Justiça, Seção I, 5 fev. 1997, p. 1.223), determinou a exclusão de Ministro de Estado do pólo passivo de mandado de segurança ajuizado contra decreto do Presidente da República, por ele referendado, afirmando que "A referenda ministerial, que não se reveste de consequência de ordem processual, projeta-se, quanto aos seus efeitos, numa dimensão estritamente institucional, qualificando-se, sob tal perspectiva, como causa geradora de co-responsabilidade político-administrativa dos Ministros de Estado... Cumpre ter presente, por isso mesmo, no que concerne à função da referenda ministerial, que esta não se qualifica como requisito indispensável de validade dos decretos presidenciais."

⁴⁴⁷ Essa autorização para que o Presidente da República possa, mediante decreto, disciplinar a organização e funcionamento dos Ministérios foi concedida pela EC n.º 32/01.

Conselho da República: é órgão superior de consulta do Presidente da República composto pelo Vice-presidente da República; Presidente da Câmara dos Deputados; Presidente do Senado Federal; os líderes da maioria e da minoria na Câmara dos deputados; líderes da maioria e da minoria no Senado Federal; o Ministro da Justiça⁴⁴⁸ e seis cidadãos brasileiros natos.

Os seis cidadãos brasileiros natos deverão ter 35 anos de idade e serão dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado Federal e dois eleitos pela Câmara dos deputados, todos com mandato de três anos, vedada a recondução.

A Constituição Federal estabelece as funções do Conselho (CF, art. 90), que deverá ser regulamentado e organizado por meio de lei, para pronunciar-se sobre intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio e as questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas.

Conselho de Defesa Nacional (organização e funcionamento do Conselho de Defesa Nacional: Lei n.º 8.183, de 11-4-1991): é órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático, sendo composto pelo Vice-presidente da República; o Presidente da Câmara dos Deputados; o Presidente do Senado Federal; o Ministro da Justiça; o Ministro de Estado da Defesa⁴⁴⁹; Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica⁴⁵⁰; o Ministro das Relações Exteriores; o Ministro do Planejamento.

Compete-lhe, segundo a própria constituição (art. 91), opinar nas hipóteses de declaração de guerra e de celebração da paz, nos termos dessa constituição; opinar sobre a decretação do estado de defesa, do estado de sítio e de intervenção federal; propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo; estudar, propor e acompanhar o desenvolvimento de iniciativas necessárias a garantir a independência nacional e a defesa do Estado democrático.

3.2 Responsabilidade do Presidente da República: prerrogativas e imunidades do Presidente da República

Diferentemente do princípio da absoluta irresponsabilidade, inerente ao caráter vitalício do cargo real (The King can do no wrong), a Constituição Federal prevê regras especiais de responsabilização do Presidente da República, tanto por infrações político-administrativas, quanto por infrações penais.

O Presidente da República possui imunidades formais em relação ao processo, pois da mesma forma que os parlamentares somente poderá ser processado, seja por crime comum, seja por crime de responsabilidade, após o juízo de admissibilidade da Câmara dos deputados, que necessitará do voto de 2/3 de seus membros para autorizar o processo. E também, em relação à prisão, pois não poderá ser preso nas infrações penais comuns, enquanto não sobrevier sentença condenatória, como preceitua a Carta Magna (CF, art. 86, § 3.º).

⁴⁴⁸ Os demais Ministros poderão ser convocados pelo Presidente da República para participar da reunião do Conselho, quando constar da pauta questão relacionada com o respectivo Ministério (CF, art. 90, § 1.º).

⁴⁴⁹ Redação dada pela EC n.º 23, promulgada em 2-9-1999.

⁴⁵⁰ 3. Idem.

Além disto, o Presidente da República é relativamente irresponsável, pois na vigência de seu mandato, não poderá ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções, como será estudado.

A Constituição Federal também prevê para o Presidente da República prerrogativa de foro, pois somente o Supremo Tribunal Federal poderá processá-lo e julgá-lo por crimes comuns (CF, art. 102, I, b) e somente o Senado Federal poderá processá-lo e julgá-lo pelos chamados crimes de responsabilidade (CF, art. 52, I).

Estas previsões constitucionais de garantias e imunidades presidenciais serão estudadas ao tratarmos do processo e julgamento do Presidente da República por crimes de responsabilidade e crimes comuns, dentro da prerrogativa presidencial de foro para julgamento perante as mais altas autoridades dos demais Poderes, seja o Senado Federal, seja o Supremo Tribunal Federal, sempre como veremos, com autorização da Câmara dos Deputados, como garantia de independência e preservação da harmonia e separação dos Poderes.

3.2.1 Crimes de responsabilidade

A. Conceito

A Constituição Federal prevê como juízo natural para processo e julgamento do Presidente da República, nos crimes de responsabilidade, o Senado Federal (art. 86), havendo, anteriormente, o juízo de admissibilidade pela Câmara dos deputados.

Tal previsão torna-se necessária quando analisa-se que a eficácia da constituição é dependente de fatores alheios à mera vontade do legislador constituinte. Por esse motivo, a Constituição Federal não pode ficar indefesa, desprovida de mecanismos que garantam sua aplicabilidade e a defendam, principalmente, dos governantes que buscam ultrapassar os limites das funções conferidas a eles pelas normas constitucionais. Dentro deste mecanismo de defesa, que corresponde ao já citado sistema de “freios e contrapesos”, temos a previsão da punição dos assim chamados crimes de responsabilidade.

Crimes de responsabilidade são infrações político-administrativas definidas na legislação federal, cometidas no desempenho da função, que atentam contra a existência da União, o livre exercício dos Poderes do Estado, a segurança interna do País, a probidade da Administração, a lei orçamentária, o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais e o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

A Lei Maior prevê, no art. 85, rol meramente exemplificativo dos crimes de responsabilidade, pois o Presidente poderá ser responsabilizado por todos os atos atentatórios à Constituição Federal, passíveis de enquadramento idêntico ao referido rol, desde que haja previsão legal, pois, o brocardo *nullum crimen sine typo* também se aplica, por inteiro, ao campo dos ilícitos político-administrativos, havendo necessidade de que a tipificação de tais infrações emanem de lei federal, eis que o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a definição formal dos crimes de responsabilidade se insere, por seu conteúdo penal, na competência exclusiva da União⁴⁵¹.

⁴⁵¹ MELLO FILHO, José Celso. *Justitia* - Revista do Ministério Público do Estado de São Paulo, 42/98. Esse é o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, conforme verifica-se nos seguintes julgados: STF - Pleno - Adin n.º 1.628/SC - Rel. Min. Nelson Jobim - RTJ 166/147 e STF - Pleno - Adin n.º 834-0/MT - Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 9 abr. 1999, p. 2, onde se decidiu: "Crime de responsabilidade: definição: reserva de lei. Entenda-se que a definição de crimes de responsabilidade, imputáveis embora a autoridades estaduais, é matéria de Direito Penal, da competência privativa da União - como tem prevalecido no Tribunal - ou, ao contrário,

A Lei n.º 1.079/50 regula os crimes de responsabilidade do Presidente da República, de Ministros do Estado, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Procurador-Geral da República e outros, que ensejarão imposição de sanção política, ainda quando simplesmente tentados. Ressalte-se que embora os crimes de responsabilidade não tenham a mesma tipicidade específica das infrações penais, não poderão ficar de tal forma indefinidos que impossibilitem a ampla defesa⁴⁵².

A constituição prevê em seu art. 52, parágrafo único, as duas sanções autônomas e cumulativas a serem aplicadas na hipótese de condenação por crime de responsabilidade: perda do cargo e inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública.

Saliente-se que a inabilitação, por oito anos para o exercício de função pública, compreende todas as funções públicas, sejam as derivadas de concursos públicos, sejam as de confiança, ou mesmo os mandatos eletivos. Desta forma, o Presidente da República condenado por crime de responsabilidade, além de perder o mandato, não poderá candidatar-se ou exercer nenhum outro cargo político eletivo nos oito anos seguintes⁴⁵³.

B. Histórico

O impeachment surgiu no Brasil com base na Carta de 1891, segundo o modelo norte-americano, mas com características e peculiaridades próprias, principalmente, em relação à definição dos crimes de responsabilidade, seu procedimento e julgamento que, no Brasil, serão definidos por lei ordinária.

A Constituição de Filadélfia já previa o instituto do impeachment (art. 1.º, Seção 3.ª; art. 2.º, Seção 4.ª), que nos Estados Unidos da América foi tentado contra o Presidente Andrew Johnson, em 1868, sem êxito, e, mais recentemente, no famoso caso Watergate, tendo o Presidente Nixon renunciado antes de se iniciar o processo, e contra o Presidente Bill Clinton, também sem sucesso.

No Brasil, as Leis n.ºs 27 e 30, de 1892, regulamentadoras dos crimes de responsabilidades cometidos pelo Presidente da República, previam a aplicação somente da pena de perda do cargo, podendo esta ser agravada com a pena de inabilitação para exercer qualquer outro cargo (art. 33, § 3.º, da Constituição Federal de 1891; art. 2.º da Lei n.º 30, de 1892), dando à pena de inabilitação o caráter de pena acessória (Lei n.º 27, de 1892, arts. 23 e 24).

Atualmente, a Lei n.º 1.079/50, em seus arts. 2.º, 31, 33 e 34, não prevê a possibilidade da aplicação da pena de perda do cargo, apenas, nem a pena de inabilitação assume caráter de acessoriedade (art. 52, parágrafo único, da Constituição de 1988).

C. Natureza jurídica

que sendo matéria de responsabilidade política de mandatários locais, sobre ela possa legislar o Estado-membro - como sustentam os autores de tomo - o certo é que estão todos acordes em tratar-se de questão submetida à reserva de lei formal, não podendo ser versada em decreto-legislativo da Assembléia Legislativa." Nesse mesmo sentido: STF - Pleno - Adin n.º 834-0/MT - medida liminar - Rel. Min. Celso de Mello - Ementário STF n.º 1698, em que consta analítico estudo sobre os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais; e STF - Pleno - Adin n.º 102-7/RO - medida liminar - Rel. Min. Paulo Brossard, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1989 - Ementário STF n.º 1563, tendo porém, o Ministro relator ressaltado seu posicionamento de que "o chamado crime de responsabilidade não é figura de Direito Penal".

⁴⁵² Em relação à responsabilidade político-administrativa dos Governadores dos Estados, conferir, neste capítulo, item 4.8.

⁴⁵³ Nesse sentido decidiu o STF: "A inabilitação para o exercício de função pública, decorrente da perda do cargo de Presidente da República por crime de responsabilidade (CF, art. 52, parágrafo único), compreende o exercício de cargo ou mandato eletivo. Com esse entendimento, a Turma manteve o acórdão do TSE que julgou procedente a impugnação ao pedido de registro de candidatura do ex-Presidente Fernando Collor de Mello. Interpretação racional do art. 52, parágrafo único, da CF" (1.ª T. - Rextr. n.º 234.223/DF - Rel. Min. Octávio Gallotti, decisão: 1.º set. 1998 - Informativo STF n.º 121 - setembro de 1998).

Em relação à natureza jurídica do impeachment, a maioria da doutrina nacional entende ser um instituto de natureza política. Entre os outros grandes publicistas, podemos citar Paulo Brossard, Themistocles Cavalcanti, Carlos Maximiliano, Michel Temer.

Outras posições, porém, são defendidas na doutrina. Para Pontes de Miranda, o impeachment possui natureza penal. Apontando posição intermediária, José Frederico Marques afirma ser o impeachment de natureza mista.

D. Procedimento (Câmara dos Deputados e Senado Federal)

O processo dos crimes de responsabilidade e dos comuns cometidos pelo Presidente da República divide-se em duas partes: juízo de admissibilidade do processo e processo e julgamento.

O processo de responsabilidade inicia-se na Câmara dos Deputados para declarar a procedência ou improcedência da acusação. Se declarada procedente, far-se-á julgamento pelo Senado Federal.

A Constituição Federal preceitua que admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Senado Federal nos crimes de responsabilidade. Ora, a admissibilidade da acusação feita pela Câmara dos Deputados, autorizando a abertura do processo, vincula o Senado Federal no sentido de instaurar-se o devido processo legal para apuração de crime de responsabilidade, impedindo-lhe, neste momento inicial, qualquer discricionariedade política.

D.1 Câmara dos Deputados

Todo cidadão, e apenas ele, no gozo de seus direitos políticos é parte legítima para oferecer a acusação à Câmara dos Deputados. A acusação da prática de crime de responsabilidade diz respeito às prerrogativas da cidadania do brasileiro que tem o direito de participar dos negócios políticos. Da mesma forma, qualquer parlamentar ou autoridade pública poderá dar início ao procedimento, sempre, porém, na condição de cidadão. A legitimidade ativa ad causam, portanto, não se estende a qualquer um, mas somente às pessoas investidas no status civitatis, excluindo, portanto, pessoas físicas não alistadas eleitoralmente, ou que foram suspensas ou perderam seus direitos políticos (CF, art. 15) e, ainda, as pessoas jurídicas, os estrangeiros e os apátridas.

Como salienta Sampaio Dória, os deputados federais, na apreciação da admissibilidade do crime de responsabilidade, devem analisar cognitivamente duas fases: "1) ser ou não a denúncia objeto de deliberação; e 2) proceder, ou não, a acusação da denúncia. O primeiro ato não é arbitrário. A Câmara dos Deputados, para haver, ou não, a denúncia como objeto de deliberação, tem de apreciar a gravidade dos fatos alegados e o valor das provas oferecidas. Se os fatos imputados e as razões que os ditaram são aqueles notórios, e estas sem defesa, seria injustificável não haver a denúncia por objeto de deliberação. O que não se pode evitar é o exame do assunto. O segundo ato, porém, a declaração da procedência ou improcedência da acusação, é discricionário. Não é o imperativo da lei o que decide. Mas a conveniência aos interesses da nação, a oportunidade da deposição, ainda que merecida. Entre o mal da permanência no cargo de quem tanto mal causou e poderá repeti-lo, além do exemplo da impunidade, e o mal da deposição numa atmosfera social e política carregada de ódios, ainda que culpado o Presidente, a Câmara dos Deputados poderá isentá-lo do julgamento, dando por improcedente a acusação".

Assim, o que a Câmara dos Deputados vai decidir é a conveniência político-social da permanência do Presidente da República na condução dos negócios do Estado, e não se houve cometimento de crime de responsabilidade. O critério é absolutamente político.

Recebida a acusação, o Presidente da Câmara despachará para uma comissão especial eleita (que deverá ser formada em 48 horas), da qual participem, observada a respectiva proporcionalidade, representantes de todos os partidos para opinar sobre a mesma e oferecer parecer sobre a admissibilidade da acusação.

Na seqüência, em 48 horas após a publicação será incluído o relatório, em primeiro lugar, na ordem do dia da Câmara dos Deputados, para uma única discussão e votação nominal e aberta⁴⁵⁴, sendo necessários 2/3 (dois terços) dos membros da Casa Legislativa para admissibilidade da acusação⁴⁵⁵.

A acusação formalmente oferecida à Câmara dos Deputados coloca o Presidente da República na condição de acusado, e como tal, com direito à ampla defesa e contraditório, que remonta à Magna Charta Libertatum de 1215 (art. 39), nos termos da Constituição Federal, incorporados como princípios fundamentais do processo e de tamanha importância, que apresentam duas faces, uma formal, outra substancial. A primeira, consistente na sujeição de qualquer questão que fira a liberdade ou os bens da pessoa ao crivo do juiz natural, num processo contraditório, em que se assegure a ampla defesa. A segunda importando em que as normas aplicadas quanto ao objeto do litígio não sejam arbitrarias e desarrazoadas; portanto, injustas.

Ressalte-se, que o devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso, inclusive ao Presidente da República no procedimento de impeachment, tanto na fase de deliberação sobre a admissibilidade da acusação, perante a Câmara dos Deputados, quanto na fase de processo e julgamento, perante o Senado Federal.

O art. XI, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem garante: "Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa."

Assim, o direito de ampla defesa ou a cláusula constitucional do due process of law exige a bilateralidade, permitindo o contraditório nos procedimentos e vedando que alguém possa ser condenado sem ser ouvido ou que seja imposta alguma penalidade sem que se consagre ao imputado a possibilidade de exercer sua defesa. Lembremo-nos que, admitida a acusação pela Câmara, com posterior início do processo no Senado, o Presidente sofrerá uma sanção, correspondente ao afastamento de suas funções.

Ora, a denúncia oferecida à Câmara dos Deputados, imputando ao Presidente da República a prática de crime de responsabilidade, coloca-o na posição de acusado, e conseqüentemente, outorga-lhe o direito à ampla defesa, ao contraditório, ao devido

⁴⁵⁴ O Supremo Tribunal Federal decidiu a questão de necessidade da ampla defesa, bem como da possibilidade do voto nominal ser aberto, conforme decisão da própria Câmara dos Deputados, no MS n.º 21564/DF, Pleno, v.m., deferido em parte, Rel. Min. Octávio Gallotti, Diário da Justiça, 27 ago. 1993, p. 17.019.

⁴⁵⁵ Entendeu o STF a possibilidade de rejeição monocrática pelo Presidente da Câmara dos Deputados, sujeita ao controle do Plenário da Casa, mediante recurso (STF - Pleno - MS n.º 23.885-2/DF - Rel. Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça, Seção I, 20 set. 2002, p. 89).

processo legal; pode, pois, produzir provas, por meio de testemunhas, documentos e perícias. Admitida a acusação pela Câmara dos Deputados e iniciado o processo perante o Senado Federal, o Presidente da República será suspenso de suas funções, somente retornando ao pleno exercício das mesmas, se absolvido for, ou se, decorrido o prazo de 180 dias, o julgamento não estiver concluído, quando então, cessará o afastamento, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo (CF, art. 86, §§ 1.º e 2.º).

O Supremo Tribunal Federal corroborou este posicionamento concedendo liminar em mandado de segurança impetrado pelo Presidente da República para assegurar-lhe prazo de 10 sessões para oferecimento da defesa, com base na aplicação analógica do art. 217 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados que, no caso de autorização da Câmara para o Supremo processar o presidente por crime comum, lhe confere o referido prazo. Pela importância jurídica e histórica da decisão, transcrever-se-á a seguir a emenda relatada pelo ministro Octávio Gallotti:

CONSTITUCIONAL. "IMPEACHMENT". PROCESSO E JULGAMENTO: SENADO FEDERAL. ACUSAÇÃO: ADMISSIBILIDADE: CÂMARA DOS DEPUTADOS. DEFESA. PROVAS: INSTÂNCIA ONDE DEVEM SER REQUERIDAS. VOTO SECRETO E VOTO EM ABERTO. RECEPÇÃO PELA CF/88 DA NORMA INSCRITA NO ART. 23 DA LEI 1.079/50. REVOGAÇÃO DE CRIMES DE RESPONSABILIDADE PELA EC 4/61. REPRISTINAÇÃO EXPRESSA PELA EC N. 6/63. C. F., ART. 5., LV, ART. 51, I; ART. 52, I; ART. 86, "CAPUT", PAR. 1., II, PAR. 2.; EMENDA CONSTITUCIONAL N. 4, DE 1961; EMENDA CONSTITUCIONAL N. 6, DE 1963. LEI N. 1.079/50, ART. 14, ART 23.

- "Impeachment" do Presidente da República: Compete ao Senado Federal processar e julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (C. F., Art. 52, I; Art. 86, Par. 1.º, II), depois de autorizada, pela Câmara dos Deputados, por dois terços de seus membros, a instauração do processo (C. E, Art. 51, I), ou admitida a acusação (C. F., Art. 86). É Dizer: O "Impeachment" do Presidente da República será processado e julgado pelo Senado.

O Senado e não mais a Câmara dos Deputados formulará a acusação (Juízo de Pronúncia) e proferirá o julgamento (C. F., Art. 51, I; Art. 52, I; Art. 86, Par. 1., II, Par. 2).

II - No Regime da Carta de 1988, A Câmara dos Deputados, diante da denúncia oferecida contra o Presidente da República, examina a admissibilidade da acusação (C. F., Art. 86, "Caput"), podendo, portanto, rejeitar a denúncia oferecida na forma do art. 14 da Lei 1.079/50.

No procedimento de admissibilidade da denúncia, a Câmara dos Deputados profere juízo político. Deve ser concedido ao Acusado prazo para defesa, defesa que decorre do princípio inscrito no Art. 5., LV, da Constituição, observadas, entretanto, as limitações do fato de a acusação somente materializar-se com a instauração do processo, no Senado. Neste é que a denúncia será recebida, ou não, dado que, no Senado ocorre, apenas, a admissibilidade da acusação, a partir da edição de um juízo político, em que a Câmara verificará se a acusação é existente, se tem ela base em alegações e fundamentos plausíveis, ou se a notícia do fato reprovável tem razoável procedência, não sendo a acusação simplesmente fruto de quizílias ou desavenças políticas. Por isso, será na esfera institucional do Senado, que processa e julga o Presidente da República, nos crimes de responsabilidade, que este poderá promover as indagações probatórias admissíveis.

IV - Recepção, pela CF/88, da norma inscrita no art. 23 da Lei 1.079/50. Votação Nominal, Assim ostensiva (RI/Câmara dos Deputados, Art. 187, Par. 1., VI).

- Admitindo-se a revogação, pela EC N. 4, de 1961, que instituiu o sistema parlamentar de governo, dos crimes de responsabilidade não tipificados no seu artigo 5.º, como fizera a CF/46, Art. 89, V a VIII, certo é que a EC N. 6, de 1963, que revogou a EC N. 4, de 1961, restabeleceu o sistema presidencial instituído pela CF/ 46, salvo o disposto no seu art. 61 (EC N. 6/63, Art. 1.). É dizer: Restabelecido tudo quanto Constava da CF/46. No tocante ao sistema presidencial de governo, ocorreu ripristinação expressa de todo o sistema.

- Mandado de Segurança deferido, em parte, para o fim de assegurar ao impetrante o prazo de dez sessões, para apresentação de defesa.

D.2 Senado Federal

Recebida pela Mesa do Senado a autorização da Câmara para instauração do processo, será o documento lido na hora do expediente da sessão seguinte e, na mesma sessão, será eleita comissão, constituída por 1/4 da composição do Senado, obedecida a proporcionalidade da Casa, que se torna a partir disto, um Tribunal Político de colegialidade heterogênea, visto que composto por todos os senadores mas presidido por autoridade estranha ao Poder Legislativo, ou seja, o Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Instaurado o processo pelo Senado, que está vinculado à admissibilidade decidida pela Câmara dos Deputados, o Presidente fica suspenso de suas funções (art. 86, § 1.º, II, da Constituição Federal), pelo prazo máximo de 180 dias, findo o qual o processo prosseguirá, porém com o retorno do Presidente às suas funções. Nem haveria sentido em possibilitar-se que, após realizado o juízo de admissibilidade por 2/3 dos membros da Câmara dos Deputados, o Senado Federal realizasse nova análise, deixando de instaurar o processo, em flagrante usurpação e desrespeito à competência da outra Casa Legislativa.

A comissão processante realizará as diligências que entender necessárias ao esclarecimento da imputação feita ao Presidente da República (art. 20 da Lei n.º 1.079/50), garantindo-lhe o contraditório e a ampla defesa.

A comissão encerrará seu trabalho com o fornecimento do libelo acusatório, que será anexado ao processo e entregue ao Presidente do Senado, para remessa, em original, ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, com a comunicação do dia designado para o julgamento.

A defesa será intimada para contestação ao libelo, apresentação de novas testemunhas e provas pertinentes.

Na sessão plenária do Senado Federal, o Presidente do Supremo Tribunal Federal mandará ler o processo preparatório, o libelo e os artigos de defesa, inquirirá as testemunhas (qualquer membro da comissão ou do Senado, o acusado e os advogados poderão fazer perguntas).

Haverá debates orais, pelo prazo fixado pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, no máximo duas horas para cada parte.

Findos os debates, abrir-se-á etapa para discussão dos senadores.

Após, o Presidente do Supremo Tribunal Federal fará relatório resumido da denúncia e das provas de acusação e defesa e submeterá a votação nominal dos senadores, entendida

como aberta, cuja condenação somente poderá ser proferida por 2/3 dos votos do Senado Federal, acarretando a perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis (art. 52, parágrafo único, da Constituição Federal).

A sentença será por meio de resolução do Senado Federal (art. 35 da Lei n.º 1.079/50).

Relembre-se, como já citado, que a inabilitação para o exercício de função pública decorrente da perda do cargo de Presidente da República por crime de responsabilidade (CF, art. 52, parágrafo único), compreende inclusive a impossibilidade do exercício de cargo ou mandato eletivo.

E. Renúncia e extinção do procedimento de impeachment

O Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão em sede de mandado de segurança. Conforme consta no relatório do voto do Ministro Paulo Brossard: "A 1-9-92 foi apresentada denúncia contra o então Presidente da República pela prática de crimes de responsabilidade, que melhor se denominariam infrações constitucionais ou político-administrativas, pois não são figuras de que trata o Direito Criminal, mas o Direito Constitucional; as infrações apontadas são as descritas nos n.ºs, IV e VI do art. 85 da CF e nos arts. 8.º, n.º 7 e 9.º, n.º 7, da Lei 1.079/50; na forma da lei, Comissão Especial da Câmara emitiu parecer no sentido da processabilidade da denúncia e da vênua para o Senado processar e julgar o Presidente denunciado, art. 51, I, da CF.

Amplamente discutido, o parecer foi aprovado por 441 votos contra 38; houve uma abstenção e 23 deputados estiveram ausentes; desse modo, foi largamente coberta a exigência de 2/3 dos votos da Câmara para a autorização complementar-se, Constituição, art. 51, I. Instaurado o processo pelo Senado, o Presidente ficou suspenso de suas funções, Constituição, art. 86, § 1.º, II, e a Câmara Alta passou a ser presidida pelo Ministro Presidente do STF, Constituição, art. 52, parágrafo único. A 29 de dezembro dar-se-ia o julgamento da autoridade processada; da totalidade dos senadores, 81 estavam presentes; iniciada a sessão, o advogado do Presidente leu a renúncia deste, DCN de 30-12-92, p. 2.738, e pediu o encerramento do processo; a totalidade dos senadores. Esgotada a relação dos oradores inscritos, o Ministro Presidente do STF e do Tribunal de Impeachment suspendeu a sessão por 15 minutos, passados os quais procedeu a votação a respeito das teses em discussão, a clausura do processo ou seu prosseguimento; a totalidade dos senadores, 81, estava presente; destes, 73 votaram pela continuação do processo, 8 por seu encerramento, DCN de 30-12-92, p. 2.782 e 2.783; nenhuma abstenção, nenhuma ausência; decidido que a renúncia não excluía a inabilitação por 8 anos, de que cuida a Constituição, art. 52 parágrafo único, 76 senadores por ela votaram, sendo três os votos contrários; nenhuma abstenção, duas ausências, DCN de 30-12-92, p. 2.929 e 2.930. A decisão do Senado cristalizou-se na Res. 101, de 1992, deste teor: "Dispõe sobre sanções no Processo de Impeachment contra o Presidente da República, Fernando Affonso Collor de Mello, e dá outras providências.

O Senado Federal resolve:

Art. 1.º É considerado prejudicado o pedido de aplicação da sanção de perda do cargo de Presidente da República, em virtude da renúncia ao mandato apresentada pelo Sr. Fernando Affonso Collor de Mello e formalizada perante o Congresso Nacional, ficando o processo extinto nessa parte.

Art. 2.º É julgada procedente a denúncia por crimes de responsabilidade, previstos nos arts. 85, incs. IV e V, da CF, e arts. 8.º, item 7, e 9.º, item 7 da Lei 1.079, de 10-4-50.

Art. 3.º Em consequência do disposto no artigo anterior é imposta ao Sr. Fernando Affonso Collor de Mello, nos termos do art. 52, parágrafo único, da CF, a sanção de inabilitação, por 8 anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

Art. 4.º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação". DCN, 30-12-92, p. 2.727."

A defesa do então Presidente ajuizou o mandado de segurança no Supremo Tribunal Federal alegando que a renúncia extinguiria o procedimento de impeachment, tendo o Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança n.º 21.689-1, por maioria de votos, decidido que a renúncia ao cargo, apresentada na sessão de julgamento, quando já iniciado este, não paralisa o processo de impeachment.

Da seguinte maneira manifestou-se o Pretório Excelso, em decisão histórica (MS n.º 21.689-1):

"EMENTA: Constitucional. Impeachment. Controle Judicial. Impeachment do Presidente da República. Pena de inabilitação para o exercício de função pública. CF, art. 52, parágrafo único; Lei n.º 27, de 7-1-1892; Lei n.º 30, de 8-1-1892. Lei n.º 1.079, de 1950.

I - Controle judicial do impeachment: possibilidade, desde que se alegue lesão ou ameaça a direito. CF, art. 5.º,

XXXV. Presidente do STF: MS n.º 20.941-DF (RTJ 142/88); MS n.º 21.564-DF e MS n.º 21.623-DF.

II - O impeachment no Brasil, a partir da Constituição de 1891, segundo o modelo americano, mas com características que o distinguem deste: no Brasil, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, lei ordinária definirá os crimes de responsabilidade, disciplinará a acusação e estabelecerá o processo e o julgamento.

III - Alteração do direito positivo brasileiro a Lei n.º 27, de 1892, art. 3.º, estabelecia: a) o processo de impeachment somente poderia ser intentado durante o período presidencial; b) intentado, cessaria quando o Presidente, por qualquer motivo, deixasse definitivamente o exercício do cargo. A Lei n.º 1.079, de 1950, estabelece, apenas, no seu art. 15, que a denúncia só poderá ser recebida enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo.

IV - No sistema do direito anterior à Lei n.º 1.079, de 1950, isto é, no sistema das Leis n.ºs 27 e 30, de 1892, era possível a aplicação tão-somente da pena de perda do cargo, podendo esta ser agravada com a pena de inabilitação para exercer qualquer outro cargo (Constituição Federal de 1891, art. 33, § 3º; Lei n.º 30, de 1892, art. 2.º), emprestando-se a pena de inabilitação o caráter de pena acessória (Lei n.º 27, de 1892, artigos 23 e 24). No sistema atual, da Lei n.º 1.079, de 1950, não é possível a aplicação da pena de perda do cargo, apenas, nem a pena de inabilitação assume caráter de acessoriedade (CF, 1934, art. 58, § 7.º; CF, 1946, art. 62, § 3.º; CF, 1967, art. 44, parágrafo único; EC n.º 1/69, art. 42, parágrafo único; CF, 1988, art. 52, parágrafo único. Lei n.º 1.079, de 1950, artigos 2.º, 31, 33 e 34).

V - A existência, no impeachment brasileiro, segundo a Constituição e o direito comum (CF, 1988, art. 52, parágrafo único; Lei n.º 1.079, de 1950, artigos 2.º, 33 e 34), de duas penas: a) perda do cargo; b) inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública.

VI - A renúncia ao cargo, apresentada na sessão de julgamento, quando já iniciado este, não paralisa o processo de impeachment.

VII - Os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade administrativa (CF, art. 37).

VIII - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal relativamente aos crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, na forma do Decreto-lei n.º 201, de 27-2-1967. Apresentada a denúncia, estando o Prefeito no exercício do cargo, prosseguirá a ação penal, mesmo após o término do mandato, ou deixando o Prefeito, por qualquer motivo, o exercício do cargo.

IX - Mandado de segurança indeferido (Mandado de Segurança n.º 21.689-1/ maioria de votos, Diário da Justiça, p. 18.871, sexta-feira, 7 abr. 1995).

No mesmo sentido a doutrina já apontava, como ressaltado por Michel Temer, que a renúncia, quando "já iniciado o processo de responsabilização política, tornaria inócuo o dispositivo constitucional se fosse obstáculo ao prosseguimento da ação. Basta supor a hipótese de um Chefe de Executivo que, próximo do final de seu mandato, pressentisse a inevitabilidade da condenação. Renunciaria e, meses depois, poderia voltar a exercer função pública... Assim, havendo renúncia, o processo de responsabilização deve prosseguir para condenar ou absolver, afastando, ou não, sua participação da vida pública pelo prazo de oito anos".

F. Poder Judiciário e possibilidade de alteração da decisão do Senado Federal, no caso de crime de responsabilidade do Presidente da República

O Supremo Tribunal Federal, no citado Mandado de Segurança, por maioria de votos, decidiu pela impossibilidade de o Poder Judiciário alterar a decisão do Senado Federal.

Importante transcrever trecho do voto proferido pelo Ministro Paulo Brossard: "A minha conclusão não decorre do fato de tratar-se de questão política, como por vezes se diz, ou interna corporis. Embora o processo seja marcadamente político, a sanção política, as infrações políticas, isto não importa em associar-se o impeachment às questões meramente, puramente ou exclusivamente políticas, segundo o sentido que essas expressões têm na linguagem do Direito Constitucional. O meu entendimento se funda no fato de a constituição haver reservado ao Senado toda a jurisdição a respeito da matéria, e excluído, por conseguinte, a interferência do Poder Judiciário. Não fora assim e a última palavra, direta ou indiretamente, seria dada pelo STF e não pelo Senado.

O mandado de segurança se funda em um fato, o de ter o Senado decretado a inabilitação do ex-Presidente depois de sua renúncia. A tese é interessante; tenho sustentado entendimento que não foi vitorioso no Senado, o qual, por expressiva maioria, 73 em 81, e baseado em autores nacionais e estrangeiros, de reconhecida autoridade, entendeu que a renúncia, aliás, anunciada depois de iniciado o julgamento, não vedava prosseguisse ele para a aplicação concreta da sanção constitucional, que de outro modo ficaria frustrada pelo arbítrio de uma pessoa. Fez bem o Senado em assim decidir? Não me cabe apreciar o acerto ou o desacerto da Câmara Alta; bem ou mal ela decidiu assim e só ela podia fazê-lo.

Como sustentei em meu estudo, a própria exegese e construção das cláusulas constitucionais referentes ao impeachment são feitas pela Câmara e pelo Senado, O impeachment, n.º 120, p. 151. Pode o STF interferir no mérito do julgamento que compete ao Senado fazer, e reformar sua decisão, como pretende o impetrante, sob o fundamento de que ela decorre de uma exegese menos feliz e de uma orientação doutrinária menos louvável? Não me parece que isto possa ser feito.

A verdade é que, ao cabo de amplo debate, duas teses foram expostas e defendidas e o Senado, por impressionante maioria, 71 a 9, optou por uma delas, a que concluía pelo prosseguimento do processo. Não é a minha, mas, devo reconhecê-lo, tem autorizados defensores, nacionais e norte-americanos.

Decidindo como decidiu, o Senado, não ofendeu nenhum preceito de lei, limitando-se a endossar uma interpretação jurídica que eu não defendo, mas que, tenho de reconhecer, é defendida por autoridades respeitáveis. Note-se, outrossim, que não perdura o disposto no art. 3.º da Lei n.º 27/1892, segundo o qual o processo de que trata esta lei, só poderá ser intentado durante o período presidencial e cessará quando o Presidente, por qualquer motivo, deixar definitivamente o exercício do cargo. Quer dizer, a lei brasileira de então consagrou o entendimento de certa corrente de opinião, numerosa e ilustre, que nos Estados Unidos assim pensava. De maneira diferente, no entanto, veio a dispor o art. 15 da Lei n.º 1.079/50: a denúncia só poderá ser recebida enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo.

O Senado não tratou nenhuma lei; terá adotado a doutrina menos defensável? Não sei; o que sei é que consagrou um entendimento, que não é o meu, mas que tem o sufrágio de autores ilustres. Cuido que a doutrina vitoriosa no Senado não seja a melhor; isto não me autoriza, porém, a deferir o mandado de segurança pleiteado pelo ex-Presidente. Em outras palavras, não posso reformar a decisão do Senado prolatada em matéria de sua exclusiva competência e no exercício de sua original e conclusiva jurisdição. Em verdade, as leis não concebem recurso algum da decisão do Senado para qualquer outra Corte, nem mesmo para o próprio Senado; nem a rescisória é admitida; o judiciário, originariamente ou em grau de recurso, não pode conhecer da matéria, dado que a constituição, bem ou mal, reservou para o Senado e exclusivamente para ele conhecer e decidir acerca do assunto.

JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, firmada de 1895 a 1937, O impeachment, n.º 57, p. 83-85, n.ºs 127 a 136, p. 155-162, assim como a lição dos nossos maiores constitucionalistas, Rui Barbosa, Comentários à Constituição, III, 176; Barbalho, Constituição Federal brasileira, 1902, p. 100 e 240; Felinto Bastos, Manual do direito público e constitucional, 1914, p. 395; Maximiliano, Comentários, 1929, n.ºs 391, p. 643, n.º 282; p. 398-9, nota 5; n.º 455, p. 796; Lacerda, Princípios do direito constitucional, 1929, II, n.º 631, p. 470; Hely Lopes Meirelles, Direito municipal brasileiro, 1964, II, 566 e 567.

É que o Senado, quando julga o Presidente da República, não procede como órgão legislativo, mas como órgão judicial, exercendo jurisdição recebida da constituição, e de cujas decisões não há recurso para nenhum tribunal.

Isto nada tem de inaudito. Da decisão do STF nas infrações penais comuns em que figure como acusado o Presidente da República (bem como o Vice-presidente, os membros do Congresso, os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República), art. 102, I, a, da CF, também não há recurso algum, nem para outro tribunal, nem para o Senado.

Por mais eminentes que sejam as atribuições do STF, e o são, ele não é curador do Senado e sobre ele não exerce curatela. No particular, a constituição traçou, com nitidez matemática, as atribuições privativas do Senado e do Poder Judiciário. Aliás, penso não ser inoportuno lembrar que o Senado e só o Senado pode processar e julgar os Ministros do STF nos delitos de responsabilidade. Os Ministros do STF, o Procurador-Geral da República e o Advogado Geral da União, art. 52, II, da CF".

3.2.2 Crimes comuns

A Lei n.º 8.038/90 institui normas procedimentais para os processos em face do Presidente, por crimes comuns, perante o Supremo Tribunal Federal complementadas pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal - arts. 230 a 246.

Nos crimes comuns, o Presidente da República será processado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal, depois que a Câmara dos Deputados declarar procedente a acusação (art. 86 da Constituição Federal), exercendo um juízo de admissibilidade político, conforme já analisado no caso de crimes de responsabilidade. A necessidade de licença não impede o inquérito policial, nem tampouco o oferecimento da denúncia, porém, apenas impede o seu recebimento, que é o primeiro ato de prosseguimento praticado pelo Supremo Tribunal Federal.

A abrangência desta prerrogativa constitucional de foro do Presidente da República relaciona-se com a locução "crimes comuns", prevista no art. 102, inciso I, b e c, da Constituição Federal, cuja definição o Supremo Tribunal Federal já assentou, pacificamente, abranger todas as modalidades de infrações penais, estendendo-se aos delitos eleitorais, alcançando, até mesmo, os crimes contra a vida e as próprias contravenções penais. É a mesma posição pacificamente adotada pelo Tribunal Superior Eleitoral, em relação ao cometimento de crimes eleitorais pelas autoridades que tenham foro privilegiado no Supremo Tribunal Federal.

Ressalte-se a inexistência de foro privilegiado para as ações populares, ações civis públicas e ações por ato de improbidade administrativa movidas contra o Presidente da República.

Ocorre que estes crimes comuns lato sensu, para permitirem a persecução penal durante o mandato presidencial, devem ter sido cometidas na sua vigência e ainda, tratar-se de ilícitos penais praticados in officio ou cometidos propter officium.

A Constituição Federal, assim, estabelece como prerrogativa presidencial irresponsabilidade relativa às infrações penais cometidas antes do início do exercício do mandato, ou mesmo que, cometidas durante o exercício do mandato, não apresentem correlação com as funções de Presidente da República, consagrando regra de irresponsabilidade penal relativa, pois o Chefe do Estado, nos ilícitos penais praticados in officio ou cometidos propter officium, poderá, ainda que vigente o mandato presidencial, sofrer a persecutio criminis, desde que obtida, previamente, a necessária autorização da Câmara dos deputados, nos termos a seguir analisados.

A questão foi detalhadamente analisada e decidida pelo Supremo Tribunal Federal e, pela importância, pedimos venia para transcrevê-la parcialmente: "Ação penal - Presidente da República - Atos estranhos à função presidencial - Fatos supostamente delituosos cometidos durante a campanha eleitoral de 1989 - CF, art. 86, § 4.º - Disciplina do tema no direito comparado - Imunidade temporária do chefe do Estado à persecução penal em juízo -

Prerrogativa constitucional não afetada pela instauração do processo de Impeachment no Senado Federal - Incompetência do Supremo Tribunal Federal - Devolução dos autos à origem.

O art. 86, § 4.º, da Constituição, ao outorgar privilégio de ordem político-funcional ao Presidente da República, exclui-o, durante a vigência de seu mandato - e por atos estranhos ao seu exercício - da possibilidade de ser ele submetido, no plano judicial, a qualquer ação persecutória do Estado.

A cláusula de exclusão inscrita nesse preceito da Carta Federal, ao inibir a atividade do Poder Público, em sede judicial, alcança as infrações penais comuns praticadas em momento anterior ao da investidura no cargo de Chefe do Executivo da União, bem assim aquelas praticadas na vigência do mandato, desde que estranhas ao ofício presidencial.

A norma consubstanciada no art. 86, § 4.º, da Constituição, reclama e impõe, em função de seu caráter excepcional, exegese estrita, do que deriva a sua inaplicabilidade a situações jurídicas de ordem extrapenal.

A Constituição do Brasil não consagrou, na regra positivada em seu art. 86, § 4.º, o princípio da irresponsabilidade penal absoluta do Presidente da República. O Chefe de Estado, nos ilícitos penais praticados in officio ou cometidos propter officium, poderá, ainda que vigente o mandato presidencial, sofrer a persecutio criminis, desde que obtida, previamente, a necessária autorização da Câmara dos deputados.

...Embora irrecusável a posição de grande eminência do Presidente da República no contexto político-institucional emergente de nossa Carta Política, impõe-se reconhecer, até mesmo como decorrência do princípio republicano, a possibilidade de responsabilizá-lo, penal e politicamente, pelos atos ilícitos que eventualmente venha a praticar no desempenho de suas magnas funções.

...Somente estão abrangidas pelo preceito inscrito no § 4.º do art. 86 da Carta Federal as infrações penais comuns eventualmente cometidas pelo Chefe do Poder Executivo da União que não guardem - ainda que praticada na vigência do mandato - qualquer conexão com o exercício do ofício presidencial.

Os ilícitos penais cometidos em momento anterior ao da investidura do candidato eleito na Presidência da República - exatamente porque não configuram delicta in officio - também são alcançados pela norma tutelar positivada no § 4.º do art. 86 da Lei Fundamental, cuja eficácia subordinante e imperativa inibe provisoriamente o exercício, pelo Estado, do seu poder de persecução criminal”.

Essa irresponsabilidade é relativa a determinadas infrações penais, não se lhe aplicando em relação a responsabilidade civil, administrativa, fiscal ou tributária⁴⁵⁶.

Distribuído o inquérito ao ministro-relator e tratando-se da hipótese acima analisada será declarada a irresponsabilidade relativa temporária do Chefe do Estado, havendo a

⁴⁵⁶ Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal: "O Presidente da República não dispõe de imunidade, quer em face de ações judiciais que visem a definir-lhe a responsabilidade civil, quer em função de processos instaurados por suposta prática de infrações político-administrativas, quer; ainda, em virtude de procedimentos destinados a apurar, para efeitos estritamente fiscais, a sua responsabilidade tributária" (STF - Pleno - Inq. n.º 672/DF - Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 16 abr. 1993, p. 6.431). No mesmo sentido: STF - Pleno - Inq. n.º 567/DF - Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Conferir; ainda: RTJ 143/714.

suspensão da prescrição, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, a partir do reconhecimento desta imunidade⁴⁵⁷.

Não incidindo a referida imunidade e tratando-se de crime de ação penal pública, o STF encaminhará ao Procurador-Geral da República, que terá 15 dias para oferecer a denúncia ou requerer o arquivamento.

Na hipótese de um pronunciamento do Procurador-Geral no sentido do arquivamento de inquérito, tem-se um juízo negativo acerca de prática delitiva, exercido por quem, de modo legítimo e exclusivo, detém a opinio delicti a partir da qual é possível, ou não, instrumentalizar a persecutio criminis. Por esta razão, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal determina que tal pronunciamento deve ser acolhido sem que se questione ou se adentre no mérito da avaliação deduzida pelo titular da ação penal Inq. n.º 535-5/DF), determinando-se, com base no art. 21, XV, do RI/STF e no art. 3.º, I, da Lei n.º 8.038/90, o arquivamento do inquérito policial. Assim, tendo o Ministério Público requerido o arquivamento no prazo legal, não cabe ação privada subsidiária, ou a título originário (CPP, art. 29, CF, art. 5.º, LIX).

Se o inquérito versar sobre a prática de crime de ação privada, o relator determinará seja aguardada a iniciativa do ofendido ou de quem por lei esteja autorizado a oferecer queixa.

Oferecida denúncia ao Supremo Tribunal Federal, haverá necessidade de admissibilidade da acusação pela Câmara dos Deputados.

A solicitação do Presidente do Supremo Tribunal para instauração de processo, nas infrações penais comuns, contra o Presidente, será instruída com cópia integral dos autos da ação penal originária. Recebida a solicitação, o Presidente da Câmara despachará o expediente à Comissão de Constituição e Justiça e de Redação.

Na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, o acusado ou seu defensor terá o prazo de dez sessões para apresentar defesa escrita e indicar provas. Se a defesa não for apresentada, o Presidente da Comissão nomeará defensor dativo para oferecê-la, no mesmo prazo.

Apresentada a defesa, a Comissão procederá às diligências e à instrução probatória que entender necessárias, findas as quais proferirá parecer no prazo de dez sessões, concluindo pelo deferimento ou indeferimento do pedido de autorização e oferecendo o respectivo projeto de resolução.

Se, da aprovação do parecer por dois terços da totalidade dos membros da Casa, resultar admitida a acusação, considerar-se-á autorizada a instauração do processo, na forma do projeto de resolução proposto pela Comissão. A decisão será comunicada pelo Presidente da Câmara dos Deputados ao Supremo Tribunal Federal dentro de duas sessões.

⁴⁵⁷ Assim, conforme entendimento do STF, mesmo na ausência de previsão expressa da Constituição Federal, ocorrerá a suspensão da prescrição na hipótese de incidência da cláusula de irresponsabilidade penal relativa, tendo afirmado que "na questão similar do impedimento temporário a persecução penal do congressista, quando não concedida a licença para o processo, o STF já extraíra, antes que a Constituição o tornasse expresso, a suspensão do curso da prescrição, até a extinção do mandato parlamentar" (STF - Pleno - Inq. n.º 567/DF - Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 9 out. 1992, p. 17.481). Conferir, ainda: RTJ 114/136. Ressalte-se que no caso de tratar-se de infração praticada antes do início do mandato, carecerá o STF de competência para decretar essa suspensão da prescrição, devendo a instância competente fazê-lo. Nesse sentido, manifestou-se o STF, na já citada decisão: "Deixa-se, no entanto, de dar força de decisão a aplicabilidade, no caso, da mesma solução (suspensão da prescrição), a falta de competência do Tribunal para, neste momento, decidir a respeito." Tal incompetência não ocorrerá em relação aos fatos praticados durante o exercício do mandato, porém não praticados in officio ou propter officium.

Autorizada a instauração pela Câmara dos Deputados, o relator, antes do recebimento ou da rejeição da denúncia ou da queixa, mandará notificar o acusado para oferecer resposta escrita no prazo de 15 dias.

Apresentada ou não, a resposta, o Relator pedirá dia para que o Plenário delibere sobre o recebimento ou rejeição da denúncia ou da queixa, sendo facultada sustentação oral. Poderá, ainda, o Plenário deliberar sobre a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas (julgamento antecipado do mérito).

Recebida a denúncia ou a queixa, o Relator designará dia e hora para o interrogatório, mandando citar o acusado e intimar o Procurador-Geral da República.

Ressalte-se que o Presidente da República, nas infrações penais comuns, possui garantia constitucional referente à impossibilidade de ser preso enquanto não sobrevier sentença condenatória, nos termos do art. 86, § 3.º, da Constituição Federal.

O Presidente ficará suspenso de suas funções, nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal, pelo prazo máximo de 180 dias, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo (art. 86 da Constituição Federal).

Diferentemente do Senado Federal nos crimes de responsabilidade, o Supremo Tribunal Federal não está obrigado a receber a denúncia ou queixa oferecida pelo Presidente da República, mesmo que haja autorização de 2/3 da Câmara dos Deputados para iniciar-se o processo. Trata-se de respeito à Separação dos Poderes (CF, art. 2.º).

O próprio relator realizará o interrogatório, havendo prazo de cinco dias para a defesa prévia, sendo designada audiência para oitiva das testemunhas de acusação e defesa.

Após a audiência, haverá intimação das partes para requerimento de diligências em cinco dias e alegações finais em 15 dias, sucessivamente.

Na Sessão Plenária, haverá sustentação oral das partes, pelo prazo de uma hora, seguindo-se a votação.

A. Presidente da República e perda do cargo em razão de condenação criminal decretada pelo Supremo Tribunal Federal

Para Michel Temer, o Presidente perderá o cargo tanto em razão da prática de crime de responsabilidade como de crime comum, pois não tem sentido que se afaste das funções quando da admissão da acusação pela Câmara e volte a elas, com a condenação do Senado Federal. Para José Afonso da Silva, nesse caso, a condenação do Presidente importa em consequência de natureza penal e somente por efeitos reflexos e indiretos implica perda do cargo, à vista do disposto no art. 15, III, da CF.

Convencemo-nos, diferentemente do sustentado nas duas primeiras edições dessa obra, que em virtude da auto-aplicabilidade do art. 15, inciso III, da Constituição Federal, que somente é excetuado em relação aos parlamentares federais (CF, art. 55, inciso VI) a decisão condenatória com trânsito em julgado acarretará a suspensão dos direitos políticos do Presidente da República e, conseqüentemente, a cessação imediata de seu mandato⁴⁵⁸.

⁴⁵⁸ Cf. em hipóteses análogas: STF – 1.ª T - Embs. Decl. em Embs. Decl. em Agr. Reg. em Ag. de inst. ou de pet. n.º 177313/MG - Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 5 nov. 1996, p. 44.488 - Ementário STF, 1.850/1.900; Tribunal Regional Eleitoral Estado de São Paulo - Tribunal Pleno - Acórdão n.º 112.985 - Processo n.º 9.477 - Classe sétima - Rel. Juiz A. C. Mathias Coltro, d. 2 jul. 1992. Conforme destacado no Acórdão n.º 116444/TRE-SP, "impõe-se o cancelamento do alistamento e da filiação partidária dos condenados, ex vi do art. 71, inc. II, do Código Eleitoral e artigo 69, inc. II, da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, por período igual ao da pena aplicada, aqui incluído

Conforme afirmado pelo Ministro-relator Nelson Jobim, "se o STF receber a denúncia ou queixa, o Presidente ficará suspenso de suas funções (CF, art. 86, § 1.º, I). Condenado, o Presidente sujeitar-se-á à prisão (CF, art. 86, § 3.º). Nessa hipótese, perde ele os direitos políticos e por efeitos reflexos e indiretos implica a perda do cargo, à vista do disposto do art. 15, III, diz JOSÉ AFONSO DA SILVA. São os efeitos extra-penais da sentença condenatória. A perda do mandato decorrerá da própria condenação, como determina a regra constitucional (art. 15, III). Não depende da deliberação das Casas do Congresso Nacional. Não depende de outra manifestação do próprio STF. É efeito constitucional da condenação"⁴⁵⁹.

Em relação à condenação criminal com trânsito em julgado e perda de mandato eletivo, consultar Capítulo 7, item 9.2.2.

B. Imunidades do Executivo e Governadores

Em relação aos Governadores de Estado e do Distrito Federal é pacificamente entendida a existência da imunidade formal em relação ao processo, desde que haja expressa previsão das respectivas Constituições Estaduais, que somente poderão ser processados e julgados seja por crimes comuns ou de responsabilidades, após a autorização da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa.

Anote-se que em relação aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, igualmente às demais hipóteses onde são necessárias autorizações do Poder Legislativo para o início do processo por infrações penais comuns, a prescrição ficará suspensa desde o momento em que houver solicitação do Superior Tribunal de Justiça ao Legislativo local.

Importante ressaltar, porém, que, em relação à imunidade formal relativa à prisão do Presidente da República, bem como à cláusula de irresponsabilidade relativa, não há qualquer aplicabilidade em relação aos chefes dos poderes executivos estaduais.

Note-se que essas cláusulas foram repetidas por várias Constituições Estaduais, em relação aos governadores do Estado. Assim, por exemplo, o art. 49, §§ 5.º e 6.º, da Constituição do Estado de São Paulo fazia estas previsões, determinando que enquanto não sobreviesse a sentença condenatória transitada em julgado, nas infrações penais comuns, o governador não estaria sujeito a prisão; bem como o governador, na vigência de seu mandato, não poderia ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Adin n.º 1.021-2, relatada pelo Ministro Celso de Mello, por maioria de votos julgou procedente a ação, declarando a inconstitucionalidade do art. 49, §§ 5.º e 6.º, da Constituição do Estado de São Paulo, entendendo que: "Ementa: ação direta de inconstitucionalidade - Constituição do Estado de São Paulo - outorga de prerrogativa de caráter processual penal ao Governador do Estado imunidade à prisão cautelar e a qualquer processo penal por delitos estranhos à função governamental - inadmissibilidade - ofensa ao princípio republicano - usurpação de

o prazo do sursis, perdendo os eleitos, por igual razão, os respectivos mandatos" (Tribunal Pleno - Acórdão n.º 116444 - processo n.º 22/89 - Classe quarta - Rel. Juiz Sebastião Oscar Feltrin, d. 29 out. 1992).

⁴⁵⁹ Voto do Ministro-relator: STF - Pleno - Rextr. n.º 225.019/GO - Rel. Min. Nelson Jobim, decisão: 8-8-99 - Informativo STF n.º 162. Ressalte-se, porém, que nesse julgamento o Supremo Tribunal Federal não analisou especificamente essa questão em relação ao Presidente da República, mas sim caso tratando de Prefeito Municipal (STF - Pleno - Rextr. n.º 225.019/GO - Rel. Min. Nelson Jobim, decisão: 8-8-99 - Informativo STF n.º 161).

competência legislativa da união - prerrogativas inerentes ao Presidente da República enquanto Chefe de Estado (CF/88, art. 86, §§ 3.º e 4.º) - ação direta procedente".

Note-se, por fim, que todas as Constituições Estaduais que continham as mesmas previsões foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

4 PODER JUDICIÁRIO

4.1 Conceito

O Poder Judiciário é um dos três poderes clássicos previstos pela doutrina e consagrado como poder autônomo e independente de importância crescente no Estado de Direito, pois como afirma Sanches Viamonte, sua função não consiste somente em administrar a Justiça, sendo mais, pois seu mister é ser o verdadeiro guardião da constituição, com a finalidade de preservar, basicamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais tornariam-se vazios. Esta concepção resultou da consolidação de grandes princípios de organização política, incorporados pelas necessidades jurídicas na solução de conflitos.

Não se consegue conceituar um verdadeiro Estado democrático de direito sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente para que exerça sua função de guardião das leis, pois, como afirmou Zaffaroni, "a chave do poder do judiciário se acha no conceito de independência".

Daí as garantias de que goza, algumas das quais asseguradas pela própria Constituição Federal, sendo as principais a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Na proteção destas garantias devemos atentar na recomendação de Montesquieu, de que as leis e expedientes administrativos tendentes a intimidar os juízes contravêm o instituto das garantias judiciais; impedindo a prestação jurisdicional, que há de ser necessariamente independente; e afetando, desta forma, a separação dos poderes e a própria estrutura governamental. Na defesa da necessária independência do Judiciário, Carl Schmitt afirma que a utilização da legislação pode ser facilmente direcionada para atingir os predicamentos da magistratura, afetando a independência do Poder Judiciário. Como autoproteção, o próprio Judiciário poderá garantir sua posição constitucional, por meio do controle judicial destes atos, de onde concluímos a ampla possibilidade de controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos que desrespeitem o livre exercício deste Poder.

Bandrés afirma que a independência judicial constitui um direito fundamental dos cidadãos, inclusive o direito à tutela judicial e o direito ao processo e julgamento por um Tribunal independente e imparcial.

Assim, é preciso um órgão independente e imparcial para velar pela observância da constituição e garantidor da ordem na estrutura governamental, mantendo nos seus papéis tanto o Poder Federal como as autoridades dos Estados Federados, além de consagrar a regra de que a constituição limita os poderes dos órgãos da soberania.

A Constituição Federal enumera, no art. 92, os órgãos do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais, os Tribunais e Juízes Militares e os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, disciplinando-os a seguir, com ampla independência, pois, como apontado por Clèmerson Merlin Clève, "talvez não exista Judiciário no mundo que, na dimensão unicamente

normativa, possua grau de independência superior àquela constitucionalmente assegurada à Justiça Brasileira".

4.2 Quadro de organização estrutural

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

STJ TJs/TAs	TRFs	TST TRT	TSE TRE	STM TM
juízes de direito	juízes federais	juízes do trabalho ⁴⁶⁰	juízes eleitorais	juízes militares
STJ = Superior Tribunal de Justiça				
TST = Tribunal Superior do Trabalho				
TSE = Tribunal Superior Eleitoral				
STM = Superior Tribunal Militar				
TJs = Tribunais de Justiça				
TAs = Tribunais de Alçada				
TRFs = Tribunais Regionais Federais				
TRT = Tribunais Regionais do Trabalho				
TRE = Tribunais Regionais Eleitorais				
TM = Tribunais Militares				

4.3 Funções típicas e atípicas

Ao lado da função de legislar e administrar, o Estado exerce a função de julgar, ou seja, a função jurisdicional, consistente na imposição da validade do ordenamento jurídico, de forma coativa, toda vez que houver necessidade.

Explica Arruda Alvim, "Podemos, assim, afirmar que função jurisdicional é aquela realizada pelo Poder Judiciário, tendo em vista aplicar a lei a uma hipótese controvertida mediante processo regular, produzindo, afinal, coisa julgada, com o que substitui, definitivamente, a atividade e vontade das partes."

Dessa forma, a função típica do Poder Judiciário é a jurisdicional, ou seja, julgar, aplicando a lei a um caso concreto, que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses.

O Judiciário, porém, como os demais Poderes do Estado, possui outras funções, denominadas atípicas, de natureza administrativa e legislativa.

São de natureza administrativa, por exemplo, concessão de férias aos seus membros e serventários⁴⁶¹; prover, na forma prevista nessa Constituição, os cargos de juiz de carreira na respectiva jurisdição⁴⁶².

São de natureza legislativa a edição de normas regimentais⁴⁶³, pois compete ao Poder Judiciário elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

4.4 Garantias do Poder Judiciário

⁴⁶⁰ Nova redação dada pela EC n.º 24, de 9 de dezembro de 1999.

⁴⁶¹ CF, art. 96, I, f.

⁴⁶² CF, art. 96, I, c.

⁴⁶³ CF, art. 96, I, a.

Para o exercício de tão importantes missões constitucionais, faz-se necessária a existência de certas garantias, que possibilitem a aplicação dos princípios basilares do Direito Constitucional apontados pelo já citado Marcelo Caetano: a) a regra da proteção dos direitos individuais; b) a regra do processo jurídico regular; c) a regra do razoável ou do equilíbrio de interesses; e d) a regra da igualdade de direito à proteção legal.

As garantias conferidas aos membros do Poder Judiciário têm assim como condão conferir à instituição a necessária independência para o exercício da Jurisdição, resguardando-a das pressões do Legislativo e do Executivo, não se caracterizando, pois, os predicamentos da magistratura como privilégio dos magistrados, mas sim como meio de assegurar o seu livre desempenho, de molde a revelar a independência e autonomia do Judiciário. Hamilton, no Federalista, comparava as garantias dos juízes às do Presidente da República norte-americana. Dizia que os juízes, por serem vitalícios, necessitam de garantias mais fortes e duradouras que o Presidente.

Todas estas garantias, portanto, são imprescindíveis ao exercício da democracia, à perpetuidade da Separação de Poderes e ao respeito aos direitos fundamentais, configurando suas ausências, supressões ou mesmo reduções, obstáculos inconstitucionais ao Poder Judiciário, no exercício de seu mister constitucional, permitindo que sofra pressões dos demais Poderes do Estado e dificultando o controle da legalidade dos atos políticos do próprio Estado, que causem lesão a direitos individuais ou coletivos. É importante ressaltar que em um Estado Democrático de Direito, os atos políticos do governo estão dentro da esfera de vigiabilidade do Poder Judiciário, desde que causem prejuízo a direitos e garantias individuais ou coletivas e que, para o efetivo e imparcial controle destes atos, há a necessidade das garantias constitucionais da magistratura para não intimidar-se diante dos poderes, para que, dessa mútua oposição resulte a moderação de todos os poderes; o império da lei; a liberdade.

Podemos assim dividir as garantias do Judiciário em garantias institucionais e garantias aos membros.

4.4.1 Garantias institucionais

Dizem respeito à Instituição como um todo, ou seja, garantem a independência do Poder Judiciário no relacionamento com os demais poderes.

Tão importante são as garantias do Poder Judiciário, que a própria constituição considera crime de responsabilidade do Presidente da República atentar contra seu livre exercício, conforme o art. 85, pois como afirma Carlos S. Fayt, as imunidades da magistratura não constituem privilégios pessoais, mas relacionam-se com a própria função exercida e o seu objeto de proteção contra os avanços, excessos e abusos dos outros poderes em benefício da Justiça e de toda a Nação. A magistratura se desempenha no interesse geral e suas garantias têm fundamento no princípio da soberania do povo e na forma republicana de governo, de modo que todo avanço sobre a independência do Poder Judiciário importa em um avanço contra a própria constituição.

A. Autonomia funcional, administrativa e financeira ao Poder Judiciário (CF, art. 99)

Os Tribunais têm autogoverno e devem elaborar suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias⁴⁶⁴.

Com fundamento na independência do Poder Judiciário e no princípio do autogoverno da magistratura, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da Constituição do Estado da Bahia que atribuíam ao Governador do Estado a nomeação dos desembargadores do Tribunal de Justiça local, relativamente aos cargos reservados aos juizes de carreira, condicionando, inclusive, essa nomeação à aprovação do indicado pela maioria da Assembléia Legislativa. A independência do Poder Judiciário estadual pressupõe que o processo de provimento dos cargos de desembargador, por acesso dos juizes de carreira, deve ser iniciado e completado no âmbito do próprio Tribunal de Justiça, não admitindo a participação de qualquer dos outros poderes do Estado. Por exemplo, no Estado de São Paulo, o órgão Especial do Tribunal de Justiça é composto pelos 25 desembargadores com maior antigüidade.

Além disso, é o próprio Judiciário quem organiza suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juizes que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva; dá provimento, na forma prevista na constituição, aos cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição; propõe a criação de novas varas judiciárias; dá provimento, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, aos cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei; concede licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juizes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados (CF, art. 96).

Esta autonomia e independência ampla encontra resguardo em todos os Estados democráticos de Direito, pois os tribunais têm, sob o ponto de vista estrutural-constitucional, uma posição jurídica idêntica à dos outros órgãos constitucionais de soberania. Da mesma forma, desempenham funções cuja vinculatividade está jurídico-constitucionalmente assegurada.

A independência do Judiciário, nos diversos ordenamentos jurídicos, por várias vezes é posta à prova por motivos políticos. Importante destacar, como nos relata Lawrence Baum, o conflito da Suprema Corte Americana com o Presidente Roosevelt, em virtude do New Deal, linha política que foi duramente criticada pelos defensores do princípio da legalidade. Nos anos 20, os políticos liberais norte-americanos atacavam abertamente a Suprema Corte, em virtude de suas decisões jurídicas contra eventuais interesses político-comerciais. Esse quadro se agravou nos anos 30, quando por maioria de votos o Tribunal se colocou em conflito direto com o Presidente Franklin Roosevelt e o já referido New Deal, programa presidencial para combater a Grande Depressão, incluindo amplas e drásticas medidas de controle da economia. A Lei de Ajuste Agrícola, por exemplo, foi um esforço para limitar a produção agrícola a fim de estabilizar os preços dos produtos primários. A Lei de Recuperação Industrial Nacional foi, igualmente, estabelecida para causar acordos sobre práticas de trabalho e comércio dentro de indústrias inteiras. Ocorre que em uma série de decisões tomadas por maioria de votos (6 x 3 e 5 x 4), nos anos de 1935 e 1936, a Suprema Corte entendeu inconstitucionais estas duas leis e outros diplomas legais editados pelo

⁴⁶⁴ Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade da Lei de Diretrizes Orçamentárias que fixou o limite de participação do Poder Judiciário no orçamento geral do Estado sem que houvesse participação desse poder (STF - Pleno - Adin n.º 1.911-7/PR - medida liminar - Rel. Min. Ilmar Galvão, Diário de Justiça, Seção I, 12 mar. 1999, p. 2).

Congresso Nacional com a finalidade de recuperação, enfraquecendo o programa de governo. Inevitavelmente, o Presidente Roosevelt liderou severas críticas contra o Poder Judiciário, e, após sua reeleição consagrada em 1936, sugeriu contornar a situação por meio de uma legislação de acordo com a qual um juiz adicional poderia ser acrescentado à Suprema Corte, para cada juiz que tivesse mais de 70 anos de idade. Com a eventual implementação dessa nova regra, o resultado teria sido aumentar o tamanho da Corte, temporariamente, para 15 juízes, permitindo que o Poder Executivo nomeasse novos juízes favoráveis a seus programas. Enquanto essa hipótese era debatida no Congresso, a Corte eliminou a maior parte do impulso existente por trás dele em uma seqüência de novas decisões tomadas em 1937, e foi mantida a legislação do New Deal e legislação estadual similar por estreitas margens, tomando posição contrária a suas opiniões coletivas nos casos anteriores e evitando-se a deformação da autonomia da cúpula do Poder Judiciário. Anote-se que esta alteração de posicionamento da Suprema Corte Norte-Americana ficou conhecida como *the switch in time that saved nine* (a mudança em tempo de salvar nove).

A composição do Supremo Tribunal Federal, portanto, reveste-se da natureza de cláusula de independência do próprio Poder Judiciário, e é prevista na própria Constituição Federal (art. 101 - onze ministros), sendo que qualquer tentativa do Poder Executivo ou Legislativo de alterabilidade deste número, com a intenção de desrespeito à autonomia da própria Corte ou de suas decisões, além de ser inconstitucional por ferimento às cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4.º, III - Separação dos Poderes), configurará crime de responsabilidade (CF, art. 85, II - Livre exercício do Poder Judiciário).

Essa previsão constitucional do número de membros do Supremo Tribunal é tradicional em nosso direito, existindo desde a 1.ª Constituição republicana, e foi saudada por Rui Barbosa como uma "superioridade, num ponto cardeal, da nossa à Constituição americana", em defesa das garantias da magistratura⁴⁶⁵.

Assim, qualquer alteração constitucional na composição do Supremo Tribunal Federal deverá respeitar a independência do Poder Judiciário e ser feita por emenda constitucional.

Observe-se que as Constituições de 34 (art. 73), de 37 (art. 97) e 46 (art. 98) possibilitavam a elevação, por lei, do número de membros do Supremo Tribunal Federal, mas somente mediante lei de iniciativa do próprio Tribunal.

Comentando o art. 98 da Constituição de 1946, no tocante à necessidade de iniciativa do próprio tribunal, Pontes de Miranda afirmou que "a fixação do número de juízes do Supremo Tribunal Federal evita que, por interesses ocasionais de partidos, ou para satisfação de ambições açodadas, ou prêmios a Ministros de Estado que vão deixar o cargo, se eleve, ou, para obtenção de votos ou de maiorias seguras, se diminua".

B. Modo de escolha dos dirigentes dos tribunais

Importante previsão constitucional, como alicerce da independência do Poder Judiciário, é a do art. 96, I, a, da Constituição Federal, que afirma competir aos Tribunais a eleição de seus órgãos diretivos.

⁴⁶⁵ BARBOSA, Rui. *Commentários...* Op. cit. p. 7-9. Essa mesma constatação é feita por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que afirma que "entendeu o constituinte ser necessário impedir que essa composição fosse ampliada ou diminuída por motivos políticos" (*Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 485).

A eleição dos dirigentes dos Tribunais é função governativa, na medida em que tais dirigentes comandam um dos segmentos do Poder Público. Dessa forma, deve ser realizada pelos membros do Tribunal, sem ingerência do Poder Executivo ou Legislativo.

Citando Alexis de Tocqueville, in *Democracia na América*, José Manuel Bandrés afirma que a força dos tribunais tem sido, em todos os tempos, a maior garantia que se pode oferecer às liberdades individuais.

Ressalte-se que a constituição permite nos tribunais com número superior a 25 julgadores a criação de um órgão especial, com o mínimo de 11 e o máximo de 25 membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais da competência do tribunal pleno.

4.4.2 Garantias aos membros

A. Garantias de liberdade

A.1 Vitaliciedade

Os magistrados possuem constitucionalmente as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio⁴⁶⁶, assim como os membros do Ministério Público, pois sua independência pressupõe um caráter externo, relativo aos órgãos ou entidades estranhas ao Poder Judiciário, e um caráter interno, ou seja, independência dos membros perante os órgãos ou entidades pertencentes à própria organização judiciária.

Assim, o juiz somente poderá perder seu cargo por decisão judicial transitada em julgado. A vitaliciedade (CF, art. 95, I) somente é adquirida após o chamado estágio probatório, ou seja, após dois anos de efetivo exercício da carreira, mediante aprovação no concurso de provas e títulos. Os magistrados dos Tribunais Superiores, ou mesmo os advogados e membros do Ministério Público que ingressam nos Tribunais Estaduais ou Federais pelo quinto constitucional adquirem vitaliciedade imediatamente no momento da posse. O fato de os magistrados serem vitalícios permite-lhes certa liberdade de preocupações a respeito da aprovação pública, permitindo uma atuação mais técnica.

Excepcionalmente, porém, a própria Constituição Federal prevê um abrandamento da vitaliciedade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal ao consagrar em seu art. 52 a competência privativa do Senado Federal para processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, nos crimes de responsabilidade.

Trata-se de uma regra de responsabilização política dos membros da mais alta Corte Judiciária que pratiquem infrações político-administrativas atentatórias à Constituição Federal (impeachment).

Tradicional em nosso direito constitucional, essa regra de responsabilização política foi prevista em todas as constituições republicanas (em geral com competência para o Senado Federal: EC n.º 01/69 - art. 42, inciso II; CF/67 - art. 44, inciso II, e 113, § 2.º; CF/46 - arts. 62, inciso II, e 100; CF/37 - art. 100, nessa Constituição a denominação da Câmara Alta do Congresso era Conselho Federal; CF/1891 art. 57, § 2.º. Somente na CF/34, o art. 75 previa competência a um Tribunal especial - três juízes da Suprema Corte, três do Senado Federal e três da Câmara dos Deputados - para o processo e julgamento dos Ministros da Suprema Corte por crime de responsabilidade) e teve como modelo a Constituição norte-americana,

⁴⁶⁶ Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, promulgada em 4-6-1998 e publicada no Diário Oficial da União em 5-6-1998. Ressalte-se que o art. 34 da própria Emenda Constitucional estabeleceu que sua entrada em vigor seria na data de sua promulgação.

que em sua Seção 3 - item 6 afirma que somente o Senado Federal poderá julgar os crimes de responsabilidade (impeachment)⁴⁶⁷.

A.2 Inamovibilidade

Uma vez titular do respectivo cargo, o juiz somente poderá ser removido ou promovido por iniciativa própria, nunca ex officio de qualquer outra autoridade, salvo em uma única exceção constitucional por motivo de interesse público (CF, arts. 93, VIII, e 95, II) e pelo voto de 2/3 do órgão competente.

Importante ressaltar que os juízes militares gozam, assim como todos os magistrados, de inamovibilidade. Deve ser feita uma ressalva de que esta garantia não os exime de acompanhar as forças em operação junto às quais tenham de servir dado o caráter da justiça militar.

Ao comentar a questão sobre a opção política do legislador constituinte sobre a escolha de um órgão para interpretar a constituição, Carl Schmitt aborda a discussão sobre o preceito da inamovibilidade dos magistrados, defendendo-o, para que os magistrados não sejam expostos a uma prova de resistência política. A doutrina norte-americana já apontava a necessidade de permanência do magistrado no cargo, como garantia de independência e imparcialidade do órgão julgador, pois a debilidade do órgão julgador resultaria em opressão e medo da influência de ações coordenadas, e nada pode contribuir com tanta firmeza para essa independência como a permanência no cargo, garantia que se consubstancia em um baluarte da justiça pública e segurança pública.

A.3 Irredutibilidade de subsídios

O salário, vencimentos ou como denominado na Emenda Constitucional n. 19/98, o subsídio do magistrado não pode ser reduzido como forma de pressão, garantindo-lhe assim o livre exercício de suas atribuições.

Afonso Arinos relembra a origem inglesa, nos moldes modernos, dessa garantia, no propósito de manter a dignidade e a independência dos juízes, a partir do statute I Geo. III c. 23 estabelecendo que os salários integrais dos magistrados estariam absolutamente assegurados durante o período de suas funções.

Surge nesta questão o problema da irredutibilidade jurídica ou real. Pela primeira, a garantia constitucional estará sendo cumprida desde que não haja diminuição nominal do salário, mesmo que os índices inflacionários sejam elevados. Pela segunda, vislumbra-se a impossibilidade de concessões de aumentos em níveis inferiores aos da correção monetária fixados oficialmente uma vez que os sucessivos aumentos em índices inferiores ao valor da moeda importam, indiretamente, na redução dos vencimentos, o que é vedado pelo texto constitucional.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu pela existência da irredutibilidade jurídica, negando o direito à atualização monetária.

A Constituição Federal prevê, portanto, aos membros do Poder Judiciário a garantia da irredutibilidade do subsídio, sendo de interesse lembrar a advertência feita na obra clássica de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay (O federalista) onde, ao conceituar a

⁴⁶⁷ Nos Estados Unidos da América, o impeachment contra membros da Suprema Corte foi tentado três vezes, contra os juízes Samuel Chase (1805), Douglas (1969-70) e Fortas (1969), sem que jamais houvesse qualquer condenação. Em relação aos dois primeiros, o procedimento foi arquivado enquanto em relação ao terceiro perdeu seu objeto em face da renúncia do magistrado.

irredutibilidade de vencimentos, Hamilton consagrou o ditado popular de que mexer na subsistência é mexer na vontade.

B. Garantias de imparcialidade (CF, art. 95, parágrafo único, I, II e III)

Aos juízes é vedado: exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo e dedicar-se à atividade político-partidária.

4.4.3 Independência do Poder Judiciário e controle externo

Após a análise sobre o Poder Judiciário e a necessidade de sua imparcialidade e independência, convém tratarmos da real possibilidade da criação de um controle externo sobre suas atividades.

O estudo deve analisar, primeiramente, o teor de dois artigos da Constituição Federal, o art. 2.º (São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário) e o art. 60, § 4.º, inc. III (Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a separação dos Poderes); pois a conjugação de ambos nos mostra que o legislador constituinte, ao proclamar a existência de poderes da República, independentes e harmônicos entre si, cada qual com sua função soberana, buscou uma finalidade maior, qual seja, evitar o arbítrio e garantir a liberdade individual do cidadão. Ambas as previsões vieram acompanhadas pelo manto da imutabilidade, pretendendo o legislador constituinte evitar o futuro desequilíbrio entre os detentores das funções estatais.

A harmonia prevista entre os Poderes de Estado vem acompanhada de um detalhado sistema de freios e contrapesos (checks and balances), consistente em controles recíprocos.

Assim, é necessário lembrar, dentro dessa idéia de reciprocidade de controles, que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das unidades administrativas do Poder Judiciário deverá ser realizada pelo Poder Legislativo, através do próprio Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, no âmbito nacional.

Além disto, o modo de escolha e investidura da cúpula do Poder Judiciário - os Ministros do Supremo Tribunal Federal - sofre rigoroso controle por parte tanto do Poder Executivo, quanto do Poder Legislativo. A Constituição Federal prevê em seu art. 101 que o "Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada", sendo que o parágrafo único do citado artigo, determina que "Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal".

Esses mesmos Ministros poderão ser processados e julgados pelo Senado Federal nos crimes de responsabilidade.

Não bastasse isto, o Poder Judiciário sofre controle administrativo na escolha e modo de investidura de altos magistrados de Tribunais Superiores, além da regra do quinto constitucional na Justiça Federal, no âmbito da União e nos Tribunais Estaduais e do Distrito Federal.

Reforça esse sistema de controles exercidos sobre o Poder Judiciário, como relembra José Tarcízio de Almeida Melo, "o controle legislativo do Poder Judiciário, além daquele em que o

Congresso tem como auxiliar o Tribunal de Contas da União, dá-se com a participação na elaboração dos projetos de lei, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça, concernentes à alteração do número de cargos de membros dos Tribunais e dos respectivos servidores, e fixação dos vencimentos, bem como à organização e divisão judiciária (art. 96, II)".

Todos estes controles configuram-se previsões originárias do legislador constituinte, dentro do equilíbrio que deve pautar a harmonia entre os Poderes da República.

Seria possível, pois, ao legislador constituinte derivado - Congresso Nacional - conceber a tarefa de criação de um verdadeiro Quarto Poder, cuja função precípua seria controlar um dos três Poderes da República, originariamente criado e organizado pela Assembléia Nacional Constituinte?

Creemos que não, sob pena de grave ferimento à uma das cláusulas pétreas: a Separação dos Poderes⁴⁶⁸.

A criação de um órgão autônomo e externo ao Poder Judiciário, com a missão de fiscalizá-lo e controlá-lo, acabaria por desrespeitar flagrantemente os arts. 2.º e 60, § 4.º, inc. III, da Constituição Federal, configurando-se, em uma intervenção dos demais poderes na magistratura, que ficaria submetida hierárquica e politicamente a um órgão político, composto por integrantes pertencentes aos demais Poderes ou instituições estatais, e, em consequência, haveria o grave risco de comprometimento da imparcialidade dos magistrados.

Esse mesmo entendimento é defendido por Michel Temer, que após analisar a necessidade de independência do Judiciário, afirma que o "Conselho Nacional de Justiça será um outro poder, independente dos demais. Será composto, inafastavelmente, por membros de correntes partidárias ou funcionais que farão nascer, se não diretamente, pelo menos indiretamente, nefasta influência na decisão judicial. Não desejo dizer, com isso, que o juiz será intimado pelo Conselho. Haverá, porém, nítida preocupação do juiz com o Conselho, de composição heterogênea, com membros nem sempre conhecedores da arte jurisdicional. Se as constituições primaram, sempre, por evitar até mesmo a injunção interna no poder decisório, como admitir que um órgão externo ao Judiciário venha a fazê-lo?"

Assim, se não é possível constitucionalmente a criação de um órgão externo controlador do Poder Judiciário, a própria Constituição Federal já prevê a possibilidade de criação de um Conselho da Justiça, que funcionará junto ao Superior Tribunal de Justiça, cabendo-lhe, na forma da lei, exercer a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus. Ressalte-se que as funções desse Conselho de Justiça devem assemelhar-se às funções dos Conselhos Superiores da Magistratura portuguesa que, como salientado por Canotilho, não podem perturbar a independência interna dos magistrados, isto é, o livre exercício da sua atividade, garantindo-se constitucionalmente, a inexistência de quaisquer vínculos perante os órgãos dirigentes do próprio Judiciário e dos tribunais superiores.

⁴⁶⁸ Posicionando-se a favor da criação de um controle externo do Poder Judiciário, que entende compatível com a Separação dos Poderes, Mário Brockmann afirma que "a expressão poderes independentes permite uma interpretação abusiva da teoria inspirada da fórmula importada, pois o que se busca com a separação de poderes é a sua limitação mútua, enquanto que o que se obtém com a sua independência é uma lógica de expansão isolacionista. E com o isolamento podem vir a irresponsabilidade, o privilégio e o abuso" (Separação de Poderes e Controle Externo do Judiciário. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 9, p. 85, 1996).

4.4.4 Supremo Tribunal Federal e controle externo do Poder Judiciário

O Supremo Tribunal Federal não admite a criação de mecanismos de controle externo do Poder Judiciário que não foram previstos originariamente pelo legislador constituinte, entendendo que tais hipóteses afrontam o princípio da separação dos poderes. Assim, analisando a possibilidade de criação de controles externos às magistraturas estaduais, o Tribunal já declarou a inconstitucionalidade das constituições dos Estados da Paraíba, Pará, Bahia e Mato Grosso.

O STF declarou a inconstitucionalidade da Constituição do Estado da Paraíba, que instituía o Conselho Estadual de Justiça, composto por dois desembargadores, um representante da Assembléia Legislativa do Estado, o Procurador-Geral do Estado e o Presidente da Seccional da OAB, atribuindo-lhe a fiscalização da atividade administrativa e do desempenho dos deveres funcionais do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Advocacia Geral do Estado e da Defensoria Pública, pois entendeu que essa previsão ofendia, flagrantemente, o princípio da Separação dos Poderes.

Igualmente, o Pretório Excelso declarou a inconstitucionalidade da Constituição do Estado do Pará que criara um Conselho Estadual de Justiça integrado por membros da magistratura estadual, autoridades pertencentes aos outros Poderes, advogados e representantes de cartórios de notas de registro e de serventuários da Justiça, afirmando que "a criação, pela Constituição do Estado, de Conselho Estadual de Justiça com essa composição e destinado à fiscalização e ao acompanhamento do desempenho dos órgãos do Poder Judiciário é inconstitucional, por ofensa ao princípio da separação dos Poderes (art. 2.º da Constituição Federal), de que são corolários o auto-governo dos Tribunais e a sua autonomia administrativa, financeira e orçamentária (arts. 96, 99 e parágrafos, e 168 da Carta Magna)".

O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, também julgou procedente ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Constituição do Estado da Bahia que, alterando o modo de investidura dos desembargadores do Tribunal de Justiça, pretendia estabelecer uma fiscalização dos poderes Executivo e Legislativo na formação do Tribunal.

Assim, a constituição baiana previa que o Tribunal de Justiça deveria indicar ao Governador do Estado o Juiz mais antigo ou apresentar-lhe lista tríplice para o critério de merecimento, para que esse efetivasse a escolha e submetesse à apreciação da Assembléia Legislativa. Entendeu a Corte Suprema que esse dispositivo desrespeitou o auto-governo da magistratura (CF, art. 99, caput).

Por fim, o STF, também por votação unânime, julgou procedente a ação direta e declarou a inconstitucionalidade da Constituição do Mato Grosso que estabelecia a criação de um controle externo à magistratura conforme afirmou o Tribunal, "O princípio da separação e independência dos Poderes não possui uma fórmula universal apriorística e completa: por isso, quando erigido, no ordenamento brasileiro, em dogma constitucional de observância compulsória pelos Estados-membros, o que a estes se há de impor como padrão não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, mas sim o modelo brasileiro vigente de separação e independência dos Poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República. (...) Poder judiciário: controle externo por colegiado de formação heterogênea e participação de agentes ou representantes dos outros Poderes: inconstitucionalidade de sua instituição na Constituição de Estado-membro. Na formulação positiva do constitucionalismo republicano brasileiro, o autogoverno do Judiciário

- além de espaços variáveis de autonomia financeira e orçamentária - reputa-se corolário da independência do Poder (ADin 135-Pb, Gallotti, 21-11-96): viola-o, pois, a instituição de órgão chamado 'controle externo', com participação de agentes ou representantes dos outros Poderes do Estado. A experiência da Europa continental não se pode transplantar sem traumas para o regime brasileiro de poderes: lá, os conselhos superiores da magistratura representaram um avanço significativo no sentido da independência do Judiciário, na medida em que nada lhe tomaram do poder de administrar-se, de que nunca antes dispuseram, mas, ao contrário, transferiram a colegiados onde a magistratura tem presença relevante, quando não majoritária, poderes de administração judicial e sobre os quadros da magistratura que historicamente eram reservados ao Executivo; a mesma instituição, contudo, traduziria retrocesso e violência constitucional, onde, como sucede no Brasil, a idéia da independência do Judiciário está extensamente imbricada com os predicados de autogoverno crescentemente outorgados aos Tribunais.”

4.5 Organização do Poder Judiciário

A Constituição Federal determina que lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios (CF, art. 93):

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, por meio de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;

II - promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antigüidade e merecimento, atendidas as seguintes normas:

a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento;

b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz à primeira quinta parte da lista de antigüidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago;

c) aferição do merecimento pelos critérios da presteza e segurança no exercício da jurisdição e pela freqüência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento;

d) na apuração da antigüidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação;

III - o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última entrância ou, onde houver, no Tribunal de Alçada, quando se tratar de promoção para o Tribunal de Justiça, de acordo com o inciso II e a classe de origem;

IV - previsão de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados como requisitos para ingresso e promoção na carreira;

V - o subsídio dos Ministros dos Tribunais Superiores corresponderá a noventa e cinco por cento do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal e os subsídios dos demais magistrados serão fixados em lei e escalonados, em nível federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a dez por cento ou inferior a cinco por cento, nem

exceder a noventa e cinco por cento do subsídio mensal dos Ministros dos Tribunais Superiores, obedecido, em qualquer caso, o disposto nos arts. 37, XI, e 39, § 4.^o⁴⁶⁹;

VI - a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40 da Constituição Federal⁴⁷⁰ (conferir Capítulo 9, item 15);

VII - o juiz titular residirá na respectiva comarca;

VIII - o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto de dois terços do respectivo tribunal, assegurada ampla defesa;

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;

X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;

XI - nos tribunais com número superior a 25 julgadores poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de 11 e o máximo de 25 membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais da competência do tribunal pleno.

4.5.1 Fixação de subsídios do Poder Judiciário

Com a Emenda Constitucional n.º 19/98, alterou-se o mecanismo de fixação de subsídios dos membros do Poder Judiciário, que passou a ter as seguintes regras:

- existência de teto salarial fixado por lei: o subsídio dos membros do Poder Judiciário, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 37, XI). Essa fixação será por lei federal ordinária, de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal;

- respeito à igualdade tributária: a fixação de subsídio deverá observar a vedação de qualquer tratamento privilegiado em relação aos demais contribuintes (CF, art. 150, II) a incidência de imposto de renda e proventos de qualquer natureza (CF, art. 153, III), respeitando-se os critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade (CF, art. 153, § 2.º, I);

- fixação de subsídio em parcela única: os membros do Poder Judiciário serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, somente podendo ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices (CF, art. 39, § 4.º e art. 37, X);

- fixação do subsídio de seus membros e dos juízes por lei de iniciativa privativa dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça, conforme a hipótese;

⁴⁶⁹ Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, promulgada em 4-6-1998 e publicada no Diário Oficial da União em 5-6-1998. Ressalte-se que o art. 34 da própria Emenda Constitucional estabeleceu que sua entrada em vigor seria na data de sua promulgação.

⁴⁷⁰ Redação dada pela EC n.º 20/98.

- escalonamento na fixação do subsídio no Poder Judiciário: o subsídio dos Ministros dos Tribunais Superiores corresponderá a 95% do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal e os subsídios dos demais magistrados serão fixados em lei e escalonados, em nível federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a 10% ou inferior a 5%, nem exceder a 95% do subsídio mensal dos Ministros dos Tribunais Superiores;
- irredutibilidade de subsídio: conferir nesse Capítulo, item 4.4.2 - A3.

4.6 Escolha dos membros dos Tribunais Superiores

São Tribunais Superiores o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior Eleitoral, o Superior Tribunal Militar e o Tribunal Superior do Trabalho.

A regra constitucional do art. 94, que determina a composição de um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios para membros do Ministério Público, com mais de 10 anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de 10 anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes, não se aplica aos Tribunais Superiores, pois cada um deles possui regras próprias de composição e investidura.

4.6.1 Supremo Tribunal Federal (art. 101 da CF)

O Supremo Tribunal Federal compõe-se de 11 membros⁴⁷¹, divididos em duas Turmas, que se encontram no mesmo plano hierárquico, com cinco membros cada uma, uma vez que seu Presidente apenas participa das sessões plenárias.

No Supremo Tribunal Federal, não existe divisão preestabelecida para a determinação das 11 vagas de ministros que são de livre nomeação do Presidente da República, após aprovação por maioria absoluta dos membros do Senado Federal.

O Presidente da República, presentes os requisitos constitucionais para investidura, escolhe livremente o candidato, que será sabatinado pelo Senado Federal, devendo ser aprovado pela maioria absoluta de seus membros (art. 52, III, a, e art. 101, parágrafo único, ambos da CF), para poder ser nomeado pelo Chefe do Executivo.

A posse será dada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e acarretará imediata vitaliciedade.

São requisitos para a escolha dos 11 ministros do STF:

- idade: 35 a 65 anos;
- ser brasileiro nato (CF, art. 12, § 3.º, IV);
- ser cidadão (gozo dos direitos políticos);
- notável saber jurídico e reputação ilibada.

⁴⁷¹ Rodolfo de Camargo Mancuso faz interessante análise sobre o aumento do número de membros do STF, sob o argumento de excesso no volume de trabalho, mas com reais intenções políticas. O autor posiciona-se contra essa possibilidade (Recurso extraordinário e recurso especial. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 68-72).

O Supremo Tribunal Federal, portanto, não exige para seus membros a obrigatoriedade do bacharelado em Ciências Jurídicas⁴⁷², e tampouco que seus membros sejam provenientes da magistratura⁴⁷³, apesar da obrigatoriedade de notável saber jurídico.

Assim, diferentemente do Tribunal Constitucional Federal alemão e do Tribunal Constitucional português, o STF não pode ser considerado um Tribunal composto somente de "homens da lei".

A ausência de exigência de formação jurídica para os Ministros do STF é uma tradição constitucional brasileira, que no final do século XIX chegou a seus extremos de exagero, demonstrando a pouca importância institucional dada à época ao Tribunal. A 21-10-1893, foi nomeado para Ministro do Supremo Tribunal Federal, durante o recesso parlamentar, na vaga do Ministro Barradas, o médico clínico Cândido Barata Ribeiro, que tomou posse e exerceu o cargo durante quase um ano (25-11-1893 - 29-9-1894), enquanto se aguardava a confirmação de sua nomeação pelo Senado Federal, que afinal a rejeitou.

Como destacado por Lêda Rodrigues, "ao negar, em sua sessão de 22 de setembro, a aprovação à nomeação de Barata Ribeiro para o cargo de Ministro do STF, consagrou o Senado a interpretação de que o notável saber refere-se a conhecimentos jurídicos; não basta ser diplomado em direito, mas é essencial ser notável pelo conhecimento das matérias que constituem as funções do Supremo Tribunal".

Entendemos que alterações na forma de investidura dos membros do Supremo Tribunal Federal seriam importantes para a preservação de sua legitimidade e a ampliação de sua independência e imparcialidade, tornando-o, efetivamente, um dos órgãos de direção do Estado.

Entre essas modificações, a exigência do notável saber jurídico deveria ser substituída pela presença de requisitos capacitários relacionados ou à qualificação profissional de bacharel em Direito, com o exercício de no mínimo 10 anos de atividade profissional como advogado, membro do Ministério Público, magistrado, ou à qualificação de jurista, comprovada pelo título de doutor em Direito, devidamente reconhecido pelo Poder Público⁴⁷⁴.

4.6.2 Superior Tribunal de Justiça (art. 104 da CF)

Existem regras pré-determinadas para a escolha de seus Ministros, aplicando-se a regra do que poderíamos chamar de 1/3 constitucional.

O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, 33 ministros escolhidos pelo Chefe do Poder Executivo, porém não livremente, pois, obrigatoriamente, deverão ser:

- 1/3 de juízes dos TRFs (Tribunais Regionais Federais);

⁴⁷² Nesse mesmo sentido: FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. Direito constitucional comparado. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 205. Em sentido contrário, Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina que "é certo que a melhor interpretação, conforme a lição de Pedro Lessa, era a que via implícita a necessidade de saber jurídico, dada a natureza das funções", que porém afirma, "hoje, indubitavelmente, não poderá fazer parte do Supremo quem não for graduado em Direito" (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários... Op. cit. p. 486). Também Michel Temer ensina que "a Constituição alude a notável saber jurídico. Haverá de ser bacharel em Direito? Indubitavelmente, sim. Só pode notabilizar-se na área jurídica aquele que nela desempenhar atividades durante o processo" (Elementos... Op. cit. p. 165).

⁴⁷³ FERREIRA, Pinto. Comentários... Op. cit. v. 4, p. 89. Fernando Whitaker da Cunha entende que "seria desejável, também, que no plano federal, o Supremo Tribunal deveria ter um mínimo de cinco juízes de carreira" (Direito ... Op. cit. p. 296).

⁴⁷⁴ Como salientado por Antônio Araújo, ao analisar semelhante problemática no Tribunal Constitucional Português, "a exigência de formação jurídica não oferece dúvidas, atende a natureza da competência do TC e, acima de tudo, o tecnicismo das matérias sobre que incide o juízo de constitucionalidade", concluindo que "a simbiose entre juristas de origem e percursos profissionais diversos tem sido apontada por vários juízes como um dos aspectos mais positivos da vivência cotidiana do Tribunal" (O tribunal... Op. cit. p. 50).

- 1/3 de desembargadores dos Tribunais de Justiça Estaduais;
- 1/3 divididos da seguinte maneira:
- 1/6 de advogados;
- 1/6 de membros do Ministério Público Federal, Estaduais e Distrital.

No caso dos juízes dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça Estaduais, o próprio Superior Tribunal de Justiça elaborará lista tríplice, livremente, e a enviará para o Presidente da República. Ressalte-se que, para a investidura no cargo de Ministro do STJ em vaga destinada aos juízes dos Tribunais Regionais Federais ou aos Desembargadores dos Tribunais de Justiça, não se exige que o nomeado pertença originariamente à classe da magistratura, permitindo-se, portanto, que tenha ingressado nesses tribunais pela regra do quinto constitucional prevista no art. 94 da Constituição Federal⁴⁷⁵.

No caso, porém, dos advogados e membros do Ministério Público, serão preparadas listas sêxtuplas por cada instituição, que as encaminhará ao Superior Tribunal de Justiça, que elaborará lista tríplice a ser encaminhada ao Chefe do Poder Executivo, conforme será estudado no capítulo do Ministério Público.

São requisitos para o cargo de Ministro do Superior Tribunal de Justiça:

- a. idade: 35 a 65 anos;
- b. serem brasileiros natos ou naturalizados;
- c. notável saber jurídico e reputação ilibada.

O Presidente da República escolhe o candidato, dentro das listas tríplices a ele apresentadas. Este será sabatinado pelo Senado Federal, conforme ocorre com os candidatos a Ministro do Supremo Tribunal Federal. Somente se aprovado pela maioria simples (art. 104, parágrafo único cc. art. 47, ambos da CF) do Senado Federal é que poderá ser nomeado pelo Presidente da República.

Anote-se, para melhor entendimento do tema, que o art. 27 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias regulamentou a transição entre a constituição anterior e a nova, em relação à extinção do antigo Tribunal Federal de Recursos e a criação do Superior Tribunal de Justiça, determinando que esse fosse instalado sob a presidência do Supremo Tribunal Federal.

Além disso, a Constituição previu que, até que se instalasse o Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal exerceria suas atribuições e competências definidas na ordem constitucional precedente.

Por fim, destaque-se que a composição inicial do Superior Tribunal de Justiça foi definida mediante dois critérios: pelo aproveitamento dos Ministros do Tribunal Federal de Recursos e pela nomeação dos Ministros que sejam necessários para completar o número estabelecido na constituição.

4.6.3 Tribunal Superior Eleitoral (art. 118 da CF)

⁴⁷⁵ Nesse sentido decidiu o STF: "Para a investidura no cargo de Ministro do STJ em vaga destinada aos juízes dos Tribunais Regionais Federais (CF, art. 104, parágrafo único, I), não se exige que o nomeado pertença originariamente à classe da magistratura. Com esse entendimento, o Tribunal indeferiu mandado de segurança impetrado pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE) contra ato do Presidente da República que indicara, para o cargo de Ministro do STJ, juiz que ocupava vaga no TRF destinada a advogados" (STF - Pleno - MS n.º 23.445/DF - Rel. Min. Néri da Silveira, decisão: 18-11-99. Informativo STF n.º 171).

Apesar da inaplicabilidade da regra do 1/5 constitucional, existem regras predeterminadas sobre a composição do TSE.

O TSE é composto por sete Juízes, sendo:

- a. três juízes entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal;
- b. dois juízes entre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça;
- c. dois juízes entre advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral.

A Constituição Federal somente exige requisitos especiais para os dois juízes pertencentes à advocacia, uma vez que os outros são membros do STF e do STJ: notável saber jurídico e idoneidade moral.

A nomeação, em relação aos Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, decorrerá de eleição mediante voto secreto, nos próprios Tribunais, para escolha dos juízes eleitorais.

Em relação aos dois juízes/advogados, o Supremo Tribunal Federal elaborará lista sêxtupla e a encaminhará ao Presidente da República, que nomeará dois, não havendo necessidade de aprovação do Senado Federal.

Obrigatoriamente o Presidente e Vice-presidente do TSE serão ministros do Supremo Tribunal Federal, eleitos pelos sete juízes eleitorais e o Corregedor Eleitoral será Ministro do STJ, igualmente eleito (art. 119, parágrafo único, da CF).

4.6.4 Tribunal Superior do Trabalho (art. 111 da CF)

Existe regra própria definida pelo artigo 111, § 1.º, da Constituição Federal para a composição do Tribunal Superior do Trabalho, sendo que à partir da EC n.º 24, de 9 de dezembro de 1999, não mais há participação classista temporária nesse ramo de justiça especializada⁴⁷⁶.

O TST compõe-se de 17 Ministros togados e vitalícios, escolhidos dentre os brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado Federal, dos quais:

- onze escolhidos dentre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, integrantes da carreira da magistratura trabalhista;
- três dentre advogados;
- três dentre membros do Ministério Público do Trabalho.

No caso dos Ministros escolhidos dentre os juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, integrantes da carreira da magistratura trabalhista, o próprio TST elaborará lista tríplice e encaminhará ao Presidente da República para escolha. No caso dos advogados e membros do Ministério Público, cada uma das carreiras encaminhará lista sêxtupla ao TST, observados os requisitos do art. 94 da Constituição Federal, que elaborará lista tríplice, encaminhando-se ao Presidente da República, que procederá a escolha.

São requisitos para pertencer ao TST:

⁴⁷⁶ Observe-se que o art. 2.º da EC n.º 24, de 9 de dezembro de 1999, assegurou o cumprimento dos mandatos dos atuais ministros classistas temporários do Tribunal Superior do Trabalho e dos atuais juízes classistas temporários dos Tribunais Regionais do Trabalho e das Juntas de Conciliação e julgamento, independentemente da manutenção da paridade entre representantes de empregados e empregadores.

- a. idade: 35 a 65 anos;
- b. ser brasileiro nato ou naturalizado.

Encaminhada a lista tríplice e presentes os requisitos constitucionais, o Presidente da República, escolherá o candidato a Ministro do TST, que será sabatinado pelo Senado Federal. Somente se aprovado pela maioria simples (art. 111, § 1.º cc. art. 47, ambos da Constituição Federal) do Senado Federal (art. 52, III, da CF) é que poderá ser nomeado pelo Presidente da República.

4.6.5 Superior Tribunal Militar (art. 123 da CF)

São previstas regras especiais, que, igualmente, não consagram a regra genérica do 1/5 (quinto) constitucional.

O Superior Tribunal Militar compor-se-á de 15 Ministros, sendo 10 militares⁴⁷⁷ e cinco civis, da seguinte maneira:

- a. três entre oficiais-generais da Marinha, da ativa e do posto mais elevado da carreira;
- b. quatro entre oficiais-generais do Exército, da ativa e do posto mais elevado da carreira;
- c. três entre oficiais-generais da Aeronáutica, da ativa e do posto mais elevado da carreira;
- d. cinco civis, sendo três advogados, um juiz auditor e um membro do Ministério Público Militar.

A Constituição Federal somente prevê requisitos especiais para os ministros civis, quais sejam:

- a. idade: maior de 35 anos;
- b. ser brasileiro nato ou naturalizado;
- c. notório saber jurídico e conduta ilibada, no caso das vagas para três advogados;
- d. dez anos de efetiva atividade profissional, igualmente, no caso das vagas para os três advogados.

Importante ressaltar que nas vagas dos quinze ministros escolhidos entre oficiais das Forças Armadas, seguem-se os requisitos necessários para que atinjam a patente de oficiais-generais, entre eles, serem brasileiros natos (art. 12, § 3.º, VI, da Constituição Federal).

O Presidente da República, livremente, ou seja, não há necessidade de lista tríplice ou sêxtupla, apontará o candidato, respeitada a proporção constitucional, que será sabatinado pelo Senado Federal. Após a aprovação, por maioria simples, o Presidente da República o nomeará.

4.7 Distribuição de competências jurisdicionais

4.7.1 Supremo Tribunal Federal

⁴⁷⁷ Conforme decidiu o STF, "A teor do disposto no artigo 123 da Constituição Federal, o Superior Tribunal Militar há de estar composto por quinze ministros vitalícios, sendo as vagas destinadas aos militares, em número de dez, preenchidas por oficiais generais. As demais, ao menos neste primeiro exame assim é dado concluir, devem estar ocupadas por civis, tomado o vocábulo no sentido estrito. Ora, embora profissional da advocacia, o indicado mediante a Mensagem n.º 459, de 15 de abril de 1998, do Excelentíssimo Senhor Presidente da República ao Senado Federal, ostenta a qualificação de militar, porquanto, ao passar para a reserva, manteve a respectiva patente" (STF - Pleno - MS n.º 23.138-9/DF - medida liminar - Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 19 maio 1998, p. 7). No mérito, decidiu o Supremo Tribunal Federal pela impossibilidade de "nomeação de quem, embora inscrito na OAB, detenha a patente de tenente-coronel, já que, nos termos do inciso II do § 3.º do art. 142 da CF (EC 18/98), o militar não será afastado definitivamente das Forças Armadas quando tomar posse em cargo ou emprego civil permanente (Informativo STF n.º 170).

Suas competências são definidas nos arts. 102 a 103 da Constituição Federal. Doutrinariamente, podemos dividir as principais competências do Pretório Excelso em dois grandes grupos, conforme a maneira de acioná-lo: originária e recursal.

O Supremo pode ser acionado diretamente, através das ações que lhe cabe processar e julgar originariamente. Nestes casos, o Tribunal analisará a questão em única instância (competência originária). Porém, igualmente, pode-se chegar ao STF através de recursos: ordinários ou extraordinários. Nestes casos, o Tribunal analisará a questão em última instância (competência recursal).

A. Competência originária

A.1 Geral

A função precípua do Supremo Tribunal Federal é de Corte de Constitucionalidade, com a finalidade de realizar o controle concentrado de constitucionalidade no Direito Brasileiro, ou seja, somente ao Supremo Tribunal Federal compete processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade, genéricas ou interventivas, as ações de inconstitucionalidade por omissão e as ações declaratórias de constitucionalidade, com o intuito de garantir a prevalência das normas constitucionais no ordenamento jurídico.

Dessa forma, propunha-se o modelo de justiça constitucional europeu, que se fundamenta essencialmente e em regra na noção de um Tribunal Constitucional, com competência específica para conhecer os litígios constitucionais.

Nos diversos ordenamentos jurídicos, a jurisdição constitucional exerce quatro funções básicas: o controle da regularidade do regime democrático e do Estado de Direito; o respeito ao equilíbrio entre o Estado e a coletividade, principalmente em proteção à supremacia dos direitos e garantias fundamentais; a garantia do bom funcionamento dos poderes públicos e a preservação da separação dos Poderes; e finalmente, o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos.

A competência originária do Supremo Tribunal Federal, conforme acentua Celso de Mello, qualifica-se como "um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional", não comportando a possibilidade de extensão, que "extravasem os rígidos limites fixados em *numerus clausus* pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Carta Política".

Além dessa competência, o Supremo também deve processar e julgar originariamente os casos em que os direitos fundamentais das mais altas autoridades da República estiverem sob ameaça ou concreta violação, ou quando estas autoridades estiverem violando os direitos fundamentais dos cidadãos (CF, art. 102, I, d, i e q).

Dessa forma, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente:

- o habeas corpus, sendo paciente o Presidente da República, o Vice-presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, os Ministros de Estado, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;
- o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

- 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 instância⁴⁷⁸;
- o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

Por fim, dentro da competência originária, caberá ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente:

- nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
- nas infrações penais comuns⁴⁷⁹ e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado⁴⁸⁰ e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica (salvo nos casos de crimes conexos com o Presidente da República, conforme art. 52, I, da CF)⁴⁸¹, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente.

Em relação à competência penal originária do Supremo Tribunal Federal, em virtude de foros privilegiados em razão da dignidade da função, tratando-se de infração penal comum das autoridades enumeradas supra, na vigência do mandato ou do cargo, seja ou não relacionada com o exercício das funções, enquanto durar o mandato ou o cargo, a competência será do Supremo Tribunal Federal.

Porém, encerrado o exercício do mandato/cargo e, conseqüentemente, cessada a prerrogativa de foro, não mais subsistirá a competência do Supremo Tribunal Federal para o processo e julgamento, uma vez que o próprio Tribunal, por unanimidade, cancelou a Súmula n.º 394⁴⁸² por entender que "o art. 102, I, b, da CF - que estabelece a competência do STF para processar e julgar originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República - não alcança aquelas pessoas que não mais exerçam mandato ou cargo".

Dessa forma, não mais ocorrerá a perpetuação da competência do Supremo Tribunal Federal para o processo e julgamento dos crimes comuns praticados pelas autoridades

⁴⁷⁸ Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 22, de 18 de março de 1999. Conferir, sobre os reflexos dessa alteração: Capítulo 4, itens 1.11; 1.13; 1.16.

⁴⁷⁹ Conforme já analisado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já se firmou no sentido de que a locução constitucional crimes comuns, prevista no art. 102, I, b, c, abrange todas as modalidades de infrações penais (RTJ 33/590; HC 69.344-RJ, Rel. Min. Néri da Silveira), estendendo-se, inclusive aos delitos eleitorais (RTJ 63/1; Pet. 673-RJ, Rel. Min. Celso de Mello; Inq. 496-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão), alcançando, até mesmo, as próprias contravenções penais (RTJ 91/423).

⁴⁸⁰ Conforme salientou o Supremo Tribunal Federal, "A ordem jurídica em vigor não prevê, expressamente, suspensão do exercício das funções de Ministros de Estado denunciados por crime de responsabilidade, sem que verificada conexão com ato do Presidente da República" (Petição n.º 1.392-0/RJ - medida liminar - Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 26 nov. 1997, p. 61.736).

⁴⁸¹ Redação dada pela EC n.º 23, promulgada em 2-9-1999.

⁴⁸² Súmula n.º 394 do STF - cancelada - "Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício." O Supremo Tribunal Federal rejeitou a proposta do Min. Sepúlveda Pertence para a edição de nova súmula, a dizer que "cometido o crime no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo, prevalece a competência por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cassação daquele exercício funcional". Vencidos, nesse ponto, os Ministros Nelson Jobim, Ilmar Galvão e Néri da Silveira, que o acompanhavam para acolher a proposta de edição de nova súmula (Informativo STF n.º 159).

previstas no art. 102, I, b e c, quando cessarem seus mandatos/cargos. Deixa, portanto, de ter aplicação a regra da contemporaneidade da infração penal comum com o exercício do mandato/cargo e, conseqüentemente, deverão os autos ser remetidos à Justiça de 1.º grau.

As razões que levaram a Suprema Corte ao cancelamento da Súmula 394 foram trazidas no voto condutor do Ministro-relator Sydney Sanches, que expôs, ao analisar os efeitos da referida súmula: "Mas não se pode negar, por outro lado, que são eles trabalhosíssimos, exigindo dos Relatores que atuem como verdadeiros Juizes de 1.º grau, à busca de uma instrução que propicie as garantias que justificaram a Súmula 394. Penso que, a esta altura, se deva chegar a uma solução oposta a ela, ao menos como um primeiro passo da Corte para se aliviar das competências não expressas na Constituição, mas que ela própria se atribuiu, ao interpretá-la ampliativamente e, às vezes, até, generosamente, sem paralelo no Direito comparado. Se não se chegar a esse entendimento, dia virá em que o Tribunal não terá condições de cuidar das competências explícitas, com o mínimo de eficiência, de eficácia e de celeridade, que se deve exigir das decisões de uma Suprema Corte. Os riscos, para a Nação, disso decorrentes, não podem ser subestimados e, a meu ver, hão de ser elevados em grande conta, no presente julgamento."

Importante ressaltar que o STF, por unanimidade, decidiu pela plena validade de todos os atos praticados e decisões proferidas com base na Súmula 394, ou seja, os efeitos da revogação da Súmula n.º 394 do STF foram ex nunc, ou seja não retroativos. Conforme destacou o Ministro Sepúlveda Pertence, "por motivos de segurança jurídica, decidiu, porém o Tribunal - na linha de outras Cortes Constitucionais, a começar da Suprema Corte americana - que, malgrado aplicável aos processos em curso, a nova orientação jurisprudencial não gerará efeitos retroativos, declarando-se válidos, em conseqüência, todas as decisões proferidas e atos praticados anteriormente".

Igualmente, haverá a aplicação da regra da atualidade do mandato/cargo em havendo a eleição ou investidura do investigado/réu durante o inquérito policial/ação penal, com sua respectiva diplomação ou posse, devendo o caso ser imediatamente remetido ao Supremo Tribunal Federal, que prosseguirá com o feito.

Anote-se, porém, que se a infração penal comum tiver sido praticada pelo parlamentar, antes da diplomação, ou pelas demais autoridades, antes da posse, e, tendo cessado o respectivo mandato ou exercício do cargo, o processo ainda não tiver sido encerrado, não haverá nada que justifique a continuidade da competência do Supremo Tribunal Federal, pelo que os autos deverão retornar ao juízo de origem. pois nestes casos, a competência da Corte Suprema somente persistirá enquanto o exercício do mandato ou do cargo perdurar (atualidade).

A.2 Conflito de competência

A definição de competência caberá ao Supremo Tribunal Federal, competindo-lhe julgar os conflitos de competência entre Tribunais Superiores, entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, ou entre estes e qualquer outro tribunal (CF, art. 101, I, o).

Da mesma maneira, apesar da omissão do texto constitucional, compete ao próprio STF o julgamento de conflitos de competência envolvendo Tribunais Superiores e juizes vinculados a outros tribunais. Assim decidiu o Pretório Excelso, analisando conflito de competência entre juíza federal e Tribunal Superior do Trabalho, onde afirmou que "sendo o Superior Tribunal de Justiça Tribunal Superior do mesmo nível dos demais Tribunais Superiores, conflito de

competência em que figure um destes - no caso, o Tribunal Superior do Trabalho - só poderá ser dirimido pelo Supremo Tribunal Federal, que é hierarquicamente superior aos Tribunais Superiores, uma vez que a dirimência de conflito de competência cabe necessariamente a Tribunal hierarquicamente superior àquele (ou àqueles) que figure (ou figurem) como parte (ou partes) em conflito de competência".

O Supremo Tribunal Federal somente não será competente para dirimir eventuais dúvidas sobre competência envolvendo o Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais ou Estaduais, pois, conforme seu entendimento, "o dissídio, em matéria de competência, entre o Superior Tribunal de Justiça e um Tribunal de segundo grau da justiça ordinária - não importando se federal ou estadual -, é um problema de hierarquia de jurisdição e não de conflito: a regra que incumbe o STF de julgar conflitos de competência entre Tribunal Superior e qualquer outro Tribunal não desmente a verdade curial de que, onde haja hierarquia jurisdicional, não há conflito de jurisdição".

Ressalte-se a inexistência de conflito de competência entre o Supremo Tribunal Federal e qualquer outro Tribunal, uma vez que é a própria Corte, que como guardiã da Constituição, define sua competência, através das chamadas reclamações, previstas no art. 102, I, I, da Constituição Federal.

Em relação à reclamação, faz-se necessário este breve registro do voto do Ministro Celso de Mello: "Todos sabemos que a reclamação, qualquer que seja a natureza jurídica que se lhe atribua - ação (Pontes de Miranda, Comentários ao código de processo civil, tomo V/384, Forense), recurso ou sucedâneo recursal (Moacyr Amaral Santos RTJ 56/546-548; Alcides de Mendonça Lima, O poder judiciário e a nova constituição, p. 80, 1989, Aide), remédio incomum (Orosimbo Nonato, apud Cordeiro de Mello, O processo no Supremo Tribunal Federal, v. 1/280), incidente processual (Moniz Aragão, A correção parcial, p. 110, 1969), medida de direito processual constitucional (José Frederico Marques, Manual de direito processual civil, v. 3, 2.^a parte, p. 199, item n.º 653, 9. ed., 1987, Saraiva) ou medida processual de caráter excepcional (Min. Djaci Falcão, RTJ 112/518-522) -, configura instrumento de extração constitucional, não obstante a origem pretoriana de sua criação (RTJ 112/504), destinado a viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem político-jurídica, a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, I)."

A.3 Descumprimento de preceito constitucional fundamental

A Constituição Federal determina que a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei⁴⁸³.

A Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999 disciplinou o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, dando-lhe contornos absolutamente semelhantes às ações diretas de inconstitucionalidade, razão pela qual, esse tema será analisado no capítulo referente a Controle de Constitucionalidade.

A.4 Supremo e ação popular, ação civil pública e ação por ato de improbidade administrativa

Note-se, que a Constituição Federal de 1988 não incluiu o julgamento da ação popular na esfera das atribuições jurisdicionais originárias da Suprema Corte, cuja competência

⁴⁸³ CF, art. 102, § 1.º com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 3, 17 mar. 1993.

originária não as abrange, ainda que propostas em face do Congresso Nacional, de Ministros de Estado ou do próprio Presidente da República. Essa tem sido a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, tanto sob a vigente Constituição, quanto sob a égide da Carta Política anterior.

Assim, apesar de a Constituição Federal prever a competência originária do Supremo Tribunal Federal para os feitos criminais e mandados de segurança em relação às diversas autoridades, em relação às demais ações propostas, inclusive ações civis públicas e ações por ato de improbidade⁴⁸⁴, carece o Pretório Excelso de competência, por falta de previsão específica do rol taxativo do art. 102 da Carta Magna⁴⁸⁵.

A Lei n.º 10.628, de 24 de dezembro de 2002, alterando a redação do art. 84 do Código de Processo Penal, estabeleceu, em seu § 2.º, que a ação de improbidade deverá ser proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública.

Observe-se, porém, que essa extensão de competência ao Supremo Tribunal Federal para o processo e julgamento de ações de improbidade administrativa fere frontalmente a definição taxativa de competências da Corte Suprema prevista no artigo 102 da Constituição Federal, devendo, portanto, ser declarada inconstitucional⁴⁸⁶.

A citada lei estabeleceu, ainda, que essa competência especial por prerrogativa de função em relação a improbidade administrativa deverá prevalecer ainda que o inquérito ou a ação judicial se iniciem após a cessação do exercício da função pública, revigorando, no campo civil, a antiga regra da contemporaneidade fato/mandato prevista na Súmula 394 do STF, hoje cancelada. Essa perpetuação de competência, igualmente, fere a interpretação dada pelo STF à questão dos foros especiais e, conseqüentemente, deverá ser declarada inconstitucional.

B. Competência recursal

O Pretório Excelso também pode ser acionado via recursal, seja através de recursos ordinários constitucionais ou extraordinários.

B.1 Recurso Ordinário Constitucional

Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, em recurso ordinário:

- o crime político;

⁴⁸⁴ STF - Inquérito n.º 1202-5/CE - Rel. Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça, Seção I, 4 mar. 1997, p. 4.800, em que se salienta que "como a alegação de improbidade administrativa concerne à atuação do acusado como Prefeito Municipal, observadas as formalidades legais atinentes à espécie, competente para propor a ação de improbidade administrativa é o Representante do Ministério Público Estadual, com atribuição específica, ou a Prefeitura de Acaraú (art. 17 da Lei 8.429). Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não é o órgão competente para conhecer, inicialmente, de ação de improbidade administrativa, ainda que proposta contra quem detenha atualmente o mandato de Deputado Federal".

⁴⁸⁵ Nesse mesmo sentido, conforme destacado pelo Supremo Tribunal Federal, em relação à deputados federais, "a prerrogativa de foro, unicamente invocável nos procedimentos de caráter penal, não se estende às causas de natureza civil" (STF – 2.ª T. - Petição - Agravo Regimental n.º 1.738/MG - Rel. Min. Celso de Mello, Informativo STF n.º 164). Ainda em relação a inquérito civil por ato de improbidade, onde se investigava senador da República, afirmou-se que "o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento jurisprudencial no sentido de que não possui competência originária para processar e julgar determinadas causas tais como ações populares, ações civis públicas... não obstante promovidas contra o Presidente da República ou contra o Presidente da Câmara dos Deputados, ou ainda, contra qualquer dos agentes políticos ou autoridades, que, em matéria penal, dispõem de prerrogativa de foro perante essa Corte ou que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitos à jurisdição imediata deste Tribunal" (STF - Pleno - Agravo regimental em reclamação n.º 1.110-1/DF - Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 7 dez. 1999, p. 58 e Informativo STF n.º 172).

⁴⁸⁶ Conforme entendimento pacífico do STF, suas competências originárias não comportam "a possibilidade de extensão que extravasem os rígidos limites fixados em numerus clausus pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Carta Política" (STF - Petição n.º 1.026-4/DF - Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 31 maio 1995, p. 15.855). No mesmo sentido: RTJ 43/129; RTJ 44/563; RTJ 50/72; RTJ 53/776.

- o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.

Somente caberá o recurso ordinário constitucional, nestas hipóteses, quando presentes três requisitos:

1. julgamento do habeas corpus, mandado de segurança, habeas data, mandado de injunção pelos Tribunais Superiores, ou seja, pelo STJ, TSE, STM ou TST;
2. quando a decisão tiver sido originária, ou seja, os Tribunais Superiores não podem ter reformado ou mantido qualquer decisão anterior, mas sim julgado em instância única;
3. quando a decisão tiver sido denegatória. Ressalte-se que para efeito de interposição de recurso ordinário constitucional, o termo decisões denegatórias engloba tanto as decisões de mérito, quanto as decisões que extingam o processo sem julgamento do mérito.

B.2 Recurso Extraordinário

Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida⁴⁸⁷:

- contrariar dispositivo desta constituição;
- declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta constituição.

A Constituição Federal, ao prever o recurso extraordinário de causas decididas em única ou última instância, permite seu cabimento de decisões interlocutórias, desde que presentes os demais requisitos constitucionais.

Saliente-se que somente será cabível a interposição do recurso extraordinário se esgotados todos os meios recursais ordinários. Além disso, na petição de encaminhamento do recurso extraordinário, deverá, obrigatoriamente, ser indicada a hipótese constitucional permissiva.

Acrescente-se, a Constituição não exige que a decisão seja de algum tribunal, desta forma cabível o recurso extraordinário das decisões de juiz singular (quando inexistir recurso ordinário) e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Criminais e Cíveis.

Como garantia de respeito à Constituição Federal, o legislador constituinte, como já afirmado, erigiu o Supremo Tribunal Federal em guardião da Constituição.

Deste fato, surge sua competência recursal extraordinária para assegurar a supremacia das normas constitucionais, de acordo com sua própria hermenêutica, possibilitando, portanto, ao Pretório Excelso somente a análise jurídico-constitucional do recurso, mas jamais o reexame da matéria fática.

No recurso extraordinário, como salienta Mancuso, "o espectro de sua cognição não é amplo, ilimitado, como nos recursos comuns (v. g., a apelação), mas, ao invés, é restrito aos lindes da matéria jurídica", concluindo que esse recurso não se presta "para o reexame da matéria de fato; presume-se ter esta sido dirimida pelas instâncias ordinárias, quando procederam à tarefa da subsunção do fato à norma de regência".

⁴⁸⁷ Ressalte-se que o Ministério Público tem ampla legitimidade para interpor recurso extraordinário, inclusive enquanto custos legis (STF - 1.ª T. - Rextr. n.º 208.103-5/RN - Rel. Octávio Gallotti, Diário da Justiça, Seção I, 22 ago. 1997, p. 38.786).

Em qualquer das três hipóteses, sempre haverá necessidade para o cabimento do recurso extraordinário de dois requisitos:

1. Prequestionamento: O prequestionamento deverá ser explícito, sendo que sua configuração pressupõe o debate e a decisão prévios sobre o tema jurígeno versado no recurso.

Se a Corte de origem não analisou a questão constitucional veiculada, deverão ser interpostos embargos declaratórios, para esse fim, de maneira que se esgotem todos os mecanismos ordinários de discussão da questão constitucional, possibilitando-se o apelo extremo.

Observe-se, porém, que, em regra, não haverá possibilidade de prequestionamento inicial em embargos de declaração de questão constitucional surgida antes da decisão da Corte de origem, uma vez que essa deve ter tido a oportunidade de analisar, em sua plenitude a questão constitucional no próprio acórdão.

Ressalte-se, porém, que na hipótese da vulneração inicial da norma constitucional ter surgido com a decisão da Corte de origem, deverá ser realizado o prequestionamento nos embargos declaratórios a fim de que o próprio Tribunal possa debater a questão constitucional.

Portanto, há a configuração de duas hipóteses possíveis, em que serão necessários os embargos de declaração, para que seja possível a interposição de recurso extraordinário.

Na primeira hipótese, houve o prequestionamento, porém o acórdão da Corte recorrida não analisou a questão constitucional, sendo necessários os embargos declaratórios, para que se esgotem todos os meios ordinários de análise dessa questão. A segunda hipótese ocorrerá quando a questão constitucional surgir no próprio acórdão da Corte recorrida, havendo necessidade de interposição de embargos declaratórios para, de forma inicial, iniciar-se o debate da questão constitucional.

O prequestionamento justifica-se pela necessidade de verificar-se o enquadramento do recurso em um dos permissivos constitucionais (extraordinário stricto sensu), havendo, pois, necessidade de o órgão recorrido ter se manifestado sobre a questão constitucional, emitindo juízo de valor sobre o tema. Deve, portanto, haver o esgotamento de todos os meios possíveis de prequestionamento.

2. Ofensa direta e frontal à Constituição Federal, nunca por via reflexa: O recurso extraordinário será cabível sempre que a ofensa existente nos autos for direta e frontal à Constituição Federal, inadmitindo-o, pois, nas hipóteses de ofensas reflexas.

A via reflexa caracteriza-se quando a apuração da ofensa à norma constitucional depender do reexame das normas infraconstitucionais aplicadas pelo Poder Judiciário ao caso concreto; ou ainda, quando para atingir a violação do preceito constitucional, houver necessidade de interpretação do sentido da legislação infraconstitucional.

Dessa forma, entende o Supremo Tribunal Federal que, se, para provar a contrariedade à Constituição, tem-se, antes, de demonstrar a ofensa à lei ordinária, é esta que conta para o não-cabimento do recurso extraordinário em face das restrições regimentais.

B.3 Recurso extraordinário e súmulas do STF

Súmulas do Supremo Tribunal Federal a respeito do recurso extraordinário: Súmula 279: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

Súmula 281: É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.

Súmula 282: É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida a questão federal suscitada.

Súmula 283: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

Súmula 284: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitiu a exata compreensão da controvérsia.

Súmula 286: Não se conhece do recurso extraordinário fundado em divergência jurisprudencial, quando a orientação do plenário do Supremo Tribunal Federal já se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.

Súmula 356: O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

4.7.2 Superior Tribunal de Justiça

Suas competências são definidas no art. 105 da Constituição Federal.

Assim como podemos afirmar que o STF é o guardião da Constituição, também podemos fazê-lo no sentido de ser o STJ o guardião do ordenamento jurídico federal.

Doutrinariamente, também podemos dividir as principais competências do Superior Tribunal de Justiça em dois grandes grupos, conforme a maneira de acioná-lo: originária e recursal.

O STJ poderá ser acionado diretamente, através das ações que lhe caiba processar e julgar originariamente. Nestes casos, o Tribunal analisará a questão em única instância (competência originária).

Porém, igualmente, pode-se chegar ao STJ através de recursos ordinários constitucionais ou especiais. Nestes casos, o Tribunal analisará a questão em última instância (competência recursal).

A. Competência originária (art. 105, I)

O Superior Tribunal de Justiça deve processar e julgar originariamente os casos em que os direitos fundamentais de altas autoridades da República, que não estejam sob a jurisdição do Supremo Tribunal Federal, estiverem sob ameaça ou concreta violação, ou quando estas autoridades estiverem violando os direitos fundamentais dos cidadãos. Assim, compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais.

Dessa forma, na defesa de direitos fundamentais caberá ao STJ o processo e julgamento:

- dos mandados de segurança e dos habeas data contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal⁴⁸⁸;
- dos habeas corpus, quando o coator ou o paciente for Governador de Estado e do Distrito Federal, desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais, ou quando o coator for tribunal, sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado, ou Comandante da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral⁴⁸⁹;
- do mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

Igualmente, compete ao STJ resolver os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, o, da CF (já analisado no tópico anterior sobre STF), bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos⁴⁹⁰.

Da mesma forma, compete ao Superior Tribunal de Justiça resolver conflito de atribuições entre membros de Ministérios Públicos de Estados diversos ou entre membros de Ministério Público Estadual e Federal⁴⁹¹, desde que os mesmos tenham suscitado perante os respectivos Juízos a ausência ou presença de atribuição para determinado feito⁴⁹². Isso ocorre em virtude da ausência de norma constitucional que preveja órgão ou autoridade competente para dirimir conflitos de atribuições positivos ou negativos entre diversos Ministérios Públicos, de maneira que ao se suscitá-los perante os Juízos respectivos, o inicial conflito de atribuição transforma-se em conflito de competência entre juízes vinculados a tribunais diversos, cuja competência para decisão, nos termos do art. 105, I, d, da Constituição Federal é do Superior Tribunal de Justiça⁴⁹³.

B. Competência recursal

⁴⁸⁸ Redação dada pela EC n.º 23, promulgada em 2-9-1999).

⁴⁸⁹ Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 22, de 18-3-1999. Conferir, sobre os reflexos dessa alteração: Capítulo 4, itens 1.11; 1.13; 1.16.

⁴⁹⁰ O STJ já pacificou o entendimento de que não há conflito de competência entre o Tribunal de Justiça e Tribunal de Alçada do mesmo Estado-Membro (Súmula 22).

⁴⁹¹ Conflito de atribuição n.º 05, Rel. Min. Costa Lima, RSTJ 04/1219 -DJU, 10 out. 1989, p. 15.642.

⁴⁹² Saliente-se que há necessidade do conflito ser suscitado perante os respectivos Juízos, sem o que falece de competência o STJ. Nesse sentido: "Portanto, não lhe cabe apreciar recusa de membros do Ministério Público da União e do Estado do Rio de Janeiro para oferecerem denúncia sobre fatos apurados pela Polícia Federal e, igualmente, antecipar-se declarando que se trata ou não de crime contra a organização do trabalho" (STJ – 3.ª Seção - Conflito de atribuição n.º 37-0/RJ - Rel. Min. José Dantas. Diário da Justiça, Seção I, 6 maio 1996).

⁴⁹³ Nesse sentido, pacificou a questão o Supremo Tribunal Federal: "EMENTA: Petição. Questão de ordem. Denúncia. Divergência dos Promotores Públicos. Inocorrência de conflito federativo (art. 102, inciso I, alínea "f", da CF). Hipótese de conflito negativo de competência entre juízes vinculados a Tribunais diversos (CF, art. 105, inciso I, alínea "d"). Divergência dos Promotores Públicos de Estados-membros diversos ao suscitarem perante os respectivos Juízos, a incompetência para o oferecimento da denúncia: inexistente dispositivo legal que atribua ao Procurador-Geral da República o poder de dirimir conflitos de atribuições entre Promotores de Estados diferentes; compete a cada um dos Juízes decidir acerca da questão suscitada. Se juízes de comarcas situadas em Estados-membros diversos, acolhendo manifestações dos respectivos membros do Ministério Público, decidem no sentido da incompetência dos seus Juízos, o que se configure é conflito de jurisdição e não de atribuições entre órgãos do Ministério Público de Estados diferentes. Hipótese em que não remanesce dúvida quanto à inocorrência de conflito federativo (art. 102, inciso I, alínea "f", da CF). A competência para dirimir desavença é a prevista no art. 105, inciso I, alínea "d", da Carta Política (STF - Petição n.º 623,2/RS - Rel. Min. Maurício Corrêa, Diário da Justiça, 27 set. 1996, p. 36.154).

O STJ também pode ser acionado via recursal, seja através de recursos ordinários constitucionais ou especiais.

B.1 Recurso ordinário constitucional

Compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso ordinário:

- os habeas corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;
- os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;
- as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País.

B.2 Recurso especial

Em relação ao recurso especial, ensina-nos o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Sálvio de Figueiredo Teixeira tratar-se "de modalidade de recurso extraordinário lato sensu, destinado, por previsão constitucional, a preservar a unidade e autoridade do direito federal, sob a inspiração de que nele o interesse público, refletido na correta interpretação da lei, deve prevalecer sobre os interesses das partes. Ao lado do seu objetivo de ensejar o reexame da causa, avulta sua finalidade precípua, que é a defesa do direito federal e a unificação da jurisprudência. Não se presta, entretanto, ao exame de matéria de fato, e nem representa terceira instância. Alguns vêem suas origens no writ of error do direito norte-americano e outros a sua inserção na categoria dos recursos de cassação do direito europeu".

Compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, mediante recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência: pretende-se evitar a inobservância do direito federal, o seu descumprimento. Contrariar a lei é, em última análise, o mesmo que tê-la por inexistente, negar-lhe vigência, deixar de aplicá-la ou violá-la.

Na interposição do recurso especial com base nesse fundamento, é obrigatória a indicação do dispositivo legal (tratado ou lei federal) supostamente violado;

- julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;
- der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal, sendo que a divergência entre julgados do mesmo tribunal não enseja recurso especial (Súmula 13 do STJ). Aqui, segundo o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, "situa-se a mais importante função do recurso especial uniformizar a interpretação do direito federal no País, quando haja manifesta divergência envolvendo tribunais diferentes, um dos quais poderá ser o próprio Superior Tribunal de Justiça, podendo o dissenso ocorrer também entre tribunais de um mesmo Estado (verbi gratia, de Justiça e de Alçada) e mesmo com julgados de tribunais não mais competentes na matéria (exemplifique-se com a jurisprudência do STF no sistema constitucional anterior, em matéria infraconstitucional). Não se admite a divergência,

entretanto, se o entendimento trazido à colação como paradigma já se encontra superado no tribunal que o proferiu".

Ressalte-se a necessidade de prequestionamento e conseqüente análise por parte do Tribunal Regional Federal ou dos Tribunais estaduais ou do Distrito Federal da questão federal a ser posteriormente analisada pelo Superior Tribunal de Justiça.

4.7.3 Justiça do Trabalho

Trata-se de uma Justiça especializada em razão da matéria, portanto com competência taxativamente prevista pela Constituição Federal, prevista pela Carta de 1934 e criada em 1942, como órgão do Poder Executivo, ligado ao Ministério do Trabalho. A Justiça trabalhista passou a ter os contornos hoje consagrados, a partir da Constituição Federal de 1946, que a colocou como órgão do Poder Judiciário destinado a solução dos conflitos de interesses trabalhistas.

Observe-se que a EC n.º 24, de 9 de dezembro de 1999, extinguiu a participação classista temporária de representantes de empregados e empregadores na Justiça trabalhista, transformando seu órgão de 1.ª instância em monocrático, qual seja, os juízes do trabalho, em substituição às Juntas de Conciliação e Julgamento, antigos órgãos colegiados⁴⁹⁴.

Em relação a extinção dos juízes classistas e paridade, entendeu o Supremo Tribunal Federal - em sede de ação direta de inconstitucionalidade contra a Resolução n.º 665/99 do Tribunal Superior do Trabalho - que "quanto ao art. 1.º e parágrafo da mencionada Resolução - que disciplinam a paridade de representação, determinando o afastamento remunerado das funções judicantes do classista quando o classista da categoria oposta tiver exaurido o seu mandato -, o Tribunal indeferiu a liminar por entender não haver plausibilidade jurídica na tese de ofensa à extinção do princípio da paridade na Justiça do Trabalho (EC 24/99), uma vez que a norma transitória da Emenda Constitucional 24/99 assegura o sistema constitucional anterior da paridade entre as categorias (EC 24/99, art. 2.º): "É assegurado o cumprimento dos mandatos dos atuais ministros classistas temporários do Tribunal Superior do Trabalho e dos atuais juízes classistas temporários dos Tribunais Regionais do Trabalho e das Juntas de Conciliação e Julgamento. No tocante ao art. 2.º e parágrafo único da Resolução 665/99, que fixam, de acordo com o art. 666 da CLT, o cálculo dos vencimentos dos juízes afastados com base na média dos proventos percebidos nos últimos doze meses de exercício, o Tribunal também indeferiu o pedido por não estar caracterizada, à primeira vista, a alegada ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos, uma vez que estes variam em função do comparecimento às audiências. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal deferiu a suspensão cautelar do art. 3.º da Resolução impugnada, que exclui os classistas remanescentes da votação para o preenchimento de cargos de direção ou de vagas nos Tribunais, convocação de juízes, ou de qualquer outro processo administrativo. À primeira vista, considerou-se relevante a arguição de inconstitucionalidade uma vez que a Emenda Constitucional 24/99, ao extinguir a representação classista, assegurou o cumprimento do mandato dos atuais juízes, inclusive quanto à competência administrativa anterior."

⁴⁹⁴ Observe-se que o art. 2.º da EC n.º 24, de 9 de dezembro de 1999, assegurou o cumprimento dos mandatos dos atuais ministros classistas temporários do Tribunal Superior do Trabalho e dos atuais juízes classistas temporários dos Tribunais Regionais do Trabalho e das Juntas de Conciliação e Julgamento.

Os órgãos da Justiça do Trabalho são: o Tribunal Superior do Trabalho; os Tribunais Regionais do Trabalho e os Juízes do Trabalho. A lei disporá sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho (CF, art. 111, § 3.º).

A. Tribunais Regionais do Trabalho

Os Tribunais Regionais do Trabalho serão compostos de juízes nomeados pelo Presidente da República, respeitada a proporcionalidade estabelecida pelo art. 111, § 2.º, da Constituição Federal⁴⁹⁵.

Os juízes do trabalho chegarão aos Tribunais Regionais do Trabalho, escolhidos por promoção, alternadamente, por antigüidade e merecimento.

Entretanto, os advogados e membros do Ministério Público do Trabalho ingressarão no Tribunal Regional do Trabalho, obedecido o disposto no art. 94, ou seja, desde que tenham mais de dez anos de carreira⁴⁹⁶, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. Sendo que, recebidas as indicações, o Tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para a nomeação.

Haverá pelo menos um Tribunal Regional do Trabalho em cada Estado e no Distrito Federal.

B. Juízes do Trabalho

A EC n.º 24, de 9 de dezembro de 1999, extinguiu a participação classista temporária de representantes de empregados e empregadores na Justiça Trabalhista, inclusive na 1.ª instância, transformando as Juntas de Conciliação e Julgamento, antigos órgãos colegiados, em Varas do Trabalho, cuja jurisdição será exercida por um juiz singular.

A lei instituirá as Varas do Trabalho, podendo, nas comarcas onde não forem instituídas, atribuir sua jurisdição aos juízes de direito⁴⁹⁷.

C. Competência da Justiça do Trabalho

Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

A Constituição estabelece que, frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros, e, recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos

⁴⁹⁵ Redação dada pela EC n.º 24, de 9 de dezembro de 1999.

⁴⁹⁶ Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, "É relevante o fundamento da arguição de incompatibilidade, com o disposto nos artigos 93 e 115 da Constituição Federal, do ato normativo do Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho (ata da 4.ª reunião ordinária, in DJ de 16-11-93), que implica a possibilidade de dispensa do requisito temporal exigido para o acesso dos procuradores aos Tribunais Regionais do Trabalho (STF - Pleno - Adin n.º 1.289-4/DF - medida liminar - Rel. Min. Octávio Gallotti, Diário da Justiça, Seção I, 29 maio 1998, p. 2). Confirmando a liminar, no mérito, entendeu o Pretório Excelso que "Somente quando não houver, entre os Membros do Ministério Público do Trabalho, candidato com mais de dez anos de carreira, será lícita a inclusão em lista, para a investidura no cargo de Juiz de Tribunal Regional do trabalho, de quem não preencha aquele requisito temporal. Inconstitucionalidade, perante o art. 115, parágrafo único, inciso II, combinado com o art. 94, ambos da Carta de 1988, de ato normativo do Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho, que autorizara a complementação da lista com figurantes destituídos daquela antigüidade. Decisão majoritária do Supremo Tribunal" (STF - Pleno - Adin n.º 1.289-4/DF - Rel. Min. Octávio Gallotti, Diário da Justiça, Seção I, 29 maio 1998, p. 2).

⁴⁹⁷ Nova redação dada pela EC n.º 24, de 9 de dezembro de 1999.

respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.

A Emenda Constitucional n.º 20/98 ampliou a competência da Justiça do Trabalho ao prever que deverá executar, de ofício, as contribuições sociais do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício (CF, art. 195, I, a), e as contribuições sociais do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social⁴⁹⁸, bem como, em ambas as hipóteses, seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.

4.7.4 Justiça Eleitoral

São órgãos da Justiça Eleitoral: o Tribunal Superior Eleitoral; os Tribunais Regionais Eleitorais; os Juízes Eleitorais e as Juntas Eleitorais.

A lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais (CF, art. 121).

Haverá um Tribunal Regional Eleitoral na capital de cada Estado e no Distrito Federal, que serão compostos, mediante eleição e voto secreto, de dois juizes entre os desembargadores do Tribunal de Justiça; dois juízes, entre juízes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça; de um juiz do Tribunal Regional Federal com sede na Capital do Estado ou no Distrito Federal, ou, não havendo, de juiz federal, escolhido, em qualquer caso, pelo Tribunal Regional Federal respectivo. Além disto, por nomeação, pelo Presidente da República, de dois juízes entre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça.

Em respeito ao princípio da independência do Poder Judiciário, o próprio Tribunal Regional Eleitoral elegerá seu Presidente e o Vice-presidente, fixando a Constituição Federal que a escolha deverá recair entre seus membros desembargadores; além disto, garante-se que os membros dos tribunais, os juízes de direito e os integrantes das juntas eleitorais, no exercício de suas funções, e no que lhes for aplicável, gozarão de plenas garantias e serão inamovíveis.

A fim de preservar a imparcialidade do Judiciário, e afastar possibilidade de ingerências políticas nos Tribunais eleitorais, salvo motivo justificado, seus membros servirão por dois anos, no mínimo, e nunca por mais de dois biênios consecutivos, sendo os substitutos escolhidos na mesma ocasião e pelo mesmo processo, em número igual para cada categoria.

Recursos eleitorais. São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem a Constituição e as denegatórias de habeas corpus ou mandado de segurança.

Em relação aos Tribunais Regionais Eleitorais, somente caberá recurso quando suas decisões forem proferidas contra disposição expressa da Constituição ou de lei; ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais; versarem sobre

⁴⁹⁸ Cf. art. 201 da Constituição Federal.

inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais; anularem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais; denegarem habeas corpus, mandado de segurança, habeas data ou mandado de injunção.

4.7.5 Justiça Militar

A Constituição Federal determina que a Justiça Militar se compõe do Superior Tribunal Militar; dos Tribunais e dos Juízes Militares instituídos por lei, que a organizará, competindo-lhe processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

4.7.6 Justiça Federal

A Constituição Federal estabelece que são órgãos da Justiça Federal: os Tribunais Regionais Federais e os Juízes Federais.

A. Composição dos Tribunais Regionais Federais - regra do quinto constitucional

Os Tribunais Regionais Federais compõem-se de, no mínimo, sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo presidente da República entre brasileiros com mais de 30 e menos de 65 anos, aplicando-se a regra do quinto constitucional.

Assim, um quinto dos membros dos Tribunais Regionais Federais deverá ser escolhido entre advogados, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público Federal com mais de 10 anos de carreira. Os demais serão formados, mediante promoção de juízes federais com mais de cinco anos de exercício, por antigüidade e merecimento, alternadamente.

B. Competência da Justiça Federal

A competência da Justiça Federal vem taxativamente prevista na constituição. Dessa forma, conclui-se que a competência da Justiça comum é subsidiária.

B.1 Tribunais Regionais Federais

Compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar originariamente:

- os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;
- as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região;
- os mandados de segurança e os habeas data contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal;
- os habeas corpus, quando a autoridade coatora for juiz federal;
- os conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao Tribunal;

Além disso, em grau recursal, os Tribunais Regionais Federais têm competência para o julgamento das causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.

B.2 Juízes federais

Aos juízes federais, o art. 109 estabelece competir processar e julgar: as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas⁴⁹⁹ na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País; as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional; os crimes políticos⁵⁰⁰ e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral; os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira; os habeas corpus, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição; os mandados de segurança e os habeas data contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais; os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar; os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o exequatur, e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização e a disputa sobre direitos indígenas.

B.3 Foro das causas de interesse da União

Igualmente, é estabelecido o foro das causas de interesse da União (CF, art. 109, §§ 1.º e 2.º). Assim, as causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte; e as causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

Ainda, estabelece-se constitucionalmente que serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja a sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual. Observe-se, porém, que, nessa hipótese, o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau.

B.4 Organização da primeira instância da justiça federal

A Constituição Federal determina que cada Estado-membro, bem como o Distrito Federal, constitua uma seção judiciária que terá por sede a respectiva Capital, e varas localizadas segundo o estabelecido em lei, sendo que nos Territórios Federais, a jurisdição e as atribuições cometidas aos juízes federais caberão aos juízes da justiça local, na forma da lei.

4.7.7 Justiça Estadual

⁴⁹⁹ Compete à Justiça Comum estadual o processo e o julgamento de crime praticado contra o Banco do Brasil (RTJ 158/159).

⁵⁰⁰ Em relação à conceituação de crime político, conforme já citado no capítulo sobre extradição, importante salientar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de "repelir-se, no caso concreto, a existência de crime político, dado que não demonstrada a destinação de atentar, efetiva ou potencialmente, contra a soberania nacional e a estrutura política brasileira" (STF – 2.ª T. - HC n.º 73.452/RJ - Rel. Min. Maurício Corrêa, Diário da Justiça, Seção I, 27 jun. 1997, p. 30.226).

Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos na Constituição Federal, que fixa alguns preceitos de observância obrigatória:

I. a competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

II. 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.

III. a possibilidade de criação por lei estadual, mediante proposta do Tribunal de Justiça, da Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos Conselhos de Justiça e, em segundo, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo da polícia militar seja superior a vinte mil integrantes, com competência para processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente e dos oficiais e da graduação das praças.

IV. designação por parte do Tribunal de Justiça de juízes de entrância especial, que sempre que necessário à eficiente prestação jurisdicional, o juiz far-se-á presente no local do litígio, com competência exclusiva para questões agrárias.

V. aplicabilidade de regra na composição dos Tribunais Estaduais, segundo a qual um quinto dos lugares dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para a nomeação.

4.7.8 Composição dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios: REGRA DO "QUINTO CONSTITUCIONAL"

Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes, que encaminharão as indicações ao Tribunal respectivo, que formará lista tríplice, enviando-a ao chefe do Poder Executivo que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação (CF, art. 94).

Importante salientar que a regra constitucional prevê expressamente a obrigatoriedade de que 1/5 dos assentos nos Tribunais estaduais, distritais e Tribunais Regionais Federais, independentemente da composição do respectivo tribunal ser ou não múltiplo de cinco, seja composto por advogados e membros do Ministério Público. Assim, se a divisão dos membros de um determinado tribunal estadual, distrital ou regional federal por cinco não resultar em um número inteiro, o arredondamento sempre deverá ser para cima, sob pena de consagrar-se uma sub-representação dos membros do Ministério Público e dos advogados, em flagrante inconstitucionalidade.

Por exemplo: dividindo-se por cinco os cargos de um Tribunal composto por 12 (doze) membros, chegaríamos ao número de 2,4 (dois vírgula quatro). Conseqüentemente, para

atender-se ao preceito constitucional, teríamos que arredondar as vagas destinadas aos membros do Ministério Público e advogados para 3 (três), sob pena de não atender-se o preceito constitucional com somente 2 (duas) vagas que, por óbvio, estariam abaixo de 1/5 dos assentos do tribunal.

Assim o Supremo Tribunal Federal, alterando posicionamento anterior, afirmou em relação à regra do "quinto constitucional" que "essa é uma norma constitucional expressa, que há de prevalecer sobre a norma implícita, que decorre de norma expressa, no sentido de que, se um quinto é dos advogados e dos membros do Ministério Público Federal, quatro quintos serão dos juízes de carreira. Observada a regra de hermenêutica - a norma expressa prevalece sobre a norma implícita - força é convir que, se o número total da composição não for múltiplo de cinco, arredonda-se a fração - superior ou inferior a meio - para cima, obtendo-se, então, o número inteiro seguinte. É que, se assim não for feito, o Tribunal não terá na sua composição um quinto de juízes oriundos da advocacia e do Ministério Público Federal, com descumprimento da norma constitucional (CF, art. 94 e art. 107, I)"⁵⁰¹.

4.8 Quadro de competência para julgamento de autoridades da República (os artigos referem-se à Constituição Federal)

AUTORIDADE	INFRAÇÃO	ÓRGÃO JULGADOR
I – Presidente	Comum	STF (art. 102, I, b)
	responsabilidade	Senado Federal (art. 86)
II – Vice-presidente	Comum	STF (art. 102, I, b)
	Responsabilidade	Senado Federal (art. 86; 52, I)
III – Parlamentares	comum	STF (art. 102, I, b)
	responsabilidade	Casa Correspondente (art. 55, § 2.º)
IV – Ministros do STF	comum	STF (art. 102, I, b)
	responsabilidade	Senado Federal (art. 52, II)
V – Procurador-Geral da República	comum	STF (art. 102, I, b)
	responsabilidade	Senado Federal (art. 52, II)
VI - Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ⁵⁰²	comum	STF (art. 102, I, c)
	responsabilidade	STF (art. 102, I, c)
	resp. conexo com presidente	Senado Federal (art. 52, I)
VII - Advogado-Geral da União	comum	STF (art. 102, I, b) status de Ministro ⁵⁰³
	responsabilidade	Senado Federal (art. 52, II)
VIII - Tribunais Superiores (STJ, TSE, STM, TST) e diplomatas	comum/responsabilidade	STF (art. 102, I, c)
IX - Tribunal de Contas da	comum/responsabilidade	STF (art. 102, I, c)

⁵⁰¹ STF - Pleno - MS n.º 22323 5/SP - Rel. Min. Carlos Velloso, Ementário n.º 1824-10. O próprio Ministro relator, alterando seu posicionamento anterior (Adin n.º 1171-RS), afirmou que: "Continuarei, entretanto, repito, a meditar sobre o tema. A conclusão a que cheguei foi outra. O que a Constituição garante, expressamente, é o quinto da advocacia e do Ministério Público. A Constituição não é expressa em garantir os quatro quintos da carreira... Para que seja dado cumprimento à norma expressa do quinto constitucional, o arredondamento haverá de ser para cima."

⁵⁰² Em regra, as Constituições estaduais estabelecem a competência para o Tribunal de Justiça.

⁵⁰³ Redação dada pela EC n.º 23, promulgada em 2-9-1999.

União		
X - Membros dos TRT/TRE/TCE/TCM e TRFs	comum/responsabilidade	STJ (art. 105, I, a)
XI – Desembargadores	comum/responsabilidade	STJ (art. 105, I, a)
XII - Juízes Federais	comum/responsabilidade	TRF (art. 108, I, a)
XIII - Governador de Estado ⁵⁰⁴	comum/eleitoral	STJ (art. 105, I, a)
	responsabilidade	depende da Const. Estadual
XIV Vice-governador de Estado	comum	depende da Const. Estadual*
	responsabilidade	depende da Const. Estadual
XV Parlamentares estaduais	comum	depende da Const. Estadual (em regra Tribunal de Justiça) ⁵⁰⁵
	responsabilidade	Assembléia Legislativa
XVI - Procurador-Geral de Justiça	comum	TJ (art. 96, III)
	responsabilidade	Poder Legislativo Estadual ou Distrital (art. 128, § 4.º)
	responsabilidade com Governador	depende da Const. Estadual
XVII Membros do Ministério Público Estadual	comum/responsabilidade	TJ (art. 96, III)
	crimes eleitorais	TRE
XVIII - Juízes de Alçada/Tribunal de Justiça Militar/Juízes de Direito	comum/responsabilidade	TJ (art. 96, III)
	crimes eleitorais	TRE
XIX – Desembargadores	comum/eleitoral	STJ (art. 105, I, a)
	responsabilidade	STJ (art. 105, I, a)
XX – Prefeitos	comum	TJ (art. 29, X) ⁵⁰⁶
	responsabilidade (infrações político-administrativas)	Câmara dos Vereadores (art. 31)
	responsabilidades impróprias (infrações penais)	TJ

Entendemos que a Constituição de cada Estado fixará a competência para o processo e julgamento do Governador de Estado por crime de responsabilidade, no exercício de sua autonomia de auto-organização política.

Somente a título exemplificativo, no Estado de São Paulo, o art. 49, § 1.º, da Constituição Estadual prevê a existência do chamado Tribunal Especial constituído de 15 (quinze) membros, sendo sete deputados Estaduais e sete Desembargadores, sorteados pelo Presidente do Tribunal de Justiça, que também o presidirá, que terá competência para o

⁵⁰⁴ Observe-se que para o processo e julgamento tanto para os crimes comuns, quanto para os crimes de responsabilidade praticados pelo Governador de Estado, desde que exista previsão expressa da Constituição Estadual, haverá a necessidade do juízo de admissibilidade da acusação, a ser realizado por 2/3 da Assembléia Legislativa (RTJ, 158/280).

⁵⁰⁵ Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal reconheceu sua competência para conhecer e julgar queixa-crime contra o Advogado-Geral da União, tendo em vista a edição da Medida Provisória n.º 2.049-22, de 28-8-2000, que transforma o mencionado cargo de natureza especial em cargo de ministro de Estado, atraindo, portanto, a incidência do art. 102, I, "c", da CF (STF - Pleno - Inquérito (QO) 1.660/DF - Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 6-9-2000. Informativo STF, n.º 201).

⁵⁰⁶ Conferir Capítulo 8, item 1.6.2.

processo e julgamento do Governador do Estado, desde que haja licença de 2/3 da Assembléia Legislativa⁵⁰⁷.

No Estado de Santa Catarina, sua Constituição determina, no art. 73, que compete à Assembléia Legislativa processar e julgar o Governador do Estado por crime de responsabilidade, desde que haja licença de 2/3 da Assembléia Legislativa. A mesma previsão é feita no art. 107, da Constituição do Estado da Bahia, no art. 90 da Constituição do Ceará e no art. 41, § 1.º, da Constituição de Tocantins.

Note-se, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal, em sede de medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade proposta em face da Constituição do Estado de Santa Catarina, entendeu que a definição de crimes de responsabilidade e a regulamentação do processo e do julgamento são de competência da União, em virtude dos arts. 85, parágrafo único e 22, I, da Constituição Federal⁵⁰⁸, suspendendo as normas estaduais que dispõem sobre a matéria.

Desta forma, expôs o Ministro-relator Nelson Jobim que "curvando-me por completo a esta constatação histórica - tratamento de 1988 em nada diverso ao tratamento de 1946 - entendo que a definição dos crimes de responsabilidade, como também o estabelecimento de normas de processo e julgamento, é da competência da União Federal", para concluir estar "vigente a lei federal por sobre as normas estaduais", e, conseqüentemente, "não poderá a) o Governador do Estado ser suspenso de suas funções como decorrência da admissibilidade da denúncia e b) não poderá ser julgado pela Assembléia Legislativa, mas, sim, pelo órgão da lei de 1950".

Em conclusão, por votação unânime na citada medida liminar, o Supremo Tribunal Federal determinou a aplicação da Lei n.º 1.079/50 ao processo e julgamento dos Governadores de Estado por crimes de responsabilidade, que, por sua vez, institui em seu art. 78, § 3.º, a competência do julgamento para um Tribunal especial composto de cinco membros do Legislativo e de cinco desembargadores sob a presidência do Presidente do Tribunal de Justiça local⁵⁰⁹.

Nesse mesmo sentido, em relação à Constituição do Estado do Maranhão, entendeu a Suprema Corte que "por ofensa ao art. 22, I, da CF, que prevê a competência privativa da União para legislar sobre direito processual, o Tribunal, por maioria, deferiu a medida cautelar para suspender tão-somente a eficácia do inciso II do § 1.º do art. 66 ("§ 1.º O Governador ficará suspenso de suas funções: ...II - nos crimes de responsabilidade, após a

⁵⁰⁷ Observe-se que a eficácia desse dispositivo foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal: "Impeachment e competência legislativa: Por aparente ofensa à competência da União para legislar sobre direito processual (CF, art. 22, I), assim como para definir os crimes de responsabilidade (CF, art. 85, parágrafo único), o Tribunal deferiu medida cautelar em ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República para suspender a eficácia de dispositivos da Constituição do Estado de São Paulo que definem os crimes de responsabilidade do Governador e regulam seu processo e julgamento. Vencido, em parte, o Min. Marco Aurélio que indeferia o pedido de liminar quanto à expressão 'ou do Governador', constante do item I do § 2.º do art. 10 da Constituição do Estado de São Paulo, por entender que tal dispositivo apenas disciplina o funcionamento da Assembléia Legislativa (art. 10 - 'A Assembléia Legislativa funcionará em sessões públicas... § 2.º O voto será público, salvo nos seguintes casos: I - no julgamento de Deputados ou do Governador'). Precedentes citados: ADInMC 1.628-SC (RTJ 166/147) e ADInMC 2.050-RO (DJU de 1.º-10-99)" (STF - Pleno - Adin n.º 2.220/SP - Rel. Min. Octavio Gallotti, 1.º-8-2000. Informativo STF, n.º 196).

⁵⁰⁸ Art. 85 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra (...) Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento. Art. 22, I - Compete privativamente à União legislar sobre (...) direito processual.

⁵⁰⁹ Importante salientar que o STF afastou a previsão expressa da própria Lei n.º 1.079/50, que determina a competência desse Tribunal especial "somente nos Estados, onde as Constituições não determinarem o processo nos crimes de responsabilidade". Como já ressaltado, o Pretório Excelso entendeu pela não recepção dessa previsão em face dos arts. 85, parágrafo único e 22, I, da Constituição Federal.

instauração do processo pela Assembléia Legislativa."), porquanto a Constituição estadual não poderia dispor sobre crime de responsabilidade, que é matéria prevista em lei federal".

4.9 Disciplina constitucional dos pagamentos devidos peia Fazenda Pública - Regra dos precatórios judiciais

A Constituição Federal, em seu art. 100, disciplina os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual e Municipal, em virtude de sentença judiciária, com a finalidade de assegurar a isonomia entre os credores impedindo dessa forma, em consonância com o princípio da impessoalidade, consagrando, no art. 37 do Texto Magno, qualquer espécie de favorecimento, seja por razões políticas, seja por razões pessoais⁵¹⁰.

Assim, adota a regra da ordem dupla de precatórios, que consiste na fiel observância cronológica das requisições judiciais de pagamento de créditos de natureza alimentícia, que detém preferência⁵¹¹, e de créditos de outras naturezas, de forma paralela, ou seja, haverá uma ordem cronológica de precatórios para os créditos alimentares e outra ordem cronológica de precatórios para os créditos não alimentares⁵¹².

O texto constitucional determina, ainda, ser obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1.º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

A norma constitucional excluiu da regra de expedição de precatórios os pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado, permitindo que a lei pudesse definir de forma diversa os pequenos valores, segundo as diferentes capacidades das entidades de direito público.

A EC n.º 30/00, excepcionando a regra geral prevista no art. 100 da Constituição Federal, criou a denominada regra de parcelamento no pagamento de precatórios, determinando que os precatórios pendentes na data de sua promulgação (13-9-2000) e os que decorressem de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 deveriam ser liquidados por seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos.

A regra de parcelamento no pagamento de precatórios somente não se aplica, por expressa determinação constitucional, aos créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 do ADCT e suas complementações e os que já tiverem seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo.

A EC n.º 37/02, igualmente, afastou a regra de parcelamento, determinando a aplicação da regra geral do art. 100 aos débitos da Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal

⁵¹⁰ STF – "A norma consubstanciada no art. 100 da Carta Política traduz um dos mais expressivos postulados realizadores do princípio da igualdade, pois busca conferir, na concreção do seu alcance, efetividade à exigência constitucional de tratamento isonômico dos credores do Estado" (STF - Pleno - Adin n.º 584/PR - Medida Cautelar - Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 22 maio 1992, p. 7.213).

⁵¹¹ Observe-se que a EC n.º 37/02 manteve a preferência dos créditos de natureza alimentícia, determinando no § 3.º, do art. 86 do ADCT, que "observada a ordem cronológica de sua apresentação, os débitos de natureza alimentícia previstos neste artigo, terão precedência para pagamento sobre todos os demais".

⁵¹² Súmula 144 do STJ: "Os créditos de natureza alimentícia gozam de preferência, desvinculados os precatórios da ordem cronológica dos créditos de natureza diversa."

decorrentes de sentenças judiciais transitadas em julgado, desde que preenchidos os seguintes requisitos⁵¹³:

- já ter sido objeto de emissão de precatórios judiciais;
- ter sido definido como de pequeno valor;
- estar, total ou parcialmente, pendentes de pagamento na data da publicação da EC n.º 37/02, ou seja, de 13 de junho de 2002.

Em relação ao pequeno valor, a EC n.º 37/02, no art. 86 do ADCT, estabeleceu regra transitória com eficácia duradoura até a edição das necessárias leis definidoras dessa expressão pelos respectivos entes federativos.

Assim, serão considerados débitos ou obrigações de pequeno valor consignados em precatório judiciário aqueles que tenham valor igual ou inferior a 40 salários mínimos, tratando-se da Fazenda dos Estados e Distrito Federal e 30 salários mínimos, quando referirem-se à Fazenda Municipal.

5 MINISTÉRIO PÚBLICO

5.1 Histórico

Determinados autores procuram a origem do Ministério Público já no antigo Egito, há cerca de quatro mil anos, no funcionário real do Egito Magiai, que possuía funções de castigar os rebeldes, reprimir os violentos e proteger os cidadãos pacíficos.

Há quem veja nos Éforos de Esparta um Ministério Público embrionário, pois tinham por função, embora juízes, contrabalançar o poder real e o poder senatorial, exercendo o *ius accusationis*, ou, ainda, nos *thesmotetis* ou *tesmätetas* gregos, forma rudimentar de acusador público.

Outros lembram em Roma os *advocatus fisci* e os *procuratores caesaris*, encarregados de vigiar a administração de bens do Imperador.

De outra forma, também são mencionados origens na Idade Média, nos *saions* germânicos, nos *bailios* e *senescais*, aos quais se incumbia a defesa dos senhores feudais em juízo; ou ainda nos *missi dominici* ou *gastaldi* do direito lombardo ou também no *gemeiner Anklager* (acusador comum) da Alemanha, que tinha a função de exercer a acusação quando o particular permanecia passivo.

A figura do procurador da Coroa existiu em Portugal, já sob o reinado de Afonso III, em 1289. Igualmente, em 1387, o Rei Don Juan I criou "El Ministerio Fiscal", que guardava certa semelhança com o Ministério Público atual.

Porém, a maioria dos tratadistas se inclina a admitir sua procedência francesa, sem embargo de antecedentes remotos, por ter-se apresentado na França com caráter de continuidade - *Ce corps de magistrats*, pois, apesar de antes do século XIV, os *procurateurs* ou *procureurs* do rei serem simplesmente representantes dos interesses privados dos monarcas ante os Tribunais, quando o processo acusatório foi substituído pelo inquisitório, tornando-se os *procureurs* verdadeiros representantes dos interesses sociais.

⁵¹³ EC n.º 37, promulgada em 12-6-2002.

Em 1302, coube à França criar o Ministério Público, referindo-se aos procuradores do rei. Em 1690, houve um decreto na França que atribuía vitaliciedade aos agentes do Ministério Público.

5.2 Origem e desenvolvimento no Brasil

A Constituição Imperial de 1824 não se referiu à Instituição do Ministério Público.

No Código de Processo Criminal de 1832, surgiu o Ministério Público no Brasil, sob rápida referência como "promotor da ação penal".

Posteriormente, o Decreto n.º 120, de 21-1-1843, refere-se à regulamentação do Ministério Público, afirmando que os promotores seriam nomeados pelo Imperador do Município da Corte e pelos Presidentes nas Provinciais, por tempo indefinido, e serviriam enquanto houvesse conveniência na sua conservação no serviço público, sendo, caso contrário, indistintamente demitidos por aqueles que os nomearam.

Em 1876, com a Consolidação Ribas, surgiu na segunda instância o Procurador da Coroa, mas sem ter o status de chefe dos Procuradores.

Durante a Primeira República, o Presidente Campos Salles foi o precursor da independência do Ministério Público no Brasil, com a edição do Decreto n.º 848, de 11-10-1890, expedido para a reforma da justiça no Brasil. Ainda em 1890, com o Decreto n.º 1.030, o Ministério Público surgiu como instituição necessária.

A Constituição de 1891 referiu-se, no art. 58, § 2.º, ao Procurador-Geral da República, a ser escolhido entre os membros do Supremo Tribunal Federal, prevendo que "os Tribunaes Federaes elegerão de seu seio os seus presidentes e organizarão as respectivas secretarias. A nomeação e a demissão dos empregados, bem como o provimento dos officios de justiça nas circumscripções judiciárias, compete respectivamente aos presidentes dos tribunais. O Presidente da República designará, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador Geral da República, cujas atribuições se definirão em lei".

A Constituição de 1934 preocupou-se mais profundamente com o Ministério Público, regulando-o no Título I (Da organização Federal), Capítulo VI (Dos órgãos de cooperação nas actividades governamentais), Secção I (Do Ministério Público). Entre importantes normas, a Constituição Federal previu a existência de Ministérios Públicos na União, no Distrito Federal e Territórios, e nos Estados, a serem organizados por lei (art. 95). Além disso, o Chefe do Ministério Público, no âmbito federal (Procurador-Geral da República), passou a ser nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, sem a necessidade de fazer parte do Poder Judiciário, porém, com os mesmos vencimentos destes. A Carta Constitucional também previu a estabilidade e vedações aos membros do Ministério Público, e a necessidade de concurso público para o ingresso à carreira.

Esse era o texto da Constituição Federal de 16 de julho de 1934: "O Ministério Público será organizado na União, no Distrito Federal e nos Territórios por lei federal, e, nos Estados, pelas leis locais. O Chefe do Ministério Público Federal nos juízos communs é o Procurador Geral da República, de nomeação do Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos estabelecidos para os Ministros da Corte Suprema. Terá os mesmos vencimentos desses Ministros, porém demissível, ad nutum. Os chefes do Ministério Público no Distrito Federal e nos Territórios serão de livre nomeação do

Presidente da República dentre juristas de notável saber e reputação ilibada, alistados eleitores e maiores de 30 anos, com os vencimentos dos Desembargadores."

O art. 99 da Constituição Federal de 10-11-1937 determinava que "o Ministério Público Federal terá por chefe o Procurador-Geral da República, que funcionará junto ao Supremo Tribunal Federal, e será de livre nomeação e demissão do Presidente da República, devendo recair a escolha em pessoa que reúna os requisitos exigidos para ministro do Supremo Tribunal Federal". Além disso, no art. 105, estipulava que na "composição dos tribunais superiores, um quinto dos lugares será preenchido por advogados ou membros do Ministério Público, de notório merecimento e reputação ilibada, organizando o Tribunal de Apelação uma lista tríplice".

A Carta Federal de 1937 diminui a previsão constitucional do Ministério Público, apenas fazendo breves referências no título referente ao Poder Judiciário, em especial, ao Supremo Tribunal Federal. No art. 99 previa a investidura do chefe do Ministério Público Federal; no art. 101, parágrafo único, previu a possibilidade de interposição de recursos pelo Ministério Público; e, finalmente, no art. 105 estipulou a cláusula do chamado "quinto constitucional" a ser aplicada somente nos tribunais superiores.

A Constituição de 1946 preferiu situar o Ministério Público em título especial (Título III - Do Ministério Público - arts. 125 a 128 e Emenda Constitucional n.º 16, de 26-11-1965), independente dos demais poderes do Estado. Novamente, foram previstas a estabilidade, a inamovibilidade relativa e a necessidade de concurso público para o ingresso na carreira, como normas constitucionais. Houve inovação da escolha do Procurador-Geral da República, com a participação do Senado Federal, que deveria aprovar a escolha do Presidente da República, entre os cidadãos que preenchessem os mesmos requisitos exigidos para Ministro do Supremo Tribunal Federal, quais sejam, a idade de 35 anos, notável saber jurídico e ilibada conduta (art. 99, CF/46). A regra do "quinto constitucional" transferiu-se para a Justiça Estadual (art. 124, V). Porém, previa-se a participação do Ministério Público na composição do Tribunal Federal de Recursos (art. 103).

Dessa forma, conforme determinava a Constituição Federal, de 18-9-1946, em seu art. 125, a lei deveria organizar o Ministério Público da União junto aos órgãos judiciários federais (art. 94, I a V) - (redação dada pela Emenda Constitucional n.º 16, de 26-11-1965). O texto original era: A lei organizará o Ministério Público da União junto à justiça comum, a militar, a eleitoral e a do trabalho). Além disso, previa o art. 126 que o Ministério Público federal teria por chefe o Procurador-geral da República, nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, entre cidadãos com os requisitos indicados no art. 99, sendo demissível ad nutum.

A representação da União em juízo era atribuição constitucional dos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas comarcas no interior, ao Ministério Público local.

Importante previsão era a do art. 127, que proclamava três importantes regras: concurso público, estabilidade e inamovibilidade. Assim, ficou determinado que os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e, dos Territórios ingressariam nos cargos iniciais da carreira mediante concurso e após dois anos de exercício, não poderiam ser demitidos senão por sentença judiciária ou mediante processo administrativo em que lhes

facultasse a ampla defesa; nem removidos, a não ser mediante representação motivada do chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço.

O art. 128 determinava a observância obrigatória dessas regras na organização dos Ministérios Públicos estaduais, que deveriam cumprir o princípio de promoção de entrância a entrância.

O Ministério Público também participava da composição do Tribunal Federal de Recursos, que, com sede na Capital Federal, compor-se-ia de nove juízes, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, sendo dois terços entre magistrados e um terço entre advogados e membros do Ministério Público, com os requisitos do art. 99. Posteriormente, o art. 6.º do Ato Institucional n.º 2, de 27-10-1965, deu nova redação ao art. 103, determinando que "O Tribunal Federal de Recursos, com sede na Capital Federal, compor-se-á de treze juízes, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, oito entre magistrados e cinco entre advogados e membros do Ministério Público, todos com os requisitos do artigo 99".

A Lei n.º 1.341/51 organizou o Ministério Público Federal, no âmbito da União e nos Territórios.

A Carta de 1967, alterando a posição adotada em 1946, preferiu recolocar o Ministério Público dentro do Poder Judiciário (Capítulo VIII - Do Poder Judiciário - Seção IX - Do Ministério Público - arts. 137/139), entretanto em nada inovando as regulamentações anteriores.

Assim, previa (art. 137), que a lei organizaria o Ministério Público da União junto aos juízes e tribunais federais e que o Ministério Público Federal teria por chefe o Procurador-geral da República, nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, entre cidadãos com os requisitos indicados no art. 113, § 1.º (art. 138). Foi mantida a regra do concurso público, pois os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais de carreira, mediante concurso público de provas e títulos; da estabilidade, uma vez que, após dois anos de exercício, não poderiam ser demitidos sendo por sentença judiciária, ou em virtude de processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa; e da inamovibilidade, salvo mediante representação do Procurador-geral, com fundamento em conveniência do serviço.

A representação da União em Juízo permaneceu com o Parquet.

Tal posicionamento foi alterado pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, e pela Emenda Constitucional n.º 7, de 1977, que voltou a posicionar o Ministério Público dentro do Poder Executivo (Capítulo VII - Do Poder Executivo; Seção VII - Do Ministério Público), prevendo como novidade a edição de lei complementar, de iniciativa do Presidente da República, para estabelecimento de normas gerais a serem adotadas na organização dos Ministérios Públicos Estaduais. Esta lei foi posteriormente editada, tratando-se da Lei Complementar n.º 40, de 14-12-1981.

Portanto, o disciplinamento do Ministério Público na vigência da constituição anterior exigia a edição de uma lei, de organização do Ministério Público da União junto aos juízes e tribunais federais. Igualmente previa que o Ministério Público Federal tem por chefe o Procurador-geral da República, nomeado pelo Presidente da República, entre cidadãos maiores de 35 anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 95). Foram mantidas as regras do

concurso público, estabilidade e inamovibilidade, bem como a representação da União em juízo pelos Procuradores da República.

A constituição atual situa o Ministério Público em capítulo especial, fora da estrutura dos demais poderes da República, consagrando sua total autonomia e independência e ampliando-lhe as funções (arts. 127/130), sempre em defesa dos direitos, garantias e prerrogativas da sociedade.

Assim, constitucionalmente, o Ministério Público abrange:

1. o Ministério Público da União, que compreende:
 - a. o Ministério Público Federal;
 - b. o Ministério Público do Trabalho;
 - c. o Ministério Público Militar;
 - d. o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;
2. os Ministérios Públicos dos Estados.

Como salienta Nagib Slaibi Filho, "O Ministério Público brasileiro, com a moldura e a consistência que lhe foi dada pela Constituição de 1988, bem representa a contradição decorrente de tais influências, pois: a) dos Estados Unidos, herdou a desvinculação com o Poder Judiciário, a denominação de sua chefia, o controle externo de determinadas atividades administrativas ligadas ao Poder Executivo, o resquício de poder participar da política partidária, ainda que em hipóteses restritas previstas em lei, a postura independente que aqui somente se subordina à consciência jurídica de seu membro, como, aliás, está na Lei Maior ao assegurar sua autonomia funcional e administrativa (art. 127); b) da Europa continental, herdou a simetria da carreira com a magistratura, inclusive as prerrogativas similares, o direito de assento ao lado dos juízes, as vestes próprias e até mesmo o vezo de atuar como se magistrado fosse, embora devesse ter o ardor do advogado no patrocínio da causa. O Ministério Público desenvolveu-se sob a influência do Novo e Velho Mundo, e da simbiose vem a sua força..."

Com base na Constituição Federal foi editada a Lei n.º 8.625, de 12-2-1993, que institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispondo sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados.

A Lei Complementar Federal n.º 75, de 20-5-1993, dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

No Estado de São Paulo, a Lei Complementar n.º 734, de 26-11-1993, institui a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo.

5.3 Posicionamento constitucional

O posicionamento constitucional do Ministério Público sempre provocou análise e perplexidade na doutrina, não só pelas constantes alterações no texto constitucional - como já salientado -, mas também pela transformação evolutiva jurídico-social que sofreu a Instituição, culminando com o moderno texto de 1988.

Analisando a Carta Anterior, que colocava o Ministério Público como órgão do Poder Executivo, Celso de Mello já apontava que seus membros sujeitavam-se a regime jurídico-especial, gozando, no desempenho de suas funções, de plena independência. Por sua vez, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, concordando com a independência ministerial, colocava-o

como órgão administrativo, destinado a zelar pelo cumprimento das leis, cabendo-lhe a defesa do interesse geral de que as leis sejam observadas. Da mesma forma, José Afonso, da Silva afirma que a Instituição ocupa lugar cada vez mais destacado na organização do Estado, em virtude do alargamento de suas funções de proteção aos direitos indisponíveis e de interesses coletivos, tendo a Constituição Federal dado-lhe relevo de instituição permanente e essencial à função jurisdicional, mas que ontologicamente sua natureza permanece executiva, sendo seus membros agentes políticos, e como tal, atuam com plena e total independência funcional.

Como bem observa o Ministro Sepúlveda Pertence, do Supremo Tribunal Federal, "a seção dedicada ao Ministério Público insere-se, na Constituição de 1988, ao final do título IV - Da organização dos Poderes, no seu Capítulo III - Das funções Essenciais à Justiça. A colocação tópica e o conteúdo normativo da Seção revelam a renúncia, por parte do constituinte de definir explicitamente a posição do Ministério Público entre os Poderes do Estado", concluindo que o Ministério Público, "desvinculado do seu compromisso original com a defesa judicial do Erário e a defesa dos atos governamentais aos laços de confiança do Executivo, está agora cercado de contraforte de independência e autonomia que o credenciam ao efetivo desempenho de uma magistratura ativa de defesa impessoal da ordem jurídica democrática, dos direitos coletivos e dos direitos da cidadania".

E prossegue em sua análise: "A razão subjacente à crítica contemporânea da integração do Ministério Público no Poder Executivo está, na verdade, na postulação da independência política e funcional do Ministério Público, pressuposto da objetividade e da imparcialidade de sua atuação nas suas funções sintetizadas na proteção da ordem jurídica. Dizia uma das inteligências mais lúcidas da magistratura brasileira dos últimos tempos, o Ministro Rodrigues Alckmin, e, ao meu ver, com razão, a questão da colocação constitucional do Ministério Público entre os Poderes é uma questão de somenos, pois o verdadeiro problema é sua independência. O mal é que partimos de um preconceito de unipessoalidade e verticalidade hierárquica do Poder Executivo, que o Estado Moderno não conhece mais e que está desmentido pelos fatos, de que o direito comparado dá exemplos significativos... Garantida efetivamente a sua independência a colocação constitucional do Ministério Público é secundária, de interesse quase meramente teórico".

Esta é a tendência internacional, respeitadas as diferentes características de cada ordenamento jurídico, pois como informa o jurista espanhol Bandrés a Constituição espanhola optou pela nota de juridicidade, democratização e jurisdicionalização do Ministério Público; sua inclusão no título dedicado ao Poder Judiciário e não no título IV dedicado ao governo e à administração; sua subordinação preferentemente, como não poderia deixar de ser, somente ao Estado de Direito, à lei antes que ao princípio da unidade; a finalidade de suas ações, que tem que buscar, por desejo expresso da Constituição, imparcialmente à satisfação do interesse social ante os Tribunais, nítido apoio a impulsionar o Estado social, e se lhe requer em todo caso a defesa das leis democráticas.

Igualmente, Canotilho nos recorda que os membros do Ministério Público português são magistrados com garantias de autonomia e independência constitucionais, o que os coloca numa posição de independência equiparável à dos juizes, sujeitando-se somente à Constituição e às leis, pois suas relevantíssimas funções vão desde o exercício da ação penal até a defesa dos interesses difusos e da constitucionalidade e legalidade.

5.4 Conceito

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da Constituição Federal, art. 1.º da Lei n.º 8.625/93, art. 1.º da Lei Complementar Federal n.º 75/93 e art. 1.º da Lei Complementar/SP n.º 734/93).

5.5 Princípios do Ministério Público

São princípios institucionais do Ministério Público, previstos na Constituição Federal, a unidade, a indivisibilidade, a independência funcional e o princípio do promotor natural.

A doutrina enumera outros princípios infraconstitucionais: o exercício da ação penal, a irrecusabilidade e a irresponsabilidade.

5.5.1 Unidade

A unidade significa que os membros do Ministério Público integram um só órgão sob a direção única de um só Procurador-geral, ressalvando-se, porém, que só existe unidade dentro de cada Ministério Público, inexistindo entre o Ministério Público Federal e os dos Estados, nem entre o de um Estado e o de outro, nem entre os diversos ramos do Ministério Público da União.

5.5.2 Indivisibilidade

O Ministério Público é uno porque seus membros não se vinculam aos processos nos quais atuam, podendo ser substituídos uns pelos outros de acordo com as normas legais. Importante ressaltar que a indivisibilidade resulta em verdadeiro corolário do princípio da unidade, pois o Ministério Público não se pode subdividir em vários outros Ministérios Públicos autônomos e desvinculados uns dos outros.

5.5.3 Princípio da independência ou autonomia funcional

O órgão do Ministério Público é independente no exercício de suas funções, não ficando sujeito às ordens de quem quer que seja, somente devendo prestar contas de seus atos à Constituição, às leis e à sua consciência.

Nem seus superiores hierárquicos podem ditar-lhes ordens no sentido de agir desta ou daquela maneira dentro de um processo. Os órgãos de administração superior do Ministério Público podem editar recomendações sobre a atuação funcional para todos os integrantes da Instituição, mas sempre sem caráter normativo.

Como ensina Quiroga Lavié, quando se fala de um órgão independente com autonomia funcional e financeira, afirma-se que o Ministério Público é um órgão extrapoder, ou seja, não depende de nenhum dos poderes de Estado, não podendo nenhum de seus membros receber instruções vinculantes de nenhuma autoridade pública.

No direito constitucional pátrio, só se concebe no Ministério Público uma hierarquia no sentido administrativo, pela chefia do Procurador-Geral da instituição, nunca de índole funcional.

A independência funcional mostra-se presente, exemplificadamente, na redação do art. 28 do Código de Processo Penal, pois, discordando o Procurador-geral de Justiça da promoção de arquivamento do Promotor de Justiça, poderá oferecer denúncia, determinar diligências, ou mesmo designar outro órgão ministerial para oferecê-la, mas jamais poderá determinar que o proponente do arquivamento inicie a ação penal.

A Constituição Federal valorizou de tal modo a independência e autonomia do Ministério Público que considera crime de responsabilidade do Presidente da República a prática de atos atentatórios ao livre exercício da Instituição (CF, art. 85, II).

5.5.4 Princípio do promotor natural

O Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência do presente princípio por maioria de votos, no sentido de proibirem-se designações casuísticas efetuadas pela chefia da Instituição, que criariam a figura do promotor de exceção, em incompatibilidade com a Constituição Federal, que determina que somente o promotor natural é que deve atuar no processo, pois ele intervém de acordo com seu entendimento pelo zelo do interesse público, garantia esta destinada a proteger, principalmente, a imparcialidade da atuação do órgão do Ministério Público, tanto em sua defesa quanto essencialmente em defesa da sociedade, que verá a Instituição atuando técnica e juridicamente.

Conforme salientou "o postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e na inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontestável. Posição dos Ministros Celso de Mello (relator), Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Velloso. Divergência, apenas, quanto à aplicabilidade imediata do princípio do Promotor Natural: necessidade da interpositio legislatoris para efeito de atuação do princípio (Ministro Celso de Mello); incidência do postulado, independentemente de intermediação legislativa (Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Velloso). Reconhecimento da possibilidade de instituição do princípio do Promotor Natural mediante lei (Ministro Sydney Sanches). Posição de expressa rejeição à existência desse princípio consignada nos votos dos Ministros Paulo Brossard, Octávio Gallotti, Néri da Silveira e Moreira Alves.

É inadmissível, portanto, após o advento da Constituição Federal, regulamentada pela Lei n.º 8.625/93, que o Procurador-geral faça designações arbitrárias de Promotores de Justiça para uma Promotoria ou para as funções de outro Promotor, que seria afastado compulsoriamente de suas atribuições e prerrogativas legais, porque isto seria ferir a garantia da inamovibilidade prevista no texto constitucional. Esta inamovibilidade é ampla, protegendo o cargo e a função, pois seria um contra-senso ilógico subtrair as respectivas funções aos próprios cargos.

O próprio art. 10 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público afasta qualquer possibilidade de designações arbitrárias, prevendo somente competir, excepcionalmente, ao Procurador-Geral a designação de membro do Ministério Público para acompanhar inquérito policial ou diligência investigatória, devendo, porém, recair a escolha sobre o membro do Ministério Público com atribuição para, em tese, officiar no feito, segundo as regras ordinárias de distribuição de serviços, para assegurar a continuidade dos serviços, em caso de vacância,

afastamento temporário, ausência, impedimento ou suspeição de titular de cargo, ou com consentimento deste, para, por ato excepcional e fundamentado, exercer as funções processuais afetas a outro membro da Instituição, submetendo sua decisão previamente ao Conselho Superior do Ministério Público.

Observe-se, ainda, a expressa proibição constitucional de nomeação de membro do Ministério Público ad hoc, pois nos termos do art. 129, § 2.º, da Constituição Federal, as funções de Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira.

5.6 Funções

A Constituição Federal de 1988 ampliou sobremaneira as funções do Ministério Público, transformando-o em um verdadeiro defensor da sociedade, tanto no campo penal com a titularidade exclusiva da ação penal pública (cf. comentário sobre art. 5.º, LIX) quanto no campo cível como fiscal dos demais Poderes Públicos e defensor da legalidade e moralidade administrativa, inclusive com a titularidade do inquérito civil e da ação civil pública.

Dessa forma, a Constituição Federal enumera exemplificadamente as importantíssimas funções ministeriais.

São funções institucionais do Ministério Público:

- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
- IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta constituição;
- V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
- VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.

Importante ressaltar, novamente, que o rol constitucional é exemplificativo, possibilitando ao Ministério Público exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade constitucional, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

A própria Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93) em seu art. 25 estabelece outras funções ministeriais de grande relevância.

1. propor ação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face da Constituição Estadual.
2. promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

- a. para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;
 - b. para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem;
3. manifestar-se nos processos em que sua presença seja obrigatória por lei e, ainda, sempre que cabível a intervenção, para assegurar o exercício de suas funções institucionais, não importando a fase ou grau de jurisdição em que se encontrem os processos;
 4. exercer a fiscalização dos estabelecimentos prisionais e dos que abriguem idosos, menores, incapazes ou pessoas portadoras de deficiência;
 5. deliberar sobre a participação em organismos estatais de defesa do meio ambiente, neste compreendido o do trabalho, do consumidor, de política penal e penitenciária e outros afetos à sua área de atuação;
 6. ingressar em juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados por tribunais e conselhos de contas;
 7. interpor recursos ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça.

Outras funções podem ser previstas em nível estadual, seja pelas Constituições Estaduais, seja pelas diversas leis complementares dos Estados-membros, desde que adequadas à finalidade constitucional do Ministério Público.

Importante ressaltar a total impossibilidade de legislação municipal estabelecer atribuições ao membro do Ministério Público em atuação no Município, inclusive no que disser respeito à participação obrigatória em Conselhos Municipais, uma vez que somente leis federais e estaduais poderão estabelecer essas atribuições, sempre, repita-se, compatíveis com sua finalidade constitucional.

Ademais, além de garantidor e fiscalizador da Separação dos Poderes, o legislador constituinte conferiu ao Ministério Público funções de resguardo ao status constitucional dos indivíduos, armando-o de garantias que possibilitassem o exercício daquelas e a defesa destes.

Assim, não podemos nos esquecer que a proteção ao status (Jellinek) constitucional do indivíduo, em suas diversas posições, hoje, também é função do Ministério Público, que deve preservá-lo. Assim, uma das posições do status constitucional corresponde à esfera de liberdade dos direitos individuais, permitindo a liberdade de ações, não ordenadas e também não proibidas, garantindo-se um espectro total de escolha, ou pela ação ou pela omissão. São os chamados status negativos. Outra posição coloca o indivíduo em situação oposta à da liberdade, em sujeição ao Estado, na chamada esfera de obrigações; é o status passivo. O status positivo, por sua vez, permite que o indivíduo exija do Estado a prestação de condutas positivas, ou seja, reclame para si algo que o Estado estará obrigado a realizar. Por fim, temos o status ativo, pelo qual o cidadão recebe competências para participar do Estado, com a finalidade de formação da vontade estatal, como é o caso do direito de sufrágio. Conclui-se, portanto, que a teoria dos status evidencia serem os direitos fundamentais um conjunto de normas jurídicas que atribuem ao indivíduo diferentes posições frente ao Estado, cujo zelo também é função do Ministério Público.

Portanto, garantir ao indivíduo a fruição total de todos os seus status constitucionais, por desejo do próprio legislador constituinte, que em determinado momento histórico entendeu fortalecer a Instituição, dando-lhe independência e autonomia, e a causa social para defender e proteger é também função do Ministério Público, juntamente com os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

No tocante à aposentadoria dos membros do Ministério Público e à pensão de seus dependentes, determina a Constituição Federal observância das normas aplicáveis aos magistrados (CF, art. 129, § 4.º, e 93, VI), que, atualmente, em face da Emenda Constitucional n.º 20/98, são as normas gerais previstas no art. 40 (conferir Capítulo 9, item 15).

5.7 Ministério Público e legitimidade para defesa do patrimônio público e zelo dos direitos constitucionais do cidadão

A Constituição Federal prevê no inciso III, do art. 129, que compete ao Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho salienta que o inquérito civil e a ação civil pública foram criados pela Lei n.º 7.347/85, com a finalidade de efetivar a responsabilização por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, concluindo que "o texto constitucional alargou o alcance desses instrumentos. Por um lado, estendeu-os à proteção do patrimônio público em geral, dando, pois, à ação civil pública, âmbito análogo ao da ação popular (v. art. 5.º, LXXIII). Por outro lado, tornou meramente exemplificativa uma enumeração que era taxativa. Note-se que a regra constitucional se refere a outros interesses difusos e coletivos".

Analisando estas importantes funções do Ministério Público, o Ministro Sepúlveda Pertence afirmou que o legislador constituinte concedeu uma "titularidade genérica para promover medidas necessárias à proteção da vigência e da eficácia da Constituição", e mais adiante, comenta a introdução da legitimação para "uma proteção a patrimônio público", concluindo que a Constituição introduziu ao Ministério Público "vigilância ativa com legitimação processual, sob a legalidade da administração".

Esta atuação do Ministério Público visa adequar nosso ordenamento jurídico à tendência contemporânea de todo o Direito Constitucional universal, que é impedir, de todas as formas possíveis, o desrespeito sistemático às normas Constitucionais, que conduz à erosão da própria consciência constitucional.

Dessa forma, patente a legitimação constitucional do Ministério Público para defesa do patrimônio público (CF, art. 129, III), repetida pelo art. 25 da Lei n.º 8.625/93, art. 5.º da Lei n.º 7.347/85 e 117 da Lei n.º 8.078/90, que na lição de Nelson e Rosa Nery "confere legitimidade ao Ministério Público para instaurar inquérito civil e ajuizar ação civil pública na defesa do patrimônio público e social, melhorando o sistema de proteção judicial do patrimônio público, que é uma espécie de direito difuso. O amplo conceito de patrimônio público é dado pela Lei da Ação Popular (...) A legitimação do Ministério Público para a defesa do patrimônio público e social decorre da Constituição Federal, artigo 129, inciso III, de sorte que não pode a lei infraconstitucional nem a Constituição Estadual retirar do parquet essa legitimação".

Essa mesma análise é realizada por Quiroga Lavié quando afirma que a função de promover a atuação da Justiça em defesa da legalidade implica a legitimação processual para estar em juízo, seja quando a lei estabelecer de forma expressa, seja quando os direitos públicos da sociedade não estiverem sendo observados.

Inexiste, portanto, qualquer dúvida de que o Ministério Público possui legitimidade para defesa do patrimônio público através de ação civil pública, instrumento posto à disposição da Instituição para que esta possa pedir a proteção do bem da vida tutelado pela Constituição Federal, no caso o patrimônio público.

Assim, como decidiu o Superior Tribunal de Justiça, "na sociedade contemporânea de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil, vinculado estreitamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania".

5.8 Garantias do Ministério Público

As garantias constitucionais do Ministério Público foram-lhe conferidas pelo legislador constituinte objetivando o pleno e independente exercício de suas funções e podem ser divididas em garantias institucionais e garantias aos membros. Tão importante este objetivo, que a Constituição Federal considera crime de responsabilidade do Presidente da República a prática de atos atentatórios do livre exercício do Ministério Público (art. 85, II, da Constituição Federal).

As garantias e prerrogativas dos membros do Ministério Público, do mesmo modo que as imunidades parlamentares e os predicamentos da magistratura, não são privilégios nem quebram o princípio da isonomia. É essa a razão pela qual se pode falar da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos dos promotores e dos juizes como prerrogativas visando à defesa do Estado democrático de Direito e dos direitos fundamentais.

Hely Lopes Meirelles afirma que as prerrogativas "são atribuições do órgão ou do agente público, inerentes ao cargo ou a função que desempenha na estrutura do Governo, na organização administrativa ou na carreira a que pertence. São privilégios funcionais, normalmente conferidos aos agentes políticos ou mesmo aos altos funcionários, para a correta execução de suas atribuições legais. As prerrogativas funcionais erigem-se em direito subjetivo de seu titular, passível de proteção por via judicial, quando negadas ou desrespeitadas por qualquer outra autoridade".

5.8.1 Garantias da instituição

A. Autonomia funcional, administrativa e financeira

O art. 127, § 2.º, da Constituição Federal prevê autonomia funcional e administrativa ao Ministério Público, enquanto o art. 3.º da Lei Orgânica Nacional ampliou esta autonomia, prevendo também a financeira.

A autonomia funcional, como já comentado em tópico anterior, significa que os membros do Ministério Público, no cumprimento dos deveres funcionais, submetem-se unicamente aos limites determinados pela Constituição, pelas leis e pela sua própria consciência, não estando subordinados a nenhum outro Poder, isto é, nem ao Poder Executivo, nem ao Poder Legislativo, nem ao Poder Judiciário.

O próprio art. 127, § 2.º, da Constituição Federal prevê que ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, 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; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento⁵¹⁴.

As autonomias administrativa e financeira vêm especificadas no art. 3.º da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, permitindo-lhe, entre outras funções, praticar atos próprios da gestão, tais como:

Praticar atos e decidir sobre a situação funcional e administrativa do pessoal, ativo e inativo, da carreira e dos serviços auxiliares, organizados em quadros próprios; elaborar suas folhas de pagamento e expedir os competentes demonstrativos; adquirir bens e contratar serviços, efetuando a respectiva contabilização; propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção de seus cargos, bem como a fixação e o reajuste dos vencimentos de seus membros; propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção dos cargos de seus serviços auxiliares, bem como a fixação e o reajuste dos vencimentos de seus servidores; prover os cargos iniciais da carreira e dos serviços auxiliares, bem como nos casos de remoção, promoção e demais formas de provimento derivado; editar atos de aposentadoria, exoneração e outros que importem em vacância de cargos de carreira e dos serviços auxiliares, bem como os de disponibilidade de membros do Ministério Público e de seus servidores; organizar suas secretarias e os serviços auxiliares das Procuradorias e Promotorias de Justiça; compor seus órgãos de administração; elaborar seus regimentos internos; exercer outras competências dela decorrentes.

Explica Fábio Konder Comparato que "a Constituição, afinal dotou o Ministério Público das prerrogativas de autonomia funcional e administrativa (art. 127, § 2.º). Que significa isso? Autonomia, ensinou João Mendes Júnior em seu estilo ático, "significa direção própria daquilo que é próprio". E acrescentou: "somente por extensão, puramente metafórica, é que se costuma atribuir a autonomia a quem, por ação própria, dirige aquilo que não lhe é próprio". E Sampaio Dória enfatiza: "Retire-se da autonomia a idéia de autodeterminação ou governo próprio e competência própria, mas que lhe fixam, e nada mais lhe sobrar. São os seus dois elementos essenciais e irreduzíveis: as raia invariáveis em que lhe circunscrevem a ação, e o poder de agir livremente dentro dessas raia."

Ora, essa autonomia administrativa e funcional do Ministério Público - como direção própria daquilo que lhe é próprio - traduz-se, no plano financeiro, pela prerrogativa desse órgão público de elaborar sua proposta orçamentária, dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias (CF, art. 127, § 3.º). Não precisou o constituinte repetir, neste passo, a expressão "autonomia financeira, empregada em relação ao Poder Judiciário (art. 99), porque a idéia já está contida, por inteiro, na norma do art. 127, § 3.º. O Judiciário, tal como o Ministério Público, não conta com recursos financeiros próprios. Mas, na elaboração da proposta orçamentária global, ambos esses órgãos têm iniciativa exclusiva de delimitar os recursos necessários a atender às próprias despesas".

Conforme ensina Hely Lopes Meirelles, "a autonomia financeira é a capacidade de elaboração da proposta orçamentária e de gestão e aplicação dos recursos destinados a

⁵¹⁴ Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, promulgada em 4-6-1998 e publicada no Diário Oficial da União em 5-6-1998. Ressalte-se que o art. 34 da própria Emenda Constitucional estabeleceu que sua entrada em vigor seria na data de sua promulgação.

prover as atividades e serviços do órgão titular da dotação. Essa autonomia pressupõe a existência de dotações que possam ser livremente administradas, aplicadas e remanejadas pela unidade orçamentária a que foram destinadas. Tal autonomia é inerente aos órgãos funcionalmente independentes, como são o Ministério Público e o Tribunal de Contas, os quais não poderiam realizar plenamente as suas funções se ficassem na dependência de outro órgão controlador de suas dotações orçamentárias".

Ressalte-se que a autonomia do Ministério Público é complementada pelas normas constitucionais que concedem ao Procurador-Geral da República e aos Procuradores-Gerais de Justiça iniciativa de lei sobre a organização, respectivamente, dos Ministérios Públicos da União e dos Estados, conforme será analisado no Capítulo 11, item 3.1.5.

B. Modo de nomeação e destituição do Procurador-Geral

Para garantir que o Ministério Público, em defesa da sociedade, exercesse seu mister constitucional, diversas garantias de independência e autonomia foram previstas, bem como diversos sistemas de controles.

Uma das garantias dadas pela Constituição Federal ao Ministério Público, visando a sociedade e a defesa intransigente do regime democrático, foi o modo de nomeação e destituição do Chefe da Instituição, seja do Ministério Público da União (Procurador-Geral da República), seja dos Ministérios Públicos dos Estados (Procurador-Geral de Justiça), bem como a existência de mandato por tempo certo, impossibilitando sua demissão ad nutum, garantindo-lhe a imparcialidade necessária.

Como ressalta o Ministro Celso de Mello, "dentre as garantias objetivas, ou de índole constitucional, asseguradas pela nova Constituição ao Ministério Público, está aquela que consagra o princípio de autogoverno dessa Instituição, cuja realidade, em nosso sistema de direito positivo, deriva, essencialmente, da alta missão institucional que vincula o Parquet, de modo absolutamente incondicional, à tutela da ordem jurídica, à defesa do regime democrático e à proteção dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

B.1 Nomeação do Procurador-Geral da República (art. 128, § 1.º, CF)

O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República entre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução, precedida de nova decisão do Senado Federal (art. 25, Lei Complementar n.º 75/93). Note-se que a constituição fala em recondução indeterminadamente, pelo que não há limite para essa hipótese.

Em relação à possibilidade de escolha por parte do Presidente da República de qualquer membro da carreira, a melhor interpretação sugere que a carreira a que se refere a Constituição Federal é a do Ministério Público da União, ou seja, deverá recair sobre qualquer um dos seguintes ramos: Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público da Justiça Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Essa conclusão pode, igualmente, ser observada pelo julgamento do mandado de segurança n.º 21.239/DF, ocorrido após a promulgação da vigente constituição, porém anterior à nova Lei Complementar do Ministério Público da União, onde o Supremo Tribunal Federal reconheceu o autogoverno do Ministério Público da União, e a conseqüente impossibilidade

do Presidente da República nomear os chefes do Ministério Público do Trabalho e da Justiça Militar, que deverão sê-lo pelo próprio Procurador-Geral da República, membro de qualquer das carreiras do Ministério Público da União.

B.2 Destituição do Procurador-Geral da República (art. 128, § 2.º)

A destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal. A LC n.º 75/93 estabelece que a votação deverá ser secreta (art. 25, parágrafo único). Como salientado pelo Ministro Sepúlveda Pertence é essa norma um "inérito mecanismo de salvaguarda da independência externa do Ministério Público, em face dos Poderes do Estado, mediante a segurança no cargo do seu chefe".

B.3 Nomeação do Procurador-Geral de Justiça (art. 128, § 3.º, da CF; art. 9.º da Lei n.º 8.625/93)

A Constituição Federal prevê que os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios formarão lista tríplice entre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.

A lei regulamenta o dispositivo constitucional prevendo que a eleição da lista tríplice far-se-á mediante voto plurinominal de todos os integrantes da carreira e que, caso o Chefe do Poder Executivo não efetive a nomeação do Procurador-Geral de Justiça nos quinze dias que se seguirem ao recebimento da lista tríplice, será investido automaticamente no cargo o membro do Ministério Público mais votado, para exercício do mandato.

No Estado de São Paulo, há previsão na Constituição Estadual sobre a nomeação do Procurador-Geral (art. 94, II) e a Lei Complementar n.º 734/93 estabelece que o Procurador-Geral de Justiça será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, entre os Procuradores de Justiça integrantes de lista tríplice, para mandato de dois anos, permitida uma recondução, observado o mesmo procedimento a seguir descrito. Os integrantes da lista tríplice serão os Procuradores de Justiça inscritos como candidatos ao cargo, mediante requerimento dirigido ao Presidente do Conselho Superior do Ministério Público, mais votados em eleição realizada para essa finalidade, mediante voto obrigatório, secreto e plurinominal de todos os membros do Ministério Público do quadro ativo da carreira. O Conselho Superior do Ministério Público baixará normas regulamentadoras do processo eleitoral 50 (cinquenta) dias antes da data prevista para o término do mandato do Procurador-Geral de Justiça, observadas as seguintes regras: o período de votação será de 10 (dez) dias, encerrando-se na data prevista para o término do mandato do Procurador-Geral de Justiça; será proibido o voto por procurador ou portador, facultando-se, porém, o voto por via postal aos membros do Ministério Público lotados fora da Capital do Estado, desde que recebido no Protocolo do Ministério Público até o encerramento da votação; encerrada a votação, proceder-se-á à apuração e, no mesmo dia, a lista tríplice será remetida ao Governador do Estado (art. 10).

Essa garantia de independência do Ministério Público tem fulcro absolutamente constitucional, tendo, inclusive, o Supremo Tribunal Federal entendido inconstitucionais previsões de constituição estadual que condicionassem a nomeação do Procurador-Geral de Justiça à prévia aprovação da respectiva Assembléia Legislativa, "por consagrar critério discrepante do estabelecido no art. 128, § 3.º, da Carta Federal e do princípio da independência e harmonia dos Poderes".

B.4 Destituição do Procurador-Geral de Justiça (art. 128, § 5.º, CF e art. 9.º, § 2.º, da Lei n.º 8.625/93)

Os Procuradores-Gerais nos Estados e no Distrito Federal e Territórios poderão ser destituídos por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo, na forma da lei complementar respectiva.

A destituição do Procurador-Geral de Justiça dependerá da deliberação, mediante voto secreto, da maioria absoluta dos membros da Assembléia Legislativa, conforme preleciona a Constituição Federal.

Quaisquer outras formas previstas para a destituição do Procurador-Geral de Justiça serão inconstitucionais.

Aprovada a destituição, o Colégio de Procuradores de Justiça, diante da comunicação da Assembléia Legislativa, declarará vago o cargo de Procurador-Geral de Justiça e cientificará imediatamente o Conselho Superior do Ministério Público, para expedição das normas regulamentadoras para elaboração da lista tríplice.

No Estado de São Paulo, a destituição do Procurador-Geral de Justiça está prevista no art. 94, III, da Constituição Estadual e na Lei Complementar n.º 734/93 e terá cabimento em caso de abuso de poder, conduta incompatível ou grave omissão nos deveres do cargo, sendo de iniciativa da Assembléia Legislativa, por 1/3 (um terço) de seus membros ou por iniciativa da maioria absoluta do Colégio de Procuradores de Justiça, formulada por escrito, dependerá da aprovação de dois terços de seus integrantes, mediante voto secreto, assegurada ampla defesa (arts.13,14 e 15, da LC n.º 734/93). Aprovada a proposta de destituição pelo Colégio de Procuradores de Justiça, o Procurador-Geral de Justiça será afastado provisoriamente do cargo e substituído na forma desta lei complementar até ultimação do processo. Cessará o afastamento previsto neste artigo se o processo de destituição, na Assembléia Legislativa, não for concluído em 90 (noventa) dias a contar da data da comunicação da proposta aprovada pelo Colégio de Procuradores de Justiça.

5.8.2 Garantias dos membros

Dividem-se em garantias de liberdade e de imparcialidade ou vedações.

A. Garantias de liberdade

A.1 Vitaliciedade⁵¹⁵

O membro do Ministério Público somente poderá perder seu cargo por decisão judicial transitada em julgado. A vitaliciedade somente é adquirida após o chamado estágio probatório, ou seja, após dois anos de efetivo exercício da carreira, mediante aprovação no concurso de provas e títulos.

O membro vitalício dos Ministérios Públicos dos Estados somente perderá o cargo por sentença judicial transitada em julgado, proferida em ação civil própria, nos seguintes casos: prática de crime incompatível com o exercício do cargo, após decisão judicial transitada em julgado; exercício da advocacia; abandono do cargo por prazo superior a trinta dias corridos⁵¹⁶.

⁵¹⁵ Art. 128, I, a, da Constituição Federal; art. 38, I, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e art. 208 da Lei Complementar n.º 75/93.

⁵¹⁶ Art. 38, § 1.º, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

A ação civil para a decretação da perda do cargo será proposta pelo Procurador-Geral de Justiça perante o Tribunal de Justiça local, após autorização do Colégio de Procuradores⁵¹⁷.

Em relação aos membros do Ministério Público da União, prevê o art. 208 da LC n.º 75/93 que a propositura de ação para perda do cargo, quando decorrente de proposta do Conselho Superior depois de apreciado o procedimento administrativo, acarretará seu afastamento do exercício de suas funções, com a perda dos vencimentos e das vantagens pecuniárias do respectivo cargo.

Note-se que, excepcionalmente, o membro do Ministério Público poderá não ser vitalício, mesmo que já tenha ultrapassado o estágio probatório, preservando tão-somente a garantia da estabilidade. Essa hipótese ocorre em relação aos membros do Ministério Público admitidos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 que optarem pelo regime anterior no que disser respeito às garantias e vantagens, observando-se quanto às vedações, a situação jurídica da própria data da promulgação da Carta Magna (ADCT, art. 29, § 3.º).

A.2 Inamovibilidade⁵¹⁸

Uma vez titular do respectivo cargo, o membro do Ministério Público somente poderá ser removido ou promovido por iniciativa própria, nunca ex officio de qualquer outra autoridade, salvo em uma única exceção constitucional por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, por voto de dois terços de seus membros, assegurada ampla defesa.

No caso do Ministério Público da União, o órgão colegiado competente é o Conselho Superior do respectivo ramo (art. 211 da LC n.º 75/93).

Importante ressaltar que a garantia da inamovibilidade somente pode ser concedida a determinados agentes públicos por norma da Constituição Federal. O Plenário do Supremo Tribunal Federal referendou medida liminar deferida pelo Ministro Celso de Mello, em ação direta de inconstitucionalidade, movida pelo Procurador-Geral da República, para suspender norma de Constituição Estadual que concedera a determinada carreira a garantia da inamovibilidade, pois entendeu que esse preceito fere a prerrogativa do Chefe do Poder Executivo de dispor sobre a movimentação de agentes públicos no interesse da Administração, chocando-se com o disposto nos arts. 2.º e 84, II, da Constituição Federal.

A.3 Irredutibilidade de subsídio⁵¹⁹

O subsídio do membro do Ministério Público não poderá ser reduzido, para pressioná-lo a exercer suas atribuições. A esta garantia aplica-se o já estudado no capítulo do Poder Judiciário.

5.9 Vedações constitucionais

É vedado ao membro do Ministério Público:

⁵¹⁷ Art. 38, § 2.º, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

⁵¹⁸ Art. 128, I, b, da Constituição Federal e art. 38, II, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e art. 209 da Lei Complementar n.º 75/93.

⁵¹⁹ CF, art. 128, I, c, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, promulgada em 4-6-1998 e publicada no Diário Oficial da União em 5-6-1998. Ressalte-se que o art. 34 da própria Emenda Constitucional embebeceu que sua entrada em vigor seria na data de sua promulgação. Conferir, ainda, art. 38, III, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

- a. receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;
- b. exercer a advocacia;
- c. participar de sociedade comercial, na forma da lei;
- d. exercer, ainda que em indisponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;
- e. exercer atividade político-partidária, salvo exceções previstas na lei.

5.10 Exercício da política partidária, salvo as exceções previstas em lei

A Constituição Federal prevê como vedação expressa ao membro do Ministério Público o exercício da atividade político-partidária, salvo exceções previstas na lei.

Esta norma refere-se aos membros do Ministério Público que tenham ingressado na carreira após a promulgação da Constituição de 1988, ou para os demais, que não tenham feito a opção do art. 29, § 3.º, ADCT.

Em relação aos demais membros, o legislador constituinte permitiu a realização de opção, prevista no § 3.º, do art. 29, ADCT⁵²⁰.

Tal vedação, porém, não constitui criação, por parte do legislador constituinte, de causa absoluta de inelegibilidade, mas espécie de inelegibilidade relativa.

Dessa forma, o membro do Ministério Público possui, constitucionalmente e em tese, elegibilidade absoluta para disputa de qualquer cargo, desde que preenchidos os demais requisitos previstos na própria Constituição Federal, ou os criados em lei complementar (CF, art. 14, § 9.º), entre eles, a filiação partidária.

A exigência de prévia filiação partidária obriga que somente possam disputar eleições candidatos registrados por partidos políticos (CF, art. 14, V, e art. 87 do Código Eleitoral). Assim, desde que a filiação partidária esteja dentro do rol de exceções previstas pela constituição não haverá qualquer impossibilidade do membro do Ministério Público em candidatar-se.

Tanto os arts. 44 e 80 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n.º 8.625, de 12-2-1993)⁵²¹, quanto o art. 237, V, do Estatuto do Ministério Público da União (Lei Complementar n.º 75/93)⁵²², prevêem como exceção a possibilidade de filiação partidária.

Analisando o tema, o Tribunal Superior Eleitoral afirmou a possibilidade de filiação partidária por parte dos membros do Ministério Público, conforme se percebe na Consulta n.º 13.981, publicada no DJU de 28-3-94, p. 6.280, onde se reconheceu a possibilidade de filiação partidária⁵²³, e conseqüente elegibilidade do membro do Ministério Público, desde que preenchidos os requisitos constitucionais do art. 14, § 3.º.

⁵²⁰ Art. 29, § 3.º, ADCT - Poderá optar pelo regime anterior, no que respeita às garantias e vantagens, o membro do Ministério Público admitido antes da promulgação da constituição, observando-se, quanto às vedações, a situação jurídica na data desta.

⁵²¹ Lei Orgânica Nacional do Ministério Público: Art. 44, V - Aos membros do Ministério Público se aplicam as seguintes vedações - exercer atividade político-partidária, ressalvadas a filiação e as exceções previstas em lei. Art. 80 - Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União.

⁵²² Estatuto do Ministério Público da União: Art. 237, V - É vedado ao membro do Ministério Público da União: V - exercer atividade político-partidária, ressalvada a filiação e o direito de afastar-se para exercer cargo eletivo ou a ele concorrer.

⁵²³ TSE - "Dado que a LC n.º 75/93, art. 237, inc. V, e a Lei n.º 8.625/93, com base na parte final do art. 128, § 5.º, inc. II, letra e, excluiu a filiação partidária da vedação de exercício de atividade político-partidária imposta aos membros do Ministério Público, a fortiori, não há qualquer razão para dispensá-los do prazo peremptório a todos imposto para a satisfação, nos termos da lei, da correspondente condição de elegibilidade (CF, art. 14, § 3.º)..."

Importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, julgando parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto era a filiação partidária do membro do Ministério Público, decidiu, por maioria de votos, vencido o Ministro Octávio Gallotti, que julgava totalmente improcedente a referida ação direta, da seguinte maneira:

- Dar, ao art. 237, inciso V, da Lei Complementar federal n.º 75, de 20-5-93, interpretação conforme a Constituição, no sentido de que a filiação partidária de membro do Ministério Público da União somente pode efetivar-se nas hipóteses de afastamento de suas funções institucionais, mediante licença, nos termos da lei;
- Dar, ao art. 80 da Lei n.º 8.625/93, interpretação conforme à Constituição para fixar como única exegese constitucionalmente possível aquela que apenas admite a filiação partidária, se o membro do Ministério Público estiver afastado de suas funções institucionais, devendo cancelar sua filiação partidária antes de reassumir suas funções, quaisquer que sejam, não podendo, ainda, desempenhar funções pertinentes ao Ministério Público Eleitoral senão dois anos após o cancelamento dessa mesma filiação político-partidária.

Não restando dúvidas de que ao membro do Ministério Público, independentemente do momento de ingresso na carreira, são permitidas a filiação partidária e a candidatura para mandatos eletivos, sendo pois uma exceção prevista em lei, permitida pela válvula de escape constitucional do art. 128, § 5.º, III, e; resta saber se a constituição prevê, ou ainda, permite que se preveja alguma outra regra de inelegibilidade relacionada ao membro do Ministério Público, por meio de ato normativo diferente da lei complementar.

As condições de elegibilidade são tratadas no Capítulo IV, do Título II, da Constituição Federal, denominado "DOS DIREITOS POLÍTICOS" e vêm descritas nos §§ 3.º a 9.º do art. 14.

A Constituição estabelece as hipóteses mínimas de inelegibilidades em normas de aplicabilidade imediata, cuja eficácia iniciou-se com a própria promulgação do texto maior. Porém, além dessas, permitiu-se a criação de outras hipóteses de inelegibilidades relativas, por meio da edição de uma lei complementar. Existe, portanto, uma autêntica reserva de Lei Complementar e, conseqüentemente, qualquer outra lei, regulamento, regimento, portaria, ou resolução que verse o assunto será inconstitucional, por invasão de matéria própria e exclusiva daquela espécie normativa.

A Lei Complementar exigida pela Constituição Federal foi editada, sendo a LC n.º 64, de 18-5-1990. Dessa forma, desde que o membro do Ministério Público preencha todas as condições de elegibilidade previstas na constituição e na referida Lei Complementar n.º 64/90, poderá exercer seus direitos políticos, mais precisamente, sua capacidade eleitoral passiva, candidatando-se a cargos eletivos, pois as restrições prevalecerão somente enquanto fixadas expressamente no Texto Constitucional ou em lei complementar, sem qualquer recurso a métodos ampliativos de interpretação que possam conduzir a alguma hipótese restritiva sem expressa configuração legal ou constitucional.

Em conclusão, as Leis Orgânicas do Ministério Público e a Lei Complementar n.º 64/90 previram a possibilidade de o membro do Ministério Público, mesmo aquele que tenha ingressado após a promulgação da Constituição Federal de 1988, candidatar-se, desde que preenchido um requisito, qual seja, a desincompatibilização.

São os seguintes os prazos para desincompatibilização do membro do Ministério Público, em razão do cargo a ser disputado:

Presidente e vice-presidente: seis meses anteriores ao pleito (art. 1.º, II, j); Governador e vice-governador: seis meses anteriores ao pleito (art. 1.º, III, a);

Prefeito e vice-prefeito: quatro meses anteriores ao pleito (art. 1.º, IV, b);

Senador da República: seis meses anteriores ao pleito (art. 1.º, V, b);

Deputado federal, estadual e distrital: seis meses anteriores ao pleito (art. 1.º, VI)

Vereador: seis meses anteriores ao pleito (art. 1.º, VII).

O Tribunal Superior Eleitoral, diversamente, porém, decidiu que os membros do Ministério Público da União e dos Estados, diferentemente dos magistrados e membros dos Tribunais de Contas, que pretendam concorrer a cargo eletivo, devem estar filiados a partido político no prazo previsto na Lei n.º 9.096/95, arts. 18 e 20, e na Lei n.º 9.504/97, art. 9.º.

Não concordamos com esse posicionamento do TSE, que representa um grave obstáculo ao exercício da cidadania plena pelos membros do Ministério Público que desejem ser candidatos, pois antecipa o afastamento da carreira muito além do necessário prazo de desincompatibilização, inviabilizando, na prática, a participação no processo eleitoral.

5.11 Da impossibilidade de supressão ou alteração das funções, garantias e prerrogativas constitucionais do Ministério Público

Assim, se é verdade que no regime democrático da República Federativa do Brasil os Poderes do Estado são o Executivo, o Legislativo e o Judiciário (art. 2.º, CF), todos autônomos entre si; não é menos verdade que "o mínimo irreduzível de uma autêntica Constituição deve conter regras de separação de poderes: um mecanismo de cooperação e controle desses poderes - 'checks and balances'; um mecanismo para evitar bloqueios respectivos entre os diferentes detentores de funções do poder...".

Dessa forma, o legislador constituinte criou, dentro do respeito à teoria dos "freios e contrapesos" (checks and balances), um órgão autônomo e independente deslocado da estrutura de qualquer dos Poderes do Estado, um verdadeiro fiscal da perpetuidade da federação, da Separação de Poderes, da legalidade e moralidade pública, do regime democrático e dos direitos e garantias individuais: o Ministério Público.

Para a garantia desta fiscalização e do próprio regime democrático, a constituição conferiu importantes funções e garantias institucionais ao Ministério Público, impedindo a ingerência dos demais poderes do Estado em seu funcionamento, pois como escrevia Madison, todo o poder tende a ser invasor e, por isso, deve ser posto em condições de não exceder os limites que lhe são traçados, razão pela qual, depois da divisão de poderes, o mais importante é garanti-los contra suas recíprocas invasões.

Todas estas garantias e funções dos membros do Ministério Público, assim como as imunidades e prerrogativas parlamentares do chefe do Executivo e dos órgãos do Poder Judiciário são garantias institucionais fixadas pelo legislador constituinte para a defesa da sociedade e dos direitos constitucionais fundamentais, e, conseqüentemente, como salienta Canotilho, "a protecção das garantias institucionais aproxima-se, todavia, da protecção dos direitos fundamentais quando se exige, em face das intervenções limitativas do legislador, a salvaguarda do 'mínimo essencial' (núcleo essencial) das instituições".

Poderiam tais garantias, prerrogativas e funções serem alteradas, retirando da Instituição Ministério Público os instrumentos constitucionais concedidos pelo legislador constituinte originário, para o exercício autônomo e independente de seu mister? Acreditamos que não.

Qualquer alteração constitucional decorre, no exercício do Poder Constituinte derivado reformador, de uma regra jurídica de autenticidade constitucional, uma vez que o legislador originário estabeleceu limites, materiais, circunstanciais, formais e implícitos, correspondentes às cláusulas de irreformabilidade da Constituição Federal.

O Poder Constituinte instituído ou de revisão é um poder essencialmente limitado, qualificando-se como órgão do Estado sujeito, como todos os demais órgãos estatais, às regras da constituição relativas à sua estruturação e às condições de seu funcionamento.

Assim, o Poder Constituinte derivado, exercido pelo poder político eleito, pode alterar a constituição por meio de emendas, porém baseado nas normas estabelecidas pelo Poder Constituinte originário, que traça os limites à alteração da própria constituição (CF, art. 60).

Dessa forma, entre as diversas limitações, qualquer proposta de emenda constitucional não pode expressa ou implicitamente pretender alterar as matérias tratadas no § 4.º, do art. 60, da Constituição Federal, seja para aboli-las integralmente, seja para desfigurá-las do molde estabelecido pelo legislador constituinte originário.

Acrescente-se que os limites desse poder têm hoje, conforme se sabe, no consenso da melhor doutrina constitucional - sem prejuízo, é claro, de seu histórico papel de garantia do legítimo interesse privado e da autonomia individual (na medida em que restringem a liberdade do próprio legislador constitucional) - uma predominante dimensão institucional e funcional: ordenam-se eles, primordialmente, no plano hermenêutico, como salientado por Bauer Novelli, ao "ponderado equilíbrio e a conciliação da diversidade dos valores fundamentais, aos fins sociais e coletivos adotados pela constituição. Quer dizer: ordenam-se ao fim supremo de garantir a constituição mesma, visto que, resguardando-lhe a identidade e a individualidade, resguardam-se em consequência, os próprios direitos fundamentais e os princípios estruturais, enquanto esses constituem elementos configuradores daquela, com ela afinal se identificam, e traduzem, na prática, o que P. Lucas Verdú chama a "fórmula política", o minimum constitucional inviolável".

Analisando a questão das chamadas cláusulas pétreas e a possibilidade de controle de constitucionalidade das emendas constitucionais, Gilmar Ferreira Mendes aponta que "tais cláusulas de garantia traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade. É que, como ensina Hesse, a Constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental, na medida em que impede a efetivação de um suicídio do Estado de Direito democrático sob a forma da legalidade. Nesse sentido, pronunciou-se o Tribunal Constitucional alemão, asseverando que o constituinte não dispõe de poderes para suspender ou suprimir a Constituição".

Primeiramente, deve ser considerado que a Constituição Federal, no art. 60, § 4.º, a, erigiu como cláusula pétrea a forma federativa, cujo contexto engloba, constitucionalmente, o "regime democrático", tanto em relação às regras constitucionais para sua consecução, quanto às regras constitucionais para sua fiscalização.

Como um dos fiscais do regime democrático, o legislador constituinte originário escolheu o Ministério Público, ao afirmar que é instituição permanente, essencial à função jurisdicional

do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Para garantir que o Ministério Público, em defesa da sociedade, exercesse seu mister constitucional, entre eles a defesa da federação, do regime democrático, diversas garantias de independência e autonomia foram previstas, bem como diversos sistemas de controles.

Todas as garantias e prerrogativas previstas constitucionalmente aos membros do Ministério Público têm finalidade definida pelo legislador constituinte, qual seja, a defesa impessoal da ordem jurídica democrática, dos direitos coletivos e dos direitos fundamentais da cidadania. Suprimi-las por meio de alterações constitucionais, retornando a um conceito de unipessoalidade e verticalidade hierárquica do Poder Executivo, é afastar a autonomia e independência do Ministério Público, fortalecendo o Poder Executivo, em detrimento dos demais Poderes do Estado, incabível no Estado Moderno e prejudicando a fiscalização das regras do regime democrático, função constitucional, repita-se, também do Ministério Público.

Importante verificarmos que a tendência contemporânea de todo o Direito Constitucional universal é impedir, de todas as formas possíveis, o desrespeito sistemático às normas constitucionais, que conduz, pela deformação da vontade soberana do poder constituinte, à erosão da própria consciência constitucional.

Para a garantia da constituição, o legislador constituinte conferiu funções institucionais ao Ministério Público, tais como o exercício privativo da ação penal pública, zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia, promoção da ação direta de inconstitucionalidade interventiva, entre outras não menos relevantes funções.

Porém, também em respeito ao mecanismo de cooperação e controle aos órgãos que exercem as funções de Estado, o legislador Constituinte fixou severo controle externo à Instituição, tanto por parte do Poder Legislativo (controle orçamentário, através do Tribunal de Contas; destituição do Procurador-Geral), quanto pelo Poder Executivo (escolha e nomeação do Procurador-Geral da República dentre os integrantes da carreira e nomeação do Procurador-Geral de Justiça, através de lista triplíce composta de integrantes da carreira e por ela eleitos) e do Poder Judiciário, a quem são dirigidas as pretensões e iniciativas dos membros do Ministério Público.

Alterar este sistema de controles, suprimindo funções controladoras ou mesmo garantias do Ministério Público, seria alterar o mecanismo de cooperação e controle desses poderes (Executivo/Legislativo/Judiciário) e da própria Instituição do Ministério Público, em relação ao regime democrático, desrespeitando a doutrina dos "Freios e Contrapesos" (checks and balances), modificando um mecanismo para evitar bloqueios respectivos entre os diferentes detentores de funções do poder, uma vez que retornaríamos à hipertrofia do Poder Executivo. Lembremo-nos que a Separação de Poderes também é cláusula pétrea, devendo impedir, todavia, não só a supressão da ordem constitucional, "mas também qualquer reforma que altere os elementos fundamentais de sua identidade histórica".

As funções e garantias institucionais do Ministério Público, assim como já afirmado, igualem-se às imunidades e prerrogativas dos membros do Legislativo, Judiciário e do chefe do Poder Executivo, em defesa das garantias e direitos fundamentais do cidadão e da sociedade, do

regime democrático e da própria Separação de Poderes, dentro da já citada teoria dos freios e contrapesos.

A lição magistral do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, demonstra claramente esta assertiva, pois, "com a reconstrução da ordem constitucional, emergiu o Ministério Público sob o signo da legitimidade democrática. Ampliaram-se-lhe as atribuições; dilatou-se-lhe a competência; reformulou-se-lhe os meios necessários à consecução de sua destinação constitucional; atendeu-se, finalmente, a antiga reivindicação da própria sociedade civil. Posto que o Ministério Público não constitui órgão ancilar do Governo, instituiu o legislador constituinte um sistema de garantias destinado a proteger o membro da Instituição e a própria Instituição, cuja atuação autônoma configura a confiança de respeito aos direitos, individuais e coletivos, e a certeza de submissão dos Poderes à lei".

As garantias constitucionais dos membros do Ministério Público, portanto, são garantias da própria sociedade, de que a Instituição, incumbida pela Constituição de ser a guardiã da legalidade formal e material das liberdades públicas, do regime democrático e da Separação de Poderes, contra os abusos do poder Estatal, não sofra pressões odiosas no exercício de seu mister.

Neste contexto surge o Ministério Público, com a missão de fiscalização do cumprimento das liberdades públicas, ou seja, com a missão de torná-las efetivas no plano concreto. Para isto concedeu-lhe o legislador constituinte nobres funções, entre outras, de promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei (efetividade, inclusive, ao direito à vida - art. 5.º, XXXVIII e XLVII); zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta constituição (todo o extenso rol do art. 5.º, entre outros), promovendo as medidas necessárias a sua garantia (remédios constitucionais do art. 5.º, incisos LXVIII, LXIX, LXX, LXXI, LXXII); promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difuso e coletivos; promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados nos casos previstos nesta constituição (defesa da Federação, arts. 34, 35 e 60, § 4.º, I).

Sendo as liberdades públicas objeto da proteção jurídica em matéria de direitos constitucionais, em cuja defesa deve agir o Ministério Público; a independência funcional da Instituição transforma-se em garantia fundamental implícita da Constituição Federal, com o escopo de concretizar as liberdades-públicas positivas previstas, principalmente, no art. 5.º da Constituição Federal. Estaremos diante das hipóteses chamadas por Canotilho de limites tácitos.

Limites tácitos, para Canotilho, ou poderes implícitos, para o Ministro Celso de Mello; o certo é que "o relevo e a importância que assume a teoria dos poderes implícitos no plano da hermenêutica constitucional, que cumpre ter presente o novo sistema de garantias que a Constituição deferiu ao Ministério Público e aos seus membros que o integram, cuja razão de ser funda-se, essencialmente, na significativa circunstância de que, agora, sob a égide do novo ordenamento constitucional, a investidura no cargo de representantes do Ministério Público se processa, sempre, uma vez decorrido o biênio probatório, em caráter vitalício, com a exclusão de qualquer outra modalidade", não pode sofrer alterações, em virtude de serem garantias à defesa dos direitos fundamentais e do regime democrático previstos na Constituição Federal.

Retirar do Ministério Público tais funções, ou mesmo retirar-lhes as garantias para o bom exercício destas funções corresponde a diminuir a efetividade das liberdades públicas, ou em outras palavras, aboli-las parcialmente, de forma implícita, o que é taxativamente vedado pelo texto constitucional.

Dessa forma, e retornando a idéia central das "cláusula pétreas", de que a vedação atinge a pretensão de modificar bastando que a proposta de emenda se encaminha ainda que remotamente, "tenda" (emenda tendentes, diz o texto), para sua, abolição qualquer pretensão de alterar as funções, garantias ou prerrogativas da Instituição, alteraria diretamente o art. 60, § 4.º, da Constituição Federal, pois alteraria a fiscalização do regime democrático e dos direitos e garantias fundamentais, repercutindo na Separação de Poderes, sendo, pois, de flagrante inconstitucionalidade.

A alterabilidade constitucional, embora se possa traduzir na alteração de muitas disposições da constituição, sempre conservará um valor integrativo, no sentido de que deve deixar substancialmente idêntico o sistema originário da constituição. A revisão serve, pois, para alterar a constituição, mas não para mudar radicalmente a constituição, uma vez que a revisão constitucional não é propriamente o meio propício para fazer revoluções constitucionais. A substituição de uma constituição por outra exige uma renovação do poder constituinte e esta não pode ter lugar, naturalmente, sem uma ruptura constitucional, pois é certo que a possibilidade de alterabilidade constitucional, permitida ao Congresso Nacional, não autoriza o inaceitável poder de violar o sistema essencial de valores da constituição, tal como foi explicitado pelo poder constituinte originário.

Desse modo, por ser o Ministério Público instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbido, entre outras importantíssimas funções, da defesa de cláusulas pétreas como a separação de Poderes, os direitos e garantias individuais e a própria existência da Federação e do voto direto, secreto, universal e periódico, ao defender o regime democrático, nenhuma norma do Poder Constituinte derivado poderá alterar sua estrutura orgânica, suas garantias de independência e imparcialidade e suas funções de controle, todas fixadas em defesa da própria sociedade e da perpetuidade da democracia.

5.12 Ministério Público junto aos Tribunais de Contas

O art. 73, § 2.º, I, da Constituição Federal prevê a existência de um Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, sendo que em seu art. 130, a Carta Maior determina que aos membros desse Ministério Público devem ser aplicados os direitos, vedações e forma de investidura previstas aos demais membros do Ministério Público.

Muito discutiu-se sobre a configuração jurídico-institucional desse Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, basicamente se estaria dentro da estrutura orgânica do Ministério Público da União e, conseqüentemente, sob a chefia do Procurador-Geral da República ou se estaria estruturalmente ligado ao próprio Tribunal de Contas da União, sem, portanto, qualquer vínculo com o Ministério Público da União. A Lei n.º 8.443/92, que dispõe sobre a organização do Tribunal de Contas da União, adotando essa segunda posição, criou em seu Capítulo VI (arts. 80 a 84), o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, prevendo a aplicação dos princípios institucionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional. A própria lei estipulou a composição desse Ministério Público: um procurador-geral, três subprocuradores-gerais e quatro procuradores. O ingresso na carreira far-se-á no cargo de procurador, mediante concurso de provas e títulos, assegurada a participação da

Ordem dos Advogados do Brasil, e a nomeação pelo Presidente da República, observará a ordem de classificação.

Em defesa da primeira posição, os artigos do Capítulo VI da Lei n.º 8.443/92 tiveram sua inconstitucionalidade argüida pelo Procurador-Geral da República, sob o fundamento da impossibilidade de existência de um novo Ministério Público, que não se incluisse como ramo do Ministério Público da União, exclusivamente para atuar junto ao Tribunal de Contas da União.

O Supremo Tribunal Federal, decidindo essa relevante questão, entendeu que o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União é Instituição que não integra o Ministério Público da União, cujos ramos estão taxativamente inscritos no rol do art. 128, inciso I, da Constituição Federal, declarando a constitucionalidade da referida lei, por entender possível a vinculação administrativa desse Ministério Público ao próprio Tribunal de Contas da União. Assim, como manifestou-se o Pretório Excelso, "O Ministério Público que atua perante o TCU qualifica-se como órgão de extração constitucional, eis que a sua existência jurídica resulta de expressa previsão normativa constante da Carta Política (art. 73, § 2.º, I e art. 130), sendo indiferente, para efeito de sua configuração jurídico-institucional, a circunstância de não constar do rol taxativo inscrito no art. 128, I, da Constituição Federal, que define a estrutura orgânica do Ministério Público da União. O Ministério Público junto ao TCU não dispõe de fisionomia institucional própria e, não obstante as expressivas garantias de ordem subjetiva concedidas aos seus Procuradores pela própria Constituição (art. 130), encontra-se consolidado na intimidade estrutural dessa Corte de Contas, que se acha investida - até mesmo em função do poder de autogoverno que lhe confere a Carta Política (art. 73, caput, in fine) - da prerrogativa de fazer instaurar o processo legislativo concernente à sua organização, à sua estruturação interna, à definição do seu quadro de pessoal e à criação dos cargos respectivos."

O STF entende que o art. 75 da CF, enquanto norma de organização e composição do Tribunal de Contas da União, é de extensão obrigatória aos Estados-membros, em relação aos seus respectivos Tribunais de Contas, assim, já decidiu, em relação aos Ministérios Públicos junto aos Tribunais de Contas dos Estados, em sede liminar, a relevância da argüição de inconstitucionalidade, perante o art. 130 da Constituição Federal, de lei complementar estadual que determinou o funcionamento, junto ao Tribunal de Contas, de órgão do Ministério Público estadual.

Discordamos do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede liminar, em relação aos Ministérios Públicos que devem atuar junto aos Tribunais de Contas Estaduais, uma vez que a Constituição Federal somente consagra em nível estadual um único Ministério Público, uno e indivisível, e, diferentemente do previsto no art. 73, § 2.º, I, da CF em relação ao Tribunal de Contas da União, a Carta Maior não faz menção à existência de um Ministério Público junto aos Tribunais de Contas dos Estados.

Dessa forma, cada um dos Estados-membros, no exercício de seu poder constituinte derivado decorrente - caracterizador da existência, autonomia e manutenção de uma Federação - deverá estabelecer em sua Constituição Estadual a configuração jurídico-institucional do Parquet que atuará perante o Tribunal de Contas do Estado e do Município, quando existir.

Assim, por exemplo, a Seção I, do Capítulo V, do Título II, da Constituição do Estado de São Paulo, prevê como integrantes do próprio Ministério Público estadual os membros que atuem junto ao Tribunal de Contas (art. 94, VI). Além disso, ressalte-se, a inexistência, na previsão da Constituição paulista, de um dos argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal ao considerar o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União como uma instituição a ele ligada, qual seja, o já citado art. 73, § 2.º, I, que estipula: "Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos: um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antigüidade e merecimento."

Diferentemente, a Constituição do Estado de São Paulo, em seu art. 31, § 2.º, não prevê qualquer participação dos membros do Ministério Público na composição do Tribunal de Contas do Estado. Anote-se, ainda, que a Seção VI, do Capítulo II, ao Título II, da Constituição paulista, ao disciplinar o Tribunal de Contas do Estado, em momento algum refere-se à existência de um Ministério Público exclusivamente com atribuições junto ao Tribunal de Contas do Estado.

Concluimos, portanto, pela possibilidade do Estado-membro disciplinar em sua Constituição estadual qual o Ministério Público que atuará perante o Tribunal de Contas do Estado.

6 ADVOCACIA PÚBLICA

A Advocacia Pública é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização - prevendo o ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição mediante concurso público - e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

A Constituição Federal de 1988, já não era sem tempo, rompeu a tradição existente da representação judicial da União ser exercida pelo Ministério Público, transformando-o em defensor da sociedade e criando uma instituição diretamente ligada ao Poder Executivo para exercer esse importante mister.

A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República, entre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, prevendo a necessária relação de confiança entre representado (Presidente, como Chefe do Executivo Federal) e representante, que justifica a livre escolha.

Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas e serão organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, trazendo a Emenda Constitucional n.º 19/98 a novidade da obrigatoriedade da participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas suas fases. Aos procuradores será assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias, ressalvada a situação daqueles que já se encontrassem em estágio probatório à época da promulgação da Emenda Constitucional n.º 19/98, aos quais será assegurado o prazo de dois anos de efetivo exercício para aquisição da estabilidade, nos termos do art. 28 da citada EC 19/98. Aplica-se à Advocacia Pública as normas remuneratórias previstas no art. 39, § 4.º.

7 ADVOCACIA

A Constituição de 1988 erigiu a princípio constitucional a indispensabilidade e a imunidade do advogado, prescrevendo em seu art. 133: "O advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei." Tal previsão coaduna-se com a necessária intervenção e participação da nobre classe dos advogados na vida de um Estado democrático de direito.

7.1 Indispensabilidade do advogado

O princípio constitucional da indispensabilidade da intervenção do advogado, previsto no art. 133 da Carta Maior, não é absoluto. Assim, apesar de constituir-se fator importantíssimo a presença do advogado no processo, para garantia dos direitos e liberdades públicas previstos na Constituição Federal e em todo o ordenamento jurídico, continua existindo a possibilidade excepcional da lei outorgar o *ius postulandi* a qualquer pessoa, como já ocorre no *habeas corpus* e na revisão criminal.

Assim, a revisão criminal, mesmo após a Constituição Federal de 1988, independe de subscrição de advogado, quando requerida pessoalmente pelos legitimados, segundo o art. 623 do Código de Processo Penal. Porém, se for requerida por procurador, este há de ser advogado. O mesmo ocorre com o *habeas corpus*, pois sua interposição há que ser feita à luz do princípio do direito de defesa assegurada constitucionalmente (art. 5.º, LX) que inclui, sem sombra de dúvida, o direito à auto-defesa.

O advogado deve comprovar sua efetiva habilitação profissional, demonstrando a regularidade de sua inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, sob pena de inexistência dos atos processuais praticados.

7.2 Imunidade do advogado

A inviolabilidade do advogado, por seus atos e manifestações no exercício da profissão, não é absoluta, sujeitando-se aos limites legais⁵²⁴, pois como decidiu o Superior Tribunal de Justiça, "seria odiosa qualquer interpretação da legislação vigente conducente à conclusão absurda de que o novo Estatuto da OAB teria instituído, em favor da nobre classe dos advogados, imunidade penal ampla e absoluta, nos crimes contra a honra e até no desacato, imunidade essa não conferida ao cidadão brasileiro, às partes litigantes, nem mesmo aos juízes e promotores. O nobre exercício da advocacia não se confunde com um ato de guerra em que todas as armas, por mais desleais que sejam, possam ser utilizadas".

Analisando a referida imunidade, o Superior Tribunal de Justiça ainda concluiu que "os advogados prestam importante serviço e contribuição para o bom exercício da Justiça, sendo natural que, no exercício regular da atividade, o façam, até, com ardor e veemência. Nunca, porém, deixando de lado o essencial, que é a defesa da causa, para uma luta contra o colega adverso, ou contra o representante do Ministério Público, ou ofendendo a honra, desabusada e desnecessariamente, fora dos limites da causa ou da defesa de direitos e prerrogativas de que desfrutam".

⁵²⁴ STF - RHC n.º 69.619-8, Rel. Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça, Seção I, 20 ago. 1993, p. 16.319; STF - HC n.º 69.085-8/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 26 mar. 1993, p. 5.003. Inclusive, o Supremo Tribunal Federal, na Adin n.º 1.127-8, Rel. Min. Paulo Brossard, suspendeu liminarmente a eficácia da expressão ou desacato contida no art. 7.º, § 2.º, da Lei n.º 8.906, de 4-7-1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), que alargava a abrangência da imunidade material dos advogados.

Em sessão Plenária do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, por maioria absoluta de votos, nos termos do art. 97 da Constituição Federal, foi declarada incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 7.º, § 2.º, da Lei n.º 8.906/94 (Estatuto da OAB), pela ausência do caráter absoluto da imunidade do advogado.

Saliente-se, portanto, que haverá excesso impunível se a ofensa irrogada for vinculada à atividade funcional e pertinente à pretensão que esteja o advogado defendendo em juízo. A imunidade inexistirá quando a ofensa for gratuita, desvinculada do exercício profissional e não guardar pertinência com a discussão da causa.

Ressalte-se, ainda, que a imunidade profissional do advogado não alcança abusos cometidos em entrevistas aos meios de comunicação.

8 DEFENSORIA PÚBLICA

A Constituição Federal prevê, ainda, a criação da Defensoria Pública, como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa em todos os graus e gratuitamente dos necessitados.

O Congresso Nacional, através de Lei Complementar, organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

9 QUESTÕES PROCESSUAIS - FORO PRIVILEGIADO: APLICABILIDADE DA LEI N.º 9.099/95 ÀS INFRAÇÕES PENAIS COMETIDAS POR AUTORIDADES COM FORO PRIVILEGIADO⁵²⁵

9.1 Representação nos crimes de lesão corporal dolosa de natureza leve e lesão corporal culposa e suspensão condicional do processo

A Lei n.º 9.099/95 transformou a ação nos crimes de lesão corporal dolosa, de natureza leve e lesão corporal culposa em pública condicionada, dependente de representação (art. 88), como condição de procedibilidade⁵²⁶. Determinou, igualmente a citada lei, que nos casos em que passou a ser exigida a representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal deverá ser intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência.

Assim, apesar da existência constitucional de foro privilegiado e procedimentos especiais para o julgamento do Presidente da República (CF, art. 102, I, b), Senadores da República e Deputados Federais (CF, arts. 53, § 4.º e 102, I, b), órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público (CF, arts. 96, III; 102, I, b e c; 105, I, a; 108, I), Governadores de Estado (CF, art. 105, I, a) e Prefeitos Municipais, os arts. 88, 89 e 91, da Lei n.º 9.099/95, têm aplicabilidade integral, imediata e retroativa. Como ressaltado em nossa citada obra, em

⁵²⁵ Sobre a Lei dos Juizados Especiais Criminais, bem como os institutos criados pela mesma, em especial a composição civil do dano, a transação penal, a representação para lesões corporais culposas e dolosas leves e a suspensão condicional do processo, vide nosso Juizado especial criminal: aspectos práticos da Lei n.º 9.099/95. Op. cit.

⁵²⁶ No tocante ao Direito Penal Militar, em face da Lei n.º 9.839, de 27 de setembro de 1999, foi acrescido o art. 90-A à Lei n.º 9.099/95, determinando-se, expressamente, que as disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar. Observe-se, porém, que, conforme ressaltado pelo Supremo Tribunal Federal, "a Lei n.º 9.839/99 (lex gravior) - que torna inaplicável à Justiça Militar a Lei n.º 9.099/95 (lex mitior) - não alcança, no que se refere aos institutos de direito material, os crimes militares praticados antes de sua vigência, ainda que o inquérito policial militar ou o processo penal sejam iniciados posteriormente" (STF - Pleno - HC n.º 79.571-4/MG - medida liminar - Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 19 out. 1999. p. 37).

relação às normas de caráter penal, por expressa determinação constitucional (art. 5.º, inciso XL, e do próprio Código Penal, art. 2.º, parágrafo único), não pode haver retroatividade da lei menos benéfica ao réu, pois submetem-se aos princípios da retroatividade e da irretroatividade segundo beneficiem ou não o agente. Serão de conteúdo penal, de acordo com José Frederico Marques, toda regra que trate da ampliação ou diminuição do *ius puniendi* ou *ius punitiois*, como toda disposição que, de qualquer forma, reforce ou amplie os direitos subjetivos do réu ou do condenado. Desta forma, ambas as regras, exigência de representação para as lesões corporais dolosas de natureza leve e as culposas e oferecimento por parte do Ministério Público da suspensão condicional do processo, por diminuírem o *ius puniendi* do Estado, têm forte caráter penal e serão retroativas, em virtude de serem mais benéficas.

Neste sentido, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal, em crime de lesão corporal dolosa, de natureza leve, praticado por parlamentar federal, resolvendo, por unanimidade, questão de ordem proposta pelo Relator Ministro Celso de Mello, e determinando a suspensão do procedimento penal para que, nos termos do art. 91 da Lei n.º 9.099/95, se procedesse à intimação da vítima do delito de lesões corporais leves atribuído ao indiciado/parlamentar, para, no prazo de 30 dias, querendo, oferecer representação, sob pena de decadência.

Ressaltou o Ministro Celso de Mello: "Muito embora os preceitos em causa (arts. 88 e 91) residam em texto normativo que regulamentou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais - no que constituem órgãos judiciários situados no primeiro grau de jurisdição -, torna-se imperioso observar que as regras legais em questão aplicam-se, também às ações penais originárias, inclusive àquelas ajuizáveis, nos termos do art. 102, I, b e c da Constituição da República, perante o Supremo Tribunal Federal. Esse, inclusive é o entendimento de Damásio E. de Jesus (Lei dos juizados especiais criminais anotada, p. 86, 1995, Saraiva), para quem "o caráter autônomo da norma inscrita no art. 88 da Lei n.º 9.099/95 torna-a aplicável dentro e fora do Juizado Especial Criminal."

A possibilidade de estender os preceitos em causa a procedimentos penais instaurados perante outros órgãos judiciários, inclusive perante os próprios Tribunais, decorre do fato de que as regras consubstanciadas nos arts. 88 e 91 da Lei n.º 9.099/95 qualificam-se como prescrições de natureza penal e de conteúdo material, veiculadoras de uma específica modalidade de despenalização, que ocorre - consoante - observa Damásio E. de Jesus (Op. cit., p. 87): "... não somente quando a pena deixa de ser imposta, mas também (...) quando o legislador, como acontece com a disposição, de alguma forma procura evitar que a sanção penal seja aplicada. Na realidade, a lei nova que passa a disciplinar, de modo diverso, o exercício da ação penal, convertendo em ação pública condicionada a ação penal incondicionada - e fazendo depender o seu ajuizamento, em consequência de representação (como no caso) ou de requisição -, configura típica hipótese de *lex mitior*, que se reveste, por efeito de disposição constitucional expressa (art. 5.º, XL), de irrecusável carga de retroatividade virtual" (STF - Min. Celso de Mello, Inquérito n.º 1.055-3/Amazonas).

9.2 Suspensão condicional do processo

Em relação à suspensão condicional do processo, o órgão do Ministério Público que atuar perante o Tribunal com competência originária para o processo e julgamento das autoridades acima referidas, nas infrações cuja ação penal seja pública e a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não pela Lei n.º 9.099/95, ao oferecer a denúncia,

poderá propor a suspensão do processo, que se aceita pelo acusado, poderá levar o Juiz, após o recebimento da denúncia, a suspender o processo por dois a quatro anos, submetendo o réu a determinadas condições. Saliente-se, inicialmente, que o campo de abrangência da suspensão condicional do processo é mais amplo do que da transação penal aplicando-se, tanto as infrações com rito comum quanto com rito especial, inclusive perante as Justiças Federal e Eleitoral e, também, nos foros privilegiados em razão da função, da autonomia existente entre a suspensão condicional do processo e o Juizado Especial Criminal.

Assim, a suspensão condicional do processo poderá ser aplicada por todos os órgãos do Poder Judiciário, desde que proposta pelo Ministério Público e aceita pelo acusado.

A lei prevê diversos requisitos para que o Ministério Público possa oferecer a suspensão condicional do processo, perante o Tribunal competente para julgar uma das autoridades tratadas no presente estudo, dispondo da continuidade da ação penal pública, cuja exclusividade é prevista no art. 129, I, da Constituição Federal. Dessa forma, presentes os requisitos, o Ministério Público poderá, se entender necessário, afastar o princípio da obrigatoriedade da ação penal oferecendo a suspensão condicional do processo, que, aceita pelo acusado, suspenderá o processo por dois a quatro anos, findos os quais haverá extinção da punibilidade.

São requisitos para o oferecimento da suspensão condicional do processo por parte do Ministério Público:

- a. crimes e contravenções em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidos ou não pela lei, independentemente do rito procedimental e do Juízo ou Tribunal competente;
- b. acusado não pode estar sendo processado;
- c. acusado não pode ter sido condenado por outro crime;
- d. a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício.

O juízo competente, após aceitação por parte do acusado de proposta do Ministério Público, recebendo a denúncia, suspenderá o processo por dois a quatro anos, fixando as condições obrigatórias, previstas no art. 89, § 1.º, da Lei n.º 9.099/95, quais sejam: reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; proibição de freqüentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; comparecimento pessoal e obrigatório a Juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Além disso, poderão ser fixadas outras condições adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado, desde que não exponham o acusado a vexame ou constrangimento.

A Lei n.º 9.099/95, em seu art. 89, § 6.º, criou uma causa legal de suspensão da prescrição. Assim, a partir da concessão da suspensão condicional do processo, a prescrição será suspensa, até o término do período de prova e conseqüente extinção da punibilidade, ou até eventual revogação da mesma (§§ 3.º e 4.º, art. 89).

9.3 Juizados Especiais na Justiça Federal

A Emenda Constitucional n.º 22, de 18 de março de 1999, previu que lei federal disporá sobre a criação de Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal (CF, art. 98, parágrafo único).

11 PROCESSO LEGISLATIVO

1 CONCEITO

O termo processo legislativo pode ser compreendido num duplo sentido, jurídico e sociológico. Juridicamente, consiste no conjunto coordenado de disposições que disciplinam o procedimento a ser obedecido pelos órgãos competentes na produção das leis e atos normativos que derivam diretamente da própria constituição, enquanto sociologicamente podemos defini-lo como o conjunto de fatores reais que impulsionam e direcionam os legisladores a exercitarem suas tarefas.

Assim, juridicamente, a Constituição Federal define uma seqüência de atos a serem realizados pelos órgãos legislativos, visando à formação das espécies normativas previstas no art. 59: Emendas Constitucionais, leis complementares e ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

O respeito ao devido processo legislativo na elaboração das espécies normativas é um dogma corolário à observância do princípio da legalidade, consagrado constitucionalmente, uma vez que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de espécie normativa devidamente elaborada pelo Poder competente, segundo as normas de processo legislativo constitucional, determinando, desta forma, a Carta Magna, quais os órgãos e quais os procedimentos de criação das normas gerais, que determinam, como ressaltado por Kelsen "não só os órgãos judiciais e administrativos e o processo judicial e administrativo, mas também os conteúdos das normas individuais, as decisões judiciais e os atos administrativos que devem emanar dos órgãos aplicadores do direito".

O desrespeito às normas de processo legislativo constitucionalmente previstas acarretará a inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo produzido, possibilitando pleno controle repressivo de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, tanto pelo método difuso quanto pelo método concentrado. Saliente-se, ainda, que mesmo durante o processo legislativo, os parlamentares têm o direito público subjetivo à fiel observância de todas as regras previstas constitucionalmente para a elaboração de cada espécie normativa, podendo, pois, socorrerem-se ao Poder Judiciário, via mandado de segurança.

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal considera as regras básicas de processo legislativo previstas na Constituição Federal como modelos obrigatórios às Constituições Estaduais, declarando que o modelo estruturador do processo legislativo, tal como delineado em seus aspectos fundamentais pela Carta da República, impõe-se, enquanto padrão normativo, de compulsório atendimento, à observância incondicional dos Estados-membros. Importantíssimo ressaltar, por tratar-se de norma geral de processo legislativo, aplicável a todos os entes federais, que a Constituição de 1988 aboliu o instrumento do decurso de prazo⁵²⁷, verdadeira aberração legislativa que constituía um *capitis diminutio* ao Poder Legislativo, pois permitia a aprovação de um projeto de lei ou Decreto-lei, sem que houvesse análise por parte do Congresso Nacional.

⁵²⁷ CF/67-69: art. 51 - O Presidente da República poderá enviar ao Congresso Nacional projetos de lei sobre qualquer matéria, os quais, se o solicitar, serão apreciados dentro de quarenta e cinco dias, a contar do seu recebimento na Câmara dos Deputados, e de igual prazo no Senado Federal. § 1.º A solicitação do prazo mencionado neste artigo poderá ser feita depois da remessa do projeto e em qualquer fase de seu andamento. § 2.º Se o Presidente da República julgar urgente o projeto, poderá solicitar que a sua apreciação seja feita em sessão conjunta do Congresso Nacional, dentro do prazo de quarenta dias. § 3.º Na falta de deliberação dentro dos prazos estabelecidos neste artigo e no parágrafo anterior, cada projeto será incluído automaticamente na ordem do dia, em regime de urgência, nas dez sessões subseqüentes em dias sucessivos; se, ao final dessas, não for apreciado, considerar-se-á definitivamente aprovado. Igualmente, o art. 55 da constituição anterior referindo-se ao processo legislativo do antigo Decreto-lei, remetia-o ao § 3.º, do art. 51.

O presente estudo, para fins didáticos, será desmembrado em três partes: noções gerais, processo legislativo ordinário e espécies normativas.

2 NOÇÕES GERAIS

2.1 Conceitos iniciais

Estão ligados ao estudo de processo legislativo alguns conceitos importantes, que devem ser definidos: desconstitucionalização, recepção e repristinação.

- Desconstitucionalização é nome técnico que se dá à manutenção em vigor, perante uma nova ordem jurídica, da Constituição anterior, que porém perde sua hierarquia constitucional para operar como legislação comum. Tal fenômeno não encontra acolhida em nosso sistema constitucional.

A substituição de uma constituição por outra implica na perda de eficácia da Carta primitiva. O mesmo não acontece, no entanto, com o restante das leis e atos normativos que, em regra, permanecem válidos, satisfeita uma única condição, qual seja, a de serem compatíveis com a nova ordem constitucional. Obviamente, as normas conflitantes, explícita ou implicitamente, retirar-se-ão do ordenamento jurídico, independentemente da espécie (emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias etc), pois a criação de uma nova ordem jurídica exige o adequamento do restante do ordenamento jurídico.

- Recepção, consiste no acolhimento que uma nova constituição posta em vigor dá às leis e atos normativos editados sob a égide da Carta anterior, desde que compatíveis consigo. O fenômeno da recepção, além de receber materialmente as leis e atos normativos compatíveis com a nova Carta, também garante a sua adequação à nova sistemática legal⁵²⁸.

- Repristinação é o nome que se dá ao fenômeno que ocorre quando uma norma revogadora de outra anterior, que, por sua vez, tivesse revogado uma mais antiga, recoloca esta última novamente em estado de produção de efeitos. Esta verdadeira restauração de eficácia é proibida em nosso Direito, em nome da segurança jurídica, salvo se houver expressa previsão da nova lei, conforme preceitua o art. 2.º, § 3.º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Assim, a legislação que tenha perdido sua eficácia anteriormente à edição da nova Constituição Federal, não irá readquiri-la, com sua promulgação.

2.2 Processos legislativos

Podemos classificar os processos legislativos em dois grandes gêneros. O primeiro em relação às formas de organização política e o segundo em relação à seqüência das fases procedimentais.

2.2.1 Classificação em relação às formas de organização política

Dependendo da forma de organização política podemos distinguir quatro espécies de processo legislativo: o autocrático, o direto, o indireto ou representativo e o semidireto.

O processo legislativo autocrático caracteriza-se por ser expressão do próprio governante, que fundamenta em si mesmo a competência para editar leis, excluindo desta atividade

⁵²⁸ Por exemplo: Apesar de inexistir sob a vigência da Constituição de 1988 a espécie normativa Decreto-lei, o Código Penal continua em vigor, uma vez que foi material e formalmente recepcionado, sob a nova roupagem de lei ordinária. Outro exemplo é lembrado por Michel Temer: "O Dec. 24.643, de 1934, é o Código de Águas. Foi produzido ao tempo em que os decretos do Poder Executivo tinham força de lei. Foi recebido por todas as ordens constitucionais posteriores. Hoje a disciplina dessa matéria é fornecida pela lei; daí sua natureza legal" (Elementos... Op. cit. p. 39).

legiferante o corpo de cidadãos, seja diretamente, seja por intermédio de seus representantes.

Por sua vez, considera-se processo legislativo direto aquele discutido e votado pelo próprio povo.

O processo legislativo semidireto consubstanciava-se em um procedimento complexo, pois a elaboração legislativa necessitava da concordância da vontade do órgão representativo com a vontade do eleitorado, através de referendun popular.

Por fim, o processo legislativo indireto ou representativo, adotado no Brasil e na maioria dos países, pelo qual o mandante (povo) escolhe seus mandatários (parlamentares), que receberão de forma autônoma⁵²⁹ poderes para decidir sobre os assuntos de sua competência constitucional⁵³⁰.

2.2.2 Classificação em relação à seqüência das fases procedimentais

Há três espécies de processos ou procedimentos legislativos, o comum ou ordinário, o sumário e os especiais.

O processo legislativo ordinário é aquele que se destina à elaboração das leis ordinárias, caracterizando-se pela sua maior extensão.

O processo legislativo sumário, conforme será estudado adiante, apresenta somente uma diferenciação em relação ao ordinário, a existência de prazo para que o Congresso Nacional delibere sobre determinado assunto.

Por fim, encontramos os processos legislativos especiais estabelecidos para a elaboração das emendas à Constituição, leis complementares, leis delegadas, medidas provisórias, decretos-legislativos, resoluções e leis financeiras (lei de plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias, leis do orçamento anual e de abertura de créditos adicionais)⁵³¹.

3 PROCESSO LEGISLATIVO ORDINÁRIO

O procedimento de elaboração de uma lei ordinária denomina-se processo legislativo ordinário e apresenta as seguintes fases: fase introdutória, fase constitutiva e fase complementar.

Por ser o mais completo e amplo, será estudado, em primeiro lugar, o procedimento de elaboração de uma lei ordinária servindo de paradigma para a análise da elaboração das demais espécies normativas.

3.1 Fase introdutória

Iniciativa de lei é a faculdade que se atribui a alguém ou a algum órgão para apresentar projetos de lei ao Legislativo, podendo ser parlamentar ou extra-parlamentar e concorrente ou exclusiva.

⁵²⁹ Rousseau critica esta autonomia, afirmando que "a soberania não pode ser representada pela mesma razão por que não pode ser alienada; consiste ela essencialmente na vontade geral, e a vontade geral não se representa: ou é ela mesma ou diferente; não há meio termo. Os deputados do povo não são nem podem ser seus representantes, eles são unicamente seus comissários; nada podem decidir em definitivo. Toda lei que o povo não tenha pessoalmente ratificado é nula; não é uma lei" (Contrato social, Op. cit. v. 3, cap. XV).

⁵³⁰ Não se adota modernamente a teoria do mandato imperativo, pelo qual os representados elegiam seus representantes no Parlamento, determinando-lhes, rigidamente, as atribuições que podiam exercer.

⁵³¹ Poderíamos, ainda, complementando esta classificação tradicional, considerar como hipóteses de processos legislativos especiais aqueles previstos para as Leis Orgânicas dos Municípios (CF, art. 29) e Lei Orgânica do Distrito Federal (CF, art. 32).

Diz-se iniciativa de lei parlamentar a prerrogativa que a Constituição confere a todos os membros do Congresso Nacional (Deputados Federais/Senadores da República) de apresentação de projetos de lei.

Diz-se, por outro lado, iniciativa de lei extra-parlamentar àquela conferida ao Chefe do Poder Executivo, aos Tribunais Superiores, ao Ministério Público e aos cidadãos (iniciativa popular de lei).

Por sua vez, a iniciativa concorrente é aquela pertencente a vários legitimados de uma só vez (por exemplo: parlamentares e Presidente da República), enquanto iniciativa exclusiva é aquela reservada a determinado cargo ou órgão (por exemplo: CF, art. 61, § 1.º).

Anote-se que uma das funções primordiais do exercício da iniciativa de lei, através da apresentação do projeto de lei ordinária ao Congresso Nacional, é definir qual das casas legislativas analisará primeiramente o assunto (Deliberação Principal) e qual atuará como revisora (Deliberação Revisional). Assim, a discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e dos cidadãos, terão início na Câmara dos Deputados, conforme preceituam os arts. 61, § 2.º e 64, caput, da Constituição Federal.

3.1.1 Iniciativa de lei do poder judiciário

A Constituição Federal preconiza que compete privativamente ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169, a criação e a extinção de cargos e a remuneração de seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver, respeitado o art. 48, XV, que determina competir ao Congresso Nacional, por meio de lei ordinária, a fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal⁵³².

Como salienta Clèmerson Merlin Clève, "do princípio da inicialidade legislativa decorre a iniciativa reservada de algumas leis. A primeira delas é o Estatuto da Magistratura Nacional, lei complementar de iniciativa privativa do Supremo Tribunal Federal. Diante do disposto no art. 93 da Constituição Federal, não pode o Congresso Nacional dispor sobre essa matéria sem a preliminar provocação da Suprema Corte brasileira".

Eventuais alterações nas disposições relacionadas à remuneração, decorrentes de emenda parlamentar ao projeto original, de iniciativa dos referidos Tribunais, serão incompatíveis com as regras dos arts. 2.º e 96, II, alínea b, da Constituição Federal, uma vez que estarão maculadas pelo vício de inconstitucionalidade formal, além de violarem, pela imposição de aumento da despesa, o princípio da autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário.

Anote-se que a iniciativa privativa dos Tribunais aplica-se, igualmente, em relação às normas das Constituições Estaduais, não havendo possibilidade de usurpação da iniciativa prevista pela Constituição Federal pelo legislador-constituente derivado do Estado-membro. A regra, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, que decorre do princípio da independência e

⁵³² Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, promulgada em 4-6-1998 e publicada no Diário Oficial da União em 5-6-1998. Ressalte-se que o art. 34 da própria Emenda Constitucional estabeleceu que sua entrada em vigor seria na data de sua promulgação.

harmonia entre os poderes e é tradicional no direito republicano, aplica-se tanto à legislatura ordinária, como à constituinte estadual, em razão do que prescreve a Constituição Federal, art. 96, II, b e d⁵³³.

3.1.2 Iniciativa privativa do Presidente da República - art. 61

As referidas matérias cuja discussão legislativa dependem da iniciativa privativa do Presidente da República (CF, art. 61, § 1.º)⁵³⁴ são de observância obrigatória pelos Estados-membros que, ao disciplinar o processo legislativo no âmbito das respectivas Constituições estaduais, não poderão afastar-se da disciplina constitucional federal.

Assim, por exemplo, a iniciativa reservada das leis que versem o regime jurídico dos servidores públicos revela-se, enquanto prerrogativa conferida pela Carta Política ao Chefe do Poder Executivo, projeção específica do princípio da separação de poderes, incidindo em inconstitucionalidade formal a norma inscrita em Constituição do Estado que, subtraindo a disciplina da matéria ao domínio normativo da lei, dispõe sobre provimento de cargos que integram a estrutura jurídico-administrativa do Poder Executivo local.

A Constituição Federal inseriu, ainda, na esfera de atribuições do Executivo, o poder de elaborar e de encaminhar ao Legislativo o projeto de lei referente ao orçamento anual, função esta que deverá observar somente as limitações da própria Carta Magna, da lei de diretrizes orçamentárias e do plano plurianual, inexistindo possibilidade, sob pena de afronta à Separação dos Poderes, consagrada textualmente na Constituição Federal, do Poder Judiciário determinar ao Presidente da República a inclusão, no texto do projeto de lei orçamentária anual, de cláusula pertinente à fixação da despesa pública, com a conseqüente alocação de recursos financeiros destinados a satisfazer determinados encargos.

No Brasil, tradicionalmente desde a Constituição Imperial, cabe ao Poder Executivo a atribuição para a elaboração e apresentação da proposta orçamentária, pois é este Poder quem conhece a realidade sociopolítica em que irá atuar, possibilitando o fornecimento de maiores elementos ao legislador, para análise e decisão sobre a peça orçamentária.

Observe-se que a regra de iniciativa privativa do Poder Executivo para os projetos de lei referentes a matéria orçamentária é obrigatória para os Estados e Municípios⁵³⁵; em face, porém, da ausência de previsão do art. 61 da Constituição Federal, não se estende à

⁵³³ No caso concreto, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou inconstitucional o art. 58, caput e seu § 1.º, da Constituição do Estado de Pernambuco, que determinou o aumento do número de desembargadores sem proposta do Tribunal de Justiça (STF - Pleno - Adin n.º 274-1/PE, Rel. Min. Octávio Gallotti, v.m., Diário da Justiça, seção 1, 5 maio 1995, p. 11.903). EMENTA: Tribunal de Justiça. Composição. Aumento de desembargadores pela Assembléia Constituinte Estadual independente de iniciativa do Judiciário. Inconstitucionalidade.

⁵³⁴ A EC n.º 32, de 11 de setembro de 2001, alterou parcialmente a redação do art. 61, em sua alínea e, do inciso II, § 2.º.

⁵³⁵ Nesse sentido, conferir, em relação ao Estado de Santa Catarina: STF - "Competência exclusiva do Poder Executivo iniciar o processo legislativo das matérias pertinentes ao Plano Plurianual, às Diretrizes Orçamentárias e aos Orçamentos Anuais" (STF - Pleno - ADIn n.º 1.759-1/SC - Rel. Min. Néri da Silveira - Diário da Justiça, Seção I, 6 abr. 2001, p. 66). No mesmo sentido: STF - "Considerando que não há reserva de iniciativa do chefe do Poder Executivo para a propositura de leis referentes à matéria tributária, o Tribunal indeferiu pedido de medida cautelar em ação direta ajuizada pelo Governador do Estado do Espírito Santo contra a lei 6.486/2000, do mesmo Estado, que, alterando o art. 3.º da Lei 3.829/85, reduziu o valor da alíquota do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA. À primeira vista, o Tribunal entendeu não haver relevância jurídica na tese de inconstitucionalidade em que se alegava ofensa ao art. 61, § 1.º, II, b, da CF - que confere ao Presidente da República a iniciativa privativa das leis que disponham sobre 'organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios'; - dado que tal dispositivo refere-se exclusivamente aos territórios federais. Precedentes citados: ADInMC 2.304-RS (DJU de 15-12-2000); ADInMC 352-DF (DJU de 8-3-1991)" (STF - Pleno - ADInMC n.º 2.392/ES - Rel. Min. Moreira Alves, 28-3-2001 - Informativo STF n.º 222, 26 a 30 mar. 2001, p. 1).

iniciativa para os projetos de lei em matéria tributária⁵³⁶. O legislador constituinte consagrou, em matéria tributária, a concorrência de iniciativa entre Executivo e Legislativo.

Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal que "a Constituição de 1988 admite a iniciativa parlamentar na instauração do processo legislativo em tema de direito tributário. A iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, não se presume e nem comporta interpretação ampliativa na medida em que - por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo - deve, necessariamente, derivar de norma constitucional explícita e inequívoca. O ato de legislar sobre direito tributário, ainda que para conceder benefícios jurídicos de ordem fiscal, não se equipara - especialmente para os fins de instauração do respectivo processo legislativo - ao ato de legislar sobre o orçamento do Estado".

Essa regra, por configurar norma geral de processo legislativo, é aplicável aos Estados, Distrito Federal e Municípios, cujos respectivos diplomas legislativos devem, obrigatoriamente, consagrar a iniciativa concorrente para matéria tributária.

3.1.3 Emenda que aumenta a despesa em projeto de iniciativa exclusiva do chefe do poder Executivo

Os projetos de lei enviados pelo Presidente da República à Câmara dos Deputados, quando de sua iniciativa exclusiva, em regra, poderão ser alterados, através de emendas apresentadas pelos parlamentares, no exercício constitucional da atividade legiferante, própria ao Poder Legislativo. Há, entretanto, exceção no texto constitucional, uma vez que não são permitidas emendas que visem o aumento de despesa prevista nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, sendo, de flagrante inconstitucionalidade a norma inserida, por emenda parlamentar, em projeto de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, que acarreta aumento de despesa pública⁵³⁷, por flagrante ofensa ao princípio de independência e harmonia entre os Poderes da República.

Porém, a própria exceção não se aplica na matéria orçamentária, pois o art. 166, §§ 3.º e 4.º, da Constituição Federal, permite a apresentação de emendas que aumentem as despesas, no projeto de lei do orçamento anual ou projetos que o modifiquem, desde que compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias, bem como desde que indiquem os recursos necessários para o aumento destas despesas.

3.1.4 Vício de iniciativa e sanção

Outra questão importante referente aos projetos de lei de iniciativa exclusiva do Presidente da República é saber se a sanção presidencial supre o vício de iniciativa na apresentação do projeto. Assim, supondo que um projeto de lei de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo tenha sido apresentado por um parlamentar, discutido e aprovado pelo Congresso Nacional, quando remetido à deliberação executiva, a eventual aquiescência do Presidente da República, por meio da sanção, estaria suprindo o inicial vício formal de constitucionalidade?

⁵³⁶ Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal: "Processo legislativo: matéria tributária: inexistência de reserva de iniciativa do Executivo, sendo impertinente a invocação do art. 61, § 1.º, II, b, da Constituição, que diz respeito exclusivamente aos Territórios Federais" (STF - Pleno - ADIn n.º 2.304-7/RS - Medida Liminar - Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Diário da Justiça, Seção I, 15 dez. 2000, p. 61).

⁵³⁷ "É formalmente inconstitucional norma resultante de emenda parlamentar que estende a outras categorias de servidores públicos vantagens remuneratórias que o projeto de lei encaminhado pelo Executivo concedia, de forma restrita, a determinado segmento do funcionalismo. Ofensa aos arts. 61, § 1.º, I, a e c, e 63, I, da CF. Adin 816-SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, 22-8-96." - Informativo STF, Brasília, 19 a 23 ago. 1996.

Acreditamos não ser possível suprir o vício de iniciativa com a sanção, pois tal vício macula de nulidade toda a formação da lei, não podendo ser convalidado pela futura sanção presidencial. A Súmula 5 do Supremo Tribunal Federal⁵³⁸, que previa posicionamento diverso, foi abandonada em 1974, no julgamento da Representação n.º 890-GB⁵³⁹, permanecendo, atualmente, a posição do Supremo Tribunal Federal pela impossibilidade de convalidação, pois como advertia Marcelo Caetano, "um projeto resultante de iniciativa inconstitucional sofre de um pecado original, que a sanção não tem a virtude de apagar, até porque, a par das razões jurídicas, militam os fortes motivos políticos que determinassem a exclusividade da iniciativa presidencial, cujo afastamento poderia conduzir a situações de intolerável pressão sobre o Executivo".

3.1.5 Iniciativa de lei do Ministério Público

O novo status constitucional de independência, autonomia e imprescindibilidade ao Estado Democrático de Direito, conferido ao Ministério Público em 1988, foi reforçado pela concessão de iniciativa para deflagrar o processo legislativo, podendo, inclusive, propor a criação e extinção dos cargos da instituição e de seus serviços auxiliares, com provimento obrigatório por concurso público de provas e títulos, para a iniciativa das respectivas leis complementares (CF, arts. 127, § 2.º, e 128, § 5.º).

Além disso, mesmo em relação à matéria orçamentária, apesar da iniciativa das leis que definem o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual (CF, arts. 84, XXIII, e 165) pertencerem ao Poder Executivo, o Ministério Público possui dotação orçamentária própria, devendo receber mensalmente os recursos determinados no orçamento (CF, arts. 127, § 3.º, e 168).

A Constituição Federal previu hipótese de iniciativa legislativa concorrente para apresentação de projeto de lei federal que disporá sobre a organização do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios (CF, art. 61, § 1.º, II, d e art. 128, § 5.º). Assim, apesar do art. 61 prever as hipóteses de iniciativa privativa do Presidente da República, o próprio texto constitucional ressaltou no § 5.º do art. 128 a possibilidade de concorrência do Procurador-Geral da República. A previsão de iniciativa concorrente do Presidente da República, em face do novo posicionamento constitucional e ampliação da independência do Parquet, sofre ressalvas por parte do Ministro Sepúlveda Pertence, que afirma: "Testemunho eloquente desse esforço de composição entre o futuro projetado e o passado renitente, é a esdrúxula concorrência de iniciativa entre o Procurador-Geral e o Presidente da República para a lei complementar de organização do Ministério Público da União (CF, arts. 128, § 5.º, e 61, § 1.º, II, d)."

Essa dicotomia, em relação à iniciativa para apresentação do projeto de lei complementar de organização do Ministério Público da União, já foi interpretada pelo Supremo Tribunal Federal, onde apontou-se que o legislador constituinte estabeleceu uma concorrência entre o Presidente da República (CF, art. 61, § 1.º, II, d) e o Procurador-Geral da República (CF, art. 129, § 5.º).

Em relação à criação de cargos, porém, como salientado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, "a iniciativa da criação por lei de cargos do Ministério Público é predicado explícito da sua

⁵³⁸ Súmula 5: "A sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo".

⁵³⁹ RTJ 69/629 - EMENTA: "A sanção não supre a falta de iniciativa ex vi do disposto no art. 57, parágrafo único, da Constituição, que alterou o direito anterior". No mesmo sentido: RTJ 157/460.

autonomia (CF, art. 127, § 2.º) e, por isso, iniludivelmente privativa dos seus próprios órgãos diretivos, em particular, do seu chefe".

Da mesma forma, faculta-se com exclusividade aos Procuradores-Gerais de Justiça de cada Estado-membro a iniciativa para lei complementar que estabelecerá a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público (CF, art. 128, § 5.º).

3.1.6 Iniciativa popular de lei

A Constituição Federal consagrou como instrumento de exercício da soberania popular (CF, art. 14, III) a iniciativa popular de lei, que poderá ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles, conforme preceitua o § 2.º, do art. 61, da Constituição Federal.

Interessante ressaltar que as Constituições estaduais devem prever, nos termos do § 4.º do art. 27 da Constituição Federal, a iniciativa popular de lei estadual. Assim, por exemplo, a Constituição do Estado de São Paulo admite a possibilidade de sua alteração por proposta de cidadãos, mediante iniciativa popular assinada, no mínimo, por 1% dos eleitores. Igualmente, a Constituição do Estado da Bahia permite iniciativa popular para propositura de emenda constitucional, ao prever no art. 31 que "O controle dos atos administrativos será exercido pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e pela sociedade civil, na forma da lei e através de iniciativa popular de projeto de emenda a esta Constituição e de projeto de lei estadual."

3.1.7 Iniciativa conjunta de lei para fixação de subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (teto salarial)

Inovou a Emenda Constitucional n.º 19/98 em relação à previsão da iniciativa de lei para fixação do teto salarial previsto no inciso XI, do art. 37 da Constituição Federal.

Determina a Constituição, com a redação da EC n.º 19/98, que a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Esse teto salarial, porém, será fixado por meio de lei federal ordinária, editada pelo Congresso Nacional, à partir de projeto de lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal.

Observe-se que somente lei ordinária poderá fixar o teto de remuneração bruta do funcionalismo público, sendo incabível a edição de Decreto do Executivo, ou mesmo Resoluções do Legislativo ou Judiciário, sob pena de inconstitucionalidade formal⁵⁴⁰, pois essa é matéria expressamente sujeita à reserva constitucional de lei em sentido formal⁵⁴¹.

⁵⁴⁰ Nesse sentido: RTJ 150/374; 157/460; 163/530, STF - Pleno - Adin n.º 1.396/SC - Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 8 jun. 1998 - Informativo STF n.º 114, jun. 1998. Observe-se que, apesar desses precedentes referirem-se à antiga redação do inciso XI, do art. 37, da CF, parece-nos totalmente aplicável na situação atual.

⁵⁴¹ Decisão administrativa do Supremo Tribunal Federal, comunicada pela Presidência à Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo e divulgada pela Associação Paulista do Ministério Público em jun. 1998. Para conferir a íntegra da decisão, ver Capítulo 9, item 3.1.

3.2 Fase constitutiva

Nesta fase, uma vez apresentado o projeto de lei ao Congresso Nacional, haverá ampla discussão e votação sobre a matéria nas duas Casas, delimitando-se o objeto a ser aprovado ou mesmo rejeitado pelo Poder Legislativo. Além da atividade legislativa, na chamada deliberação parlamentar, caso o projeto de lei seja aprovado pelas duas Casas Legislativas, haverá participação do chefe do Poder Executivo, por meio do exercício do veto ou da sanção (deliberação executiva).

3.2.1 Deliberação parlamentar

O projeto de lei seguirá, na respectiva Casa Legislativa, para a fase da instrução, nas comissões (CF, art. 58, § 2.º, I), onde será analisada inicialmente sua constitucionalidade e posteriormente seu mérito, nas chamadas, respectivamente, Comissão de Constituição e Justiça e Comissões Temáticas⁵⁴².

Ressalte-se que a análise da constitucionalidade do projeto de lei será realizada tanto na Câmara dos Deputados, através de sua Comissão de Constituição, Justiça e de Redação, quanto no Senado Federal, através da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, cabendo-lhes, precipuamente, a análise dos aspectos constitucionais, legais, jurídicos, regimentais ou de técnica legislativa dos projetos, emendas ou substitutivos, bem como admissibilidade de proposta de emenda à Constituição Federal⁵⁴³. O mesmo ocorrerá em relação ao mérito nas Comissões temáticas, havendo possibilidade de apresentação de emendas, tanto por parte dos Deputados Federais quanto pelos Senadores da República.

Aprovado nas comissões, se necessário for, o projeto seguirá para o plenário da Casa deliberativa principal, onde será discutido e votado, uma vez que o art. 58, § 2.º, I, da Constituição Federal permite às comissões a votação de projeto de lei que dispensar, na forma do respectivo regimento, a competência do Plenário, ressalvada a possibilidade de recurso de um décimo dos membros da casa.

Tratando-se de lei ordinária, a aprovação do projeto de lei condiciona-se a maioria simples dos membros da respectiva Casa, ou seja, somente haverá aprovação pela maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros, nos termos do art. 47, da Constituição Federal. Note-se que o quorum constitucional de maioria simples corresponde a um número variável, pois dependendo de quantos parlamentares estiverem presentes, este número poderá alterar-se. O que a Constituição Federal exige é um quorum mínimo para instalação da sessão. Dessa forma, presentes, no mínimo, a maioria absoluta dos membros da respectiva Casa Legislativa, o projeto de lei poderá ser posto em votação, aplicando-se como quorum de votação⁵⁴⁴ a maioria dos presentes. Devemos, portanto, diferenciar o quorum para instalação da sessão, do quorum de votação de um projeto de lei ordinária⁵⁴⁵.

⁵⁴² O art. 32 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados estabelece as Comissões Permanentes e respectivos campos temáticos ou áreas de atividade, sendo elas: Comissão de Agricultura e Política Rural, Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias, Comissão de Defesa Nacional, Comissão de Economia, Indústria e Comércio, Comissão de Educação, Cultura e Desporto, Comissão de Finanças e Tributação, Comissão de Minas e Energia, Comissão de Relações Exteriores, Comissão de Seguridade Social e Família, Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público e Comissão de Viação e Transporte, Desenvolvimento Urbano e Interior. Por sua vez, o art. 72, do Regimento Interno do Senado Federal, estabelece as seguintes comissões permanentes: Comissão de Assuntos Econômicos, Comissão de Assuntos Sociais, Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, Comissão de Educação, Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional e Comissão de Serviços de Infra-Estrutura.

⁵⁴³ Art. 32, III, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e art. 101 do Regimento Interno do Senado Federal.

⁵⁴⁴ Temos dois gêneros de votação: o ostensivo, subdividido em simbólico e nominal; e o secreto. O simbólico realiza-se, geralmente, conservando-se sentados os parlamentares favoráveis ao projeto, e levantando-se os contrários. Na votação nominal, os congressistas

Uma vez, e somente se aprovado o projeto de lei por uma das Casas, seguirá para a outra, que exercerá o papel de Casa Revisora. A Constituição Federal determina que o projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação (CF, art. 65, caput).

Na Casa Revisora, igualmente, o projeto de lei será analisado pelas Comissões, discutido e votado.

Se o projeto de lei for aprovado nos mesmos termos da Casa Inicial, seguirá para o Presidente da República.

Se, porém, o projeto de lei for rejeitado, a matéria nele constante somente poderá constituir objeto de novo projeto na próxima sessão legislativa. Esta regra é excetuada, no caso da reapresentação mediante proposta da maioria absoluta dos Deputados Federais ou dos Senadores da República, conforme anota o art. 67 da Constituição Federal.

Caso o projeto de lei seja aprovado com alterações, haverá retorno destas alterações à Casa Legislativa inicial para análise e votação em um único turno. Na Casa Inicial, as alterações passarão novamente pela Comissão de Constituição e Justiça, seguindo, posteriormente, a votação. As emendas da Casa Legislativa Revisora ao projeto de lei aprovado na Casa Legislativa Inicial não são suscetíveis de modificações por meio de subemenda, fazendo-se sua discussão e votação, em regra, globalmente, salvo se qualquer comissão manifestar-se favoravelmente a uma e contrariamente a outras, caso em que a votação se fará em grupos, segundo os pareceres, ou se for aprovado destaque para a votação de qualquer emenda. As exceções, porém, só se aplicam se a emenda da Casa Revisora for suscetível de divisão⁵⁴⁶.

Importante ressaltar que em face do princípio do bicameralismo, qualquer emenda ao projeto aprovado por uma das Casas, haverá, obrigatoriamente, que retornar à outra, para que se pronuncie somente sobre esse ponto, para aprová-lo ou rejeitá-lo, de forma definitiva. Dessa forma, o posicionamento da Casa que iniciar o processo legislativo (Deliberação Principal) prevalecerá nesta hipótese.

Observe-se que os projetos de lei deverão, sempre, ser aprovados por ambas as Câmaras. Somente no caso de aprovação com emendas é que retornará à Casa iniciadora. Se houver aprovação, por uma das Casas e rejeição por parte de outra, o projeto de lei será arquivado, somente podendo ser reapresentado nos termos do art. 67, da Constituição Federal.

Após a aprovação do projeto de lei pelo Congresso Nacional, esse seguirá para o autógrafo que constitui o instrumento formal consubstanciados do texto definitivamente aprovado pelo Poder Legislativo, devendo refletir, com fidelidade, em seu conteúdo intrínseco, o resultado da deliberação parlamentar, antes de ser remetido ao Presidente da República. O autógrafo equivale a cópia autêntica da aprovação parlamentar do projeto de lei, devendo refletir as transformações introduzidas na proposição legislativa⁵⁴⁷.

respondem sim ou não ao projeto, à medida em que são chamados. A votação secreta verifica-se por meio de cédulas, que são lançadas em uma colocada em cabine indevassável. No Senado, também se pode votar secretamente por meio elétrico, e, nas comissões, com esferas" (SAMPAIO, Nelson de Souza. O processo legislativo. Op. cit. p. 121).

⁵⁴⁵ Assim, por exemplo, se estiverem presentes os 513 deputados federais, teremos quorum para instalação da sessão, e para a aprovação do projeto de lei ordinária haverá necessidade da maioria dos presentes, ou seja, 257 deputados. Porém, se estiverem presentes 300 deputados federais, igualmente teremos quorum para instalação da sessão, porém a aprovação do projeto de lei ordinária dar-se-ia com 151 votos.

⁵⁴⁶ Arts. 285, 286 e 287 do Regimento Interno do Senado Federal.

⁵⁴⁷ O Ministro Celso de Mello Filho salienta que se constarem no autógrafo normas, que, no processo de elaboração legislativa, haviam sido formalmente excluídas, mediante emenda supressiva, do texto do projeto apreciado pelo Congresso Nacional, "haverá transgressão à

A. Emendas parlamentares

Emenda é a proposição apresentada, com exclusividade, pelos parlamentares, como acessória de outra, sendo a principal as propostas de emenda à Constituição; os projetos de lei ordinária; os projetos de lei complementar; os projetos de decreto legislativo; os projetos de resolução. As emendas são supressivas, aditivas, aglutinativas, modificativas, substitutivas e de redação.

Emendas supressivas são aquelas que determinam a erradicação de qualquer parte da proposição principal.

Emendas aditivas são aquelas que acrescentam algo à proposição principal. Por sua vez, as emendas aglutinativas resultam da fusão de outras emendas, ou a destas com o texto original, por transação tendente à aproximação dos respectivos objetos.

Emendas modificativas são aquelas que alteram a proposição sem a modificar substancialmente.

Existem, ainda, as emendas substitutivas, que são apresentadas como sucedâneo a parte de outra proposição, que tomará o nome de "substitutivo" quando a alterar, substancial ou formalmente, em seu conjunto; considerando-se alteração formal aquela que visar exclusivamente ao aperfeiçoamento legislativo.

Por fim, temos as emendas de redação, que se constitui na apresentada para sanar vício de linguagem, incorreção de técnica legislativa ou lapso manifesto.

Aos titulares da iniciativa extraparlamentar não se admite a apresentação de emendas, mesmo porque atribuição inerente à função legiferante, porém como recorda Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "aos titulares extraparlamentares da iniciativa se tem tolerado que, por meio de mensagens aditivas, alterem o projeto que remeteram. Todavia, como salienta José Afonso da Silva, o próprio nome dado a essas mensagens já revela os seus limites naturais. Por elas, não pode o titular extraparlamentar da iniciativa suprir ou substituir dispositivos, só pode... acrescentar dispositivos na propositura original. E isso se justifica porque os novos dispositivos podem ser considerados não modificação do proposto, mas nova proposição. Assim, para realmente modificar o projeto, só há um caminho - retirá-lo e apresentá-lo de novo, reformulado".

B. Prazo para deliberação parlamentar - regime de urgência

A Constituição Federal, como regra, não fixou prazo para que o Poder Legislativo exerça sua função legiferante. Dessa forma, salvo os prazos impróprios eventualmente fixados no regimento interno de cada uma das Casas, inexistente expressa determinação constitucional.

Porém, há uma exceção prevista no art. 64, § 1.º, da Constituição Federal, que estabelece o chamado "regime de urgência constitucional" ou "processo legislativo sumário"⁵⁴⁸.

O regime de urgência constitucional (CF, art. 64, §§ 1.º a 4.º) depende da vontade do Presidente da República, ao qual é concedida a faculdade de solicitar urgência para

disciplina constitucional do processo de formação das leis, pois o Presidente da República não pode sancionar texto de projeto de lei cujo autógrafa contenha indevidamente, cláusulas que foram expressamente suprimidas pelo Congresso Nacional, na fase da deliberação parlamentar", sob pena de inconstitucionalidade (STF - Adin n.º 1393-9/DF - Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 9 out. 1996, p. 38.138).

⁵⁴⁸ O regime de urgência constitucional não exclui o pedido de urgência para apreciação de determinado projeto de lei no âmbito de cada uma das Casas Legislativas, porém essa disciplina é regimental. O Regimento Interno do Senado Federal prevê a possibilidade de urgência no art. 336, enquanto o Regimento interno da Câmara dos Deputados disciplina o assunto no art. 152.

apreciação de projetos de sua iniciativa, seja privativa, seja concorrente. Neste caso, nos termos do já citado art. 64, caput, a Câmara dos Deputados realizará a deliberação principal, cabendo ao Senado Federal a deliberação revisional.

Dessa forma, dois são os requisitos constitucionais para este procedimento legislativo especial: projetos de iniciativa do Presidente da República e solicitação sua ao Congresso Nacional.

Cada uma das Casas Legislativas terá o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, sucessivamente, para apreciação do projeto de lei. Além disso, a apreciação de eventuais emendas do Senado Federal (como Casa Revisora) pela Câmara dos Deputados, deverá ser feita no prazo de 10 (dez) dias.

Assim, o processo legislativo sumário não poderá exceder 100 (cem) dias. A própria Constituição Federal estabelece sanção para o descumprimento dos prazos fixados. Então, se a Câmara dos Deputados ou Senado Federal não se manifestarem, cada qual, sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobre a proposição, será incluída na ordem do dia, sobrestando-se a deliberação quanto aos demais assuntos, com exceção das matérias que tenham prazo constitucional determinado (por exemplo: medidas provisórias), até que se ultime a votação.

Não há possibilidade de ocorrência do processo legislativo sumário durante o recesso do Congresso Nacional, nem tampouco para apreciação de projetos de código.

3.2.2 Deliberação executiva

Após o término da deliberação parlamentar, o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional é remetido à deliberação executiva, onde será analisado pelo Presidente da República, podendo este vetá-lo ou sancioná-lo. O exercício da sanção ou veto do Presidente da República incidirá sobre o texto formalmente consubstanciado no autógrafo, que deve retratar fielmente o projeto aprovado pelo Congresso Nacional.

A existência da participação do Poder Executivo, além dos casos de iniciativa, nesta fase da feitura das leis, justifica-se pela idéia de inter-relacionamento entre os Poderes do Estado, com a finalidade de controles recíprocos. Como salientado por Kildare Gonçalves Carvalho, o poder de veto equilibra na sistemática presidencial, a falta de prerrogativa do Presidente para dissolver a Câmara, existente no sistema parlamentarista.

A. Sanção

É a aquiescência do Presidente da República aos termos de um projeto de lei devidamente aprovado pelo Congresso Nacional. Poderá ser expressa, nos casos em que o Presidente manifesta-se favoravelmente, no prazo de 15 dias úteis, ou tácita, quando silencia nesse mesmo prazo.

A sanção também poderá ser total ou parcial, conforme concorde ou não com a totalidade do projeto de lei já aprovado pelo Parlamento.

Havendo sanção, o projeto de lei segue para a fase complementar.

B. Veto (CF, art. 66, caput e §§ 1.º, 2.º, 4.º, 5.º e 6.º)

É a manifestação de discordância do Presidente da República com o projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, iniciando-se sua contagem com o

recebimento do projeto de lei por parte do Chefe do Poder Executivo⁵⁴⁹. O dia inicial não se conta, excluindo-se da contagem; inclui-se, porém, o dia do término.

A natureza jurídica do veto é outro dos muitos pontos que não encontram unanimidade na doutrina constitucional, existindo inúmeros juristas defensores da tese de tratar-se de um direito, outros os entendem como um poder; havendo ainda tese intermediária que consagra o veto como um poder-dever do Presidente da República.

O Presidente da República poderá discordar do projeto de lei, ou por entendê-lo inconstitucional (aspecto formal) ou contrário ao interesse público (aspecto material). No primeiro caso teremos o chamado veto jurídico, enquanto no segundo, o veto político. Note-se que poderá existir o veto jurídico-político.

O veto é irretirável, pois uma vez manifestado e comunicadas as razões ao Poder Legislativo, tornar-se-á insuscetível de alteração de opinião do Presidente da República.

B.1 Características do veto

1. Expresso: sempre decorre da manifestação de vontade do Presidente, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, pois, em caso de silêncio, a própria Constituição Federal determina a ocorrência da sanção.

2. Motivado ou formalizado: o veto há de ser sempre motivado, a fim de que se conheçam as razões que conduziram à discordância, se referentes à inconstitucionalidade ou à falta de interesse público ou, até se por ambos os motivos. Esta exigência decorre da necessidade do Poder Legislativo, produtor último da lei, de examinar as razões que levaram o Presidente da República ao veto, analisando-as para convencer-se de sua manutenção ou de seu afastamento, com a conseqüente derrubada do veto. Além disso, o veto é formal, pois deverá ser feito por escrito, juntamente com suas razões.

3. Total ou parcial: o Presidente da República poderá vetar total ou parcialmente o projeto de lei aprovado pelo Legislativo, desde que esta parcialidade somente alcance texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea. Dessa forma, impossível o veto de palavras, frases ou orações isoladas, pois a prática constitucional mostrou que o veto parcial, incidindo sobre qualquer parte do projeto como previsto na Constituição revogada, desvirtuava, muitas vezes, o sentido da proposta legislativa e transformava o Presidente em legislador.

A razão da existência do veto parcial é recordada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, e visa atender uma necessidade universal, qual seja, fornecer ao Poder Executivo os meios necessários para expurgar dos textos legislativos as denominadas riders (causas legais), que constituíam disposições que, sem conexão com a matéria principal tratada, eram enxertadas pelos parlamentares, forçando o Presidente da República a aceitá-las, sancionando-as, sob pena de fulminar todo o projeto com o veto total.

4. Supressivo: o veto brasileiro somente poderá determinar a erradicação de qualquer artigo, parágrafo, inciso ou alínea, não existindo a possibilidade de adicionar-se algo no texto do projeto de lei.

⁵⁴⁹ Apesar das diferenças existentes entre o parlamentarismo português e o presidencialismo brasileiro, também lá o Presidente da República tem a importante função de vetar os projetos de lei. Como salientam Canotilho e Moreira, "assume naturalmente importância decisiva o veto dos diplomas da Assembléia da República e do Governo (CRP, art. 139), que é um acto livre do Presidente da República, tanto mais que, em muitos casos, a superação parlamentar do veto requer uma maioria exigente, ao passo que o Governo não tem nenhum meio de o ultrapassar" (Os poderes do presidente... Op. cit. p. 53).

5. Superável ou relativo: diz-se que o veto é superável ou relativo porque não encerra de modo absoluto o andamento do projeto de lei, uma vez que poderá ser afastado pela maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto, em sessão conjunta do Congresso Nacional. O veto apenas impede a imediata conversão do projeto de lei em lei, sem, porém, prejudicar a sua posterior análise pelo Poder Legislativo, que poderá, rejeitando-o, ultimar a elaboração da espécie normativa.

C. Tramitação do veto

Havendo veto do Presidente da República ao projeto de lei, esse retornará ao Congresso Nacional, onde, nos termos já analisados, será reapreciado pelo Poder Legislativo.

Se houver sanção parcial, somente o texto vetado retornará ao Congresso Nacional para deliberação. A parte sancionada deverá ser, no prazo de 48 horas, promulgada e publicada.

A votação sobre a manutenção ou derrubada do veto será realizada em escrutínio secreto, para garantia de independência dos congressistas.

Se o veto for superado, pela maioria absoluta dos Deputados e Senadores, a lei será remetida, novamente, ao Presidente da República, para promulgação.

Se, porém, for mantido, o projeto de lei será arquivado, não havendo possibilidade de nova e posterior análise por parte do Poder Legislativo deste mesmo veto, pois a confirmação parlamentar das razões subjacentes ao veto governamental importa em extinção definitiva do processo legislativo e impede, conseqüentemente, a reabertura das fases procedimentais.

Observe-se que, esgotado sem deliberação o prazo de 15 (quinze) dias úteis, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final.

3.3 Fase complementar

A fase complementar compreende a promulgação e a publicação da lei, sendo que a primeira garante a executoriedade à lei, enquanto a segunda lhe dá notoriedade. Como recorda Celso de Mello, "a obrigatoriedade da lei decorre de sua publicação. O ato promulgatório confere à lei certeza quanto à sua existência e autenticidade. Dele também emana a presunção juris tantum (relativa) de constitucionalidade da lei promulgada".

3.3.1 Promulgação

Promulgar é atestar que a ordem jurídica foi inovada, declarando que uma lei existe e, em conseqüência, deverá ser cumprida. Assim, a promulgação incide sobre um ato perfeito e acabado, ou seja, sobre a própria lei, constituindo-se mera atestação da existência da lei e promulgação de sua executoriedade.

Assim, o projeto de lei torna-se lei, ou com a sanção presidencial, ou mesmo com a derrubada do veto por parte do Congresso Nacional, uma vez que a promulgação refere-se à própria lei⁵⁵⁰.

Em regra, é o próprio Presidente da República que promulga a lei, mesmo nos casos em que seu veto haja sido derrubado pelo Congresso Nacional. Para tanto, a Constituição Federal

⁵⁵⁰ Esta opinião é compartilhada por José Afonso da Silva, Michel Temer, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Pontes de Miranda, entre outros ilustres constitucionalistas. Em posição contrária, entendendo que a promulgação incide sobre o projeto de lei, transformando-o em lei, podemos citar, dentre outros preclaros juristas Nelson de Souza Sampaio, para quem, a promulgação é o ato que transforma o projeto em lei, sendo ato essencial para o nascimento da lei.

fixa um prazo de 48 horas, contados da sanção expressa ou tácita ou da comunicação da rejeição do veto, findo o qual, a competência transfere-se ao Presidente do Senado Federal e, se este não promulgá-la no mesmo prazo, fa-lo-á o Vice-Presidente do Senado Federal (CF, art. 66, § 7.º).

3.3.2 Publicação

A publicação consiste em uma comunicação dirigida a todos os que devem cumprir o ato normativo, informando-os de sua existência e de seu conteúdo, constituindo-se, atualmente, na inserção do texto promulgado no Diário Oficial, para que se torne de conhecimento público a existência da lei, pois é condição de eficácia da lei.

Igualmente à promulgação, competirá ao Presidente da República a publicação da lei ordinária, embora como ressalte Manoel Gonçalves Ferreira Filho, isto não esteja expresso na Constituição Federal.

Uma vez publicada a lei, no silêncio do texto, entrará em vigência após 45 (quarenta e cinco) dias em todo o País, e, nos Estados estrangeiros, três meses depois de publicada (LICC, art. 1.º), no lapso temporal denominado *vacatio legis*. A própria lei, porém, poderá estabelecer a data de início de sua vigência, sendo costumeiramente fixada de forma imediata.

Ressalte-se, porém, que a Lei Complementar n.º 95, de 26-2-1998, que dispõe sobre a elaboração, redação e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona, estabelece em seu art. 8.º que a urgência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula "entra em vigor na data de sua publicação" para as leis de pequena repercussão.

4 ESPÉCIES NORMATIVAS

A Constituição Federal estabelece como espécies normativas: emendas à constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, Decretos-legislativos e as resoluções.

A enumeração do art. 59, da Constituição Federal, traz as espécies normativas primárias, ou seja, aquelas que retiram seu fundamento de validade diretamente da Carta Magna.

O parágrafo único do citado art. 59, prevê que a lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis⁵⁵¹.

Analisaremos as características de cada uma delas, bem como os seus diversos processos legislativos especiais.

4.1 Emendas constitucionais

O legislador constituinte de 1988, ao prever a possibilidade de alteração das normas constitucionais através de um processo legislativo especial e mais dificultoso que o ordinário, definiu nossa Constituição Federal como rígida, fixando-se a idéia de supremacia da ordem constitucional. Aliás, seguiu a tradição em nosso Direito Constitucional, pois todas as constituições republicanas brasileiras têm sido rígidas, com exceção da natureza dupla da

⁵⁵¹ Lei Complementar n.º 95, de 26-2-1998, que dispõe sobre o assunto.

Carta de 1937, que era "flexível quando o projeto de reforma fosse de iniciativa do Presidente da República; rígida quando a iniciativa fosse da Câmara dos Deputados".

Como explica Maria Helena Diniz, "o fato do preceito constitucional submeter-se a determinadas formalidades de produção e alteração é importante para a fixação de sua eficácia, pois se pudesse ser modificada sem que houvesse processo especial, comprometida ficaria a produção concreta de seus efeitos jurídicos".

A alterabilidade constitucional, embora se possa traduzir na alteração de muitas disposições da constituição, sempre conservará um valor integrativo, no sentido de que deve deixar substancialmente idêntico o sistema originário da constituição. A revisão serve, pois, para alterar a constituição mas não para mudá-la, uma vez que não será uma reforma constitucional o meio propício para fazer revoluções constitucionais. A substituição de uma constituição por outra exige uma renovação do poder constituinte e esta não pode ter lugar, naturalmente, sem uma ruptura constitucional, pois é certo que a possibilidade de alterabilidade constitucional, permitida ao Congresso Nacional, não autoriza o inaceitável poder de violar o sistema essencial de valores da constituição, tal como foi explicitado pelo poder constituinte originário.

A emenda à Constituição Federal, enquanto proposta, é considerada um ato infraconstitucional sem qualquer normatividade, só ingressando no ordenamento jurídico após sua aprovação, passando então a ser preceito constitucional, de mesma hierarquia das normas constitucionais originárias.

Tal fato é possível, pois a emenda à constituição é produzida segundo uma forma e versando sobre conteúdo previamente limitado pelo legislador constituinte originário. Dessa maneira, se houver respeito aos preceitos fixados pelo art. 60 da Constituição Federal, a emenda constitucional ingressará no ordenamento jurídico com status constitucional, devendo ser compatibilizada com as demais normas originárias. Porém, se qualquer das limitações impostas pelo citado artigo for desrespeitada, a emenda constitucional será inconstitucional, devendo ser retirada do ordenamento jurídico através das regras de controle de constitucionalidade, por inobservarem as limitações jurídicas estabelecidas na Carta Magna⁵⁵².

Desta forma, plenamente possível a incidência do controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, sobre emendas constitucionais, a fim de verificar-se sua constitucionalidade ou não, a partir da análise do respeito aos parâmetros fixados no art. 60 da Constituição Federal para alteração constitucional.

Portanto, o Congresso Nacional, no exercício do Poder Constituinte derivado reformador, submete-se às limitações constitucionais.

A Constituição Federal traz duas grandes espécies de limitações ao Poder de reformá-la, as limitações expressas e implícitas.

⁵⁵² Neste sentido, voto do Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal: "Atos de revisão constitucional - tanto quanto as emendas à Constituição - podem, assim, também incidir no vício de inconstitucionalidade, configurando este pela inobservância de limitações jurídicas superiormente estabelecidas no texto da Carta Política por deliberação do órgão exercente das funções constituintes primárias ou originárias (BACHOF, Otto. Normas constitucionais inconstitucionais. Coimbra: Atlântica, 1977. p. 52-54; MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Coimbra: Coimbra, t. 2, item 2, 1988. p. 287-294; DINIZ, Maria Helena. Norma constitucional e seus efeitos. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 97; CANOTILHO, J. J. Gomes Canutilho. Direito constitucional. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1987. p. 756-758; SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 58-60, entre outros) in RTJ 153/786.

As limitações expressamente previstas no texto constitucional, por sua vez, subdividem-se em três subespécies: circunstanciais, materiais e formais; enquanto os limites implícitos do poder de reforma, que são os que derivam, no dizer de Nelson de Souza Sampaio, dos limites expressos, dividem-se em dois grupos: as normas sobre o titular do poder constituinte reformado e as disposições relativas à eventual supressão das limitações expressas.

4.1.1 Quadro geral sobre limitações ao poder reformador

Emendas Constitucionais

Limitações: expressas, implícitas

Expressas: materiais, circunstanciais, formais

Materiais -> "cláusulas pétreas" – CF, art. 60, § 4.º.

Circunstanciais -> CF, art. 60, § 1.º

Formais -> referentes ao processo legislativo – CF, art. 60, I, II e III, §§ 2.º, 3.º e 5.º.

Implícitas:

Supressão das expressas

Alteração do titular do poder constituinte derivado reformador.

4.1.2 Limitações expressas

São aquelas previstas textualmente pela Constituição Federal.

A. Materiais

Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais⁵⁵³. Tais matérias formam o núcleo intangível da Constituição Federal, denominado tradicionalmente por "cláusulas pétreas". Lembremo-nos, ainda, que a grande novidade do referido art. 60 está na inclusão, entre as limitações ao poder de reforma da Constituição, dos direitos inerentes ao exercício da democracia representativa e dos direitos e garantias individuais, que por não se encontrarem restritos ao rol do art. 5.º, resguardam um conjunto mais amplo de direitos constitucionais de caráter individual dispersos no texto da Carta Magna.

Neste sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal (Adin n.º 939-7/DF) ao considerar cláusula pétrea, e conseqüentemente imodificável, a garantia constitucional assegurada ao cidadão no art. 150, III, b, da Constituição Federal (princípio da anterioridade tributária), entendendo que ao visar subtraí-la de sua esfera protetiva, estaria a Emenda Constitucional n.º 3, de 1993, deparando-se com um obstáculo intransponível, contido no art. 60, § 4.º, IV, da Constituição Federal, pois, "admitir que a União, no exercício de sua competência

⁵⁵³ STF - "Mandado de segurança contra ato da Mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional que a impetração alega ser tendente à abolição da república (Obs.: na vigência da Constituição anterior, a matéria "república" também era cláusula pétrea). Cabimento do mandado de segurança em hipóteses em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Nesses casos, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer - em face da gravidade das deliberações, se consumadas - que sequer se chegue à deliberação proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente a Constituição" (RTJ 99/1031) - Conferir a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade, via mandado de segurança ajuizado por parlamentar, durante o processo legislativo Capítulo 12, itens 9.1.5 e 9.1.6.

residual, ainda que por emenda constitucional, pudesse excepcionar a aplicação desta garantia individual do contribuinte, implica em conceder ao ente tributante poder que o constituinte expressamente lhe subtraiu ao vedar a deliberação de proposta de emenda à constituição tendente a abolir os direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados".

Importante, também, ressaltar, que na citada Adin n.º 939-07/DF, o Ministro Carlos Velloso referiu-se aos direitos e garantias sociais, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos como pertencentes à categoria de direitos e garantias individuais, logo, imodificáveis, enquanto o Ministro Marco Aurélio afirmou a relação de continência dos direitos sociais dentre os direitos individuais previstos no art. 60, § 4.º, da Constituição Federal⁵⁵⁴.

Analisando a questão das chamadas cláusulas pétreas e a possibilidade de controle de constitucionalidade das emendas constitucionais, Gilmar Ferreira Mendes aponta que tais cláusulas de garantia traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade, pois a constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental, à medida que impede a efetivação do término do Estado de Direito democrático sob a forma da legalidade, evitando-se que o constituinte derivado suspenda ou mesmo suprima a própria constituição.

B. Circunstanciais

São limitações que pretendem evitar modificações na constituição em certas ocasiões anormais e excepcionais do país, a fim de evitar-se perturbação na liberdade e independência dos órgãos incumbidos da reforma. Dessa forma, durante a vigência do estado de sítio, Estado de defesa ou de Intervenção Federal não haverá possibilidade de alteração constitucional.

As limitações circunstanciais não se confundem com as chamadas limitações temporais, não consagradas por nossa Constituição Federal e consistentes na vedação, por determinado lapso temporal, de alterabilidade das normas constitucionais. Tal limitação era prevista na Constituição de 1824, cujo art. 174 determinava: "Se passados quatro anos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual dever ter origem na Câmara dos Deputados, e ser apoiada por terça parte delles."

C. Procedimentais ou formais

Referem-se as disposições especiais, em relação ao processo legislativo ordinário, que o legislador constituinte estabeleceu para permitir a alteração da Constituição Federal. Dessa forma, partindo do estudo anterior do procedimento de feitura de uma lei ordinária, vejamos quais as diferenças na elaboração e aprovação de uma emenda à constituição.

C.1 Fase introdutória

⁵⁵⁴ Trecho do voto, no já citado ementário n.º 1730-10: "Tivemos, Senhor Presidente, o estabelecimento de direitos e garantias de uma forma geral. Refiro-me àqueles previstos no rol, que não é exaustivo, do art. 5.º da Carta, os que estão contidos, sob a nomenclatura direitos sociais", no art. 7.º e, também, em outros dispositivos da Lei Básica Federal, isto sem considerar a regra do § 2.º, do art. 5.º, segundo o qual "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados..." Houve o agasalho, portanto, de direitos e garantias explícitos e de direitos e garantias implícitos. Na doutrina, no mesmo sentido: DANTAS, Ivo. Constituição... Op. cit. p. 308.

A iniciativa para apresentação de uma proposta de emenda constitucional é mais restrita do que a existente no processo legislativo ordinário, permitindo-se somente ao Presidente da República; a um terço, no mínimo e separadamente, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e a mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

C.2 Fase constitutiva

1. Deliberação parlamentar: a proposta de emenda constitucional será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

Dessa forma, ressalte-se o quorum diferenciado para aprovação, bem como a necessidade de dupla votação em cada Casa Legislativa.

2. Deliberação executiva: não existe participação do Presidente da República na fase constitutiva do processo legislativo de uma emenda constitucional, uma vez que o titular do poder constituinte derivado reformador é o Poder Legislativo. Assim, não haverá necessidade de sanção ou veto. A emenda constitucional aprovada pelas duas Casas do Congresso Nacional seguirá, diretamente, à fase complementar, para promulgação e publicação.

3. Fase complementar: a promulgação será realizada, conjuntamente, pelas Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, com o respectivo número de ordem. Sobre a publicação, o texto constitucional silencia, devendo-se entender, entretanto, que essa competência é do Congresso Nacional.

O art. 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias previa um procedimento diferenciado para alteração da constituição, através de revisão, que iniciar-se-ia após cinco anos, contados da promulgação da constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral. A revisão encerrou-se com a promulgação das seis emendas constitucionais de revisão (ECR), em 7-6-1994. Dessa forma, inadmissível, novamente, a utilização do procedimento de revisão.

Por fim, ressalte-se ainda como limitação formal ou procedimental o § 5.º do art. 60 da Constituição Federal, que expressamente veda a possibilidade de matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa⁵⁵⁵.

4.1.3 Limitações implícitas

Canotilho refere-se a certas garantias que pretendem assegurar a efetividade das cláusulas pétreas como limites tácitos para aduzir que, às vezes, "as Constituições não contêm quaisquer preceitos limitativos do Poder de revisão, mas entende-se que há limites não articulados ou tácitos, vinculativos do poder de revisão. Esses limites podem ainda desdobrar-se em limites textuais implícitos, deduzidos do próprio texto constitucional, e limites tácitos imanentes numa ordem de valores pré-positiva, vinculativa da ordem constitucional concreta".

⁵⁵⁵ Sobre o alcance dessa limitação conferir importantíssima decisão do Supremo Tribunal Federal: Pleno - MS n.º 22.503-3, Rel. para Acórdão Min. Maurício Corrêa, Diário da Justiça, Seção I, 6 jun. 1997, p. 24.872. Nesse julgado o STF reafirmou a existência do direito público subjetivo de não serem os congressistas obrigados a votar proposta de emenda constitucional que tiver violado esse preceito constitucional (cf. Capítulo 12 - itens 9.1.5 e 9.1.6).

A existência de limitação explícita e implícita que controla o Poder Constituinte derivado-reformador é, igualmente, reconhecida por Pontes de Miranda, Pinto Ferreira e Nelson de Souza Sampaio, que entre outros ilustres publicistas salientam ser implicitamente irreformável a norma constitucional que prevê as limitações expressas (CF, art. 60), pois, se diferente fosse, a proibição expressa poderia desaparecer, para, só posteriormente, desaparecer, por exemplo, as cláusulas pétreas. Além disto, observa-se a inalterabilidade do titular do Poder Constituinte derivado-reformador, sob pena de também afrontar a Separação dos Poderes da República.

4.2 Lei complementar

O art. 59 da Constituição Federal traz as leis complementares como espécie normativa diferenciada, com processo legislativo próprio e matéria reservada. Miguel Reale coloca-as como um " *tertium genus* de leis, que não ostentam a rigidez dos preceitos constitucionais, nem tampouco devem comportar a revogação (perda da vigência) por força de qualquer lei ordinária superveniente".

Assim, a razão de existência da lei complementar consubstancia-se no fato do legislador constituinte ter entendido que determinadas matérias, apesar da evidente importância, não deveriam ser regulamentadas na própria Constituição Federal, sob pena de engessamento de futuras alterações; mas, ao mesmo tempo, não poderiam comportar constantes alterações através de um processo legislativo ordinário. O legislador constituinte pretendeu resguardar determinadas matérias de caráter infraconstitucional contra alterações volúveis e constantes, sem, porém, lhes exigir a rigidez que impedisse a modificação de seu tratamento, assim que necessário.

Para tanto, a lei complementar se diferencia da lei ordinária em dois aspectos: o material e o formal.

4.2.1 Lei complementar e lei ordinária - diferenças

São duas as diferenças entre lei complementar e lei ordinária. A primeira é material, uma vez que somente poderá ser objeto de lei complementar a matéria taxativamente prevista na Constituição Federal, enquanto todas as demais matérias deverão ser objeto de lei ordinária⁵⁵⁶. Assim, a Constituição Federal reserva determinadas matérias cuja regulamentação, obrigatoriamente, será realizada por meio de lei complementar⁵⁵⁷. A segunda é formal e diz respeito ao processo legislativo, na fase de votação. Enquanto o quorum para aprovação da lei ordinária é de maioria simples (art. 47), o quorum para aprovação da lei complementar é de maioria absoluta (art. 69), ou seja, o primeiro número inteiro subsequente à divisão dos membros da Casa Legislativa por dois. Note-se que, nas votações por maioria absoluta, não devemos nos fixar no número de presentes, mas sim no número total de integrantes da Casa Legislativa. Portanto, a maioria absoluta é sempre um número fixo, independentemente dos parlamentares presentes.

⁵⁵⁶ Dagoberto Liberato Cantizano discorda desse posicionamento e afirma que: "Da análise de nosso Sistema Constitucional se pode concluir, como fizeram diversos mestres de renome, que são tidas como leis complementares aquelas a que a Constituição fez menção expressa, como também admitir, como o fazemos, que aquela enumeração não é exaustiva, pois nenhum dispositivo expresso (como o da Constituição francesa) existe que impeça a elaboração de outras leis complementares, desde que elas tenham assento em preceito não auto-aplicável (ou não auto-executável) da Constituição Brasileira e venham a ser aprovadas pela maioria absoluta indicada em seu art. 50 (atual art. 69)." (In: O processo legislativo nas constituições brasileiras e no direito comparado. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 227.)

⁵⁵⁷ "A lei ordinária que dispõe a respeito de matéria reservada à lei complementar usurpa competência fixada na Constituição Federal, incidindo no vício de inconstitucionalidade" (STJ – 2.ª T. - Resp. n.º 92.508/DF - Rel. Min. Ari Pargendler, Diário da Justiça, Seção I, 25 ago. 1997, p. 39.337).

Por exemplo, a maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados será sempre 257 deputados, enquanto no Senado Federal será de 41 senadores, independentemente do número de parlamentares presentes à sessão, pois esses números correspondem ao primeiro número inteiro subsequente à divisão dos membros da Casa Legislativa (Câmara = 513 / Senado = 81) por dois.

4.2.2 Processo legislativo especial da lei complementar

O procedimento de elaboração da lei complementar segue o modelo padrão do processo legislativo ordinário, com a única diferença em relação à sub-fase de votação, pois como já salientado, o quorum será de maioria absoluta.

Não será o detentor da iniciativa legislativa, tampouco o Congresso Nacional que determinará qual o procedimento a seguir, se o da lei ordinária ou se o da lei complementar. Isso dependerá da matéria e da própria exigência constitucional.

4.2.3 Hierarquia - lei complementar e lei ordinária

Discussão eternizada na doutrina, a eventual existência ou não de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária obteve de ambos os lados grandes juristas e brilhantes argumentações.

Neste ponto, porém, filiamo-nos ao argumento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por considerá-lo imbatível, pedindo venia para transcrevê-lo na íntegra: "É de se sustentar, portanto, que a lei complementar é um tertium genus interposto, na hierarquia dos atos normativos, entre a lei ordinária (e os atos que têm a mesma força que esta - a lei delegada e o decreto-lei⁵⁵⁸) e a Constituição (e suas emendas). Não é só, porém, o argumento de autoridade que apóia essa tese; a própria lógica o faz. A lei complementar só pode ser aprovada por maioria qualificada, a maioria absoluta, para que não seja, nunca, o fruto da vontade de uma minoria ocasionalmente em condições de fazer prevalecer sua voz. Essa maioria é assim um sinal certo da maior ponderação que o constituinte quis ver associada ao seu estabelecimento. Paralelamente, deve-se convir, não quis o constituinte deixar ao sabor de uma decisão ocasional a desconstituição daquilo para cujo estabelecimento exigiu ponderação especial. Aliás, é princípio geral de Direito que, ordinariamente, um ato só possa ser desfeito por outro que tenha obedecido à mesma forma", assim continua, "...a lei ordinária, o decreto-lei e a lei delegada estão sujeitos à lei complementar. em consequência disso não prevalecem contra elas, sendo inválidas as normas que a contradisserem".

A tese pela hierarquia da lei complementar sobre a lei ordinária (e os atos que têm a mesma força que esta - a lei delegada e a medida provisória) é fortemente criticada, alegando-se que ambas retiram seu fundamento de validade da própria constituição, bem como possuem diferentes campos materiais de competência.

Em relação ao primeiro argumento, devemos lembrar que todas as espécies normativas primárias retiram seu fundamento de validade da própria Constituição Federal, inclusive as próprias Emendas Constitucionais, e nem por isso se diga que estariam no mesmo patamar hierárquico que as demais.

O segundo argumento, tecnicamente corretíssimo, corresponde a uma das diferenças entre lei complementar e lei ordinária. Enquanto a primeira tem reservadas as matérias pelas quais

⁵⁵⁸ Em face da Constituição de 1988, que não previu a existência de decreto-lei como espécie normativa, a argumentação terá validade para as medidas provisórias.

poderá ser editada, a segunda possui um campo residual de competência. Ocorre que o Direito como ciência não é estanque, e determinada matéria reservada à lei complementar poderá possuir tantas subdivisões, que em uma delas poderá acabar confundindo-se com outra matéria residual a ser disciplinada por lei ordinária.

Exemplifiquemos: O art. 79, parágrafo único, da Constituição Federal determina que lei complementar poderá disciplinar funções ao Vice-Presidente da República. Digamos que, editada a referida lei complementar, uma das funções, com base no art. 90, I, da Carta, seja "coordenar as reuniões do Conselho da República". Posteriormente, poderia o Congresso Nacional, com fundamento no § 2.º do referido art. 90, regulamentar a organização e o funcionamento do Conselho da República e determinar que a função de "coordenação das reuniões" ficasse a cargo do Ministro da Justiça. Teríamos, então, uma mesma submatéria - coordenação das reuniões do Conselho da República - fazendo parte de regulamentações da lei complementar e da lei ordinária.

Nestes casos, não há como admitir-se que uma lei ordinária, aprovada por maioria simples, possa revogar a disciplina da lei complementar, aprovada por maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal⁵⁵⁹.

4.3 Medidas provisórias

Historicamente, não há dúvidas de que o antecedente imediato das atuais medidas provisórias é o antigo decreto-lei, previsto na constituição anterior, e instrumento legislativo larga e abusivamente utilizado pelo Presidente da República, que detinha a competência para sua edição. Porém, o modelo utilizado foi a Constituição da República Italiana, 27-12-1947 (art. 77).

O art. 77 da Constituição Italiana prevê os chamados decreti-legge in casi straordinari di necessit  e d'urgenza (decretos-lei em casos extraordinários de necessidade e urgência), prevendo que em caso extraordinário de necessidade e urgência, o Governo adotará, sob sua responsabilidade, providências provisórias com força de lei, devendo apresentá-las imediatamente   Câmara, para sua conversão. Estipula, ainda, que o decreto perderá eficácia retroativamente se não houver a conversão em lei, no prazo de 60 dias de sua publica o, devendo a Câmara regulamentar as rela es jurídicas resultantes do decreto-lei não convertido em lei.

Apesar dos abusos efetivados com o decreto-lei, a prática demonstrou a necessidade de um ato normativo excepcional e célere, para situa es de relevância e urgência. Pretendendo regularizar esta situa o e buscando tornar possível e eficaz a presta o legislativa do Estado, o legislador constituinte de 1988 previu as chamadas medidas provisórias, espelhando-se no modelo italiano.

A Emenda Constitucional n.º 32, promulgada em 11 de setembro de 2001, prevendo as regras de processo legislativo, teve como finalidade diminuir a excessiva discricionariedade na edi o de medidas provisórias, prevendo uma série de limita es materiais, bem como a impossibilidade de reedi es sucessivas.

⁵⁵⁹ Celso Bastos apesar de posicionar-se pela ausência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária expõe que "... o que vier disposto em lei complementar legítima não pode ser infringido pelas leis ordinárias. Trata-se, portanto, de um caso manifesto de reserva de matérias. As leis complementares tornam-se as únicas aptas a versar certas matérias. Daí por que qualquer contrariedade que venham a encontrar por parte das demais leis tem por causa, muito certamente, o estarem estas leis indevidamente invadindo o campo material próprio das leis complementares" (Curso de direito financeiro e de direito tributário. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 166).

4.3.1 Procedimento da medida provisória - aprovação integral

O art. 62 da Constituição Federal determina que, em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. Uma vez editada, a medida provisória permanecerá em vigor pelo prazo de 60 dias e será submetida, imediatamente, ao Poder Legislativo, para apreciação, nos termos dos 12 incisos do art. 62, incluídos pela EC n.º 32/01, que disciplinam o processo legislativo especial das medidas provisórias⁵⁶⁰.

A EC n.º 32/01 não só alterou o novo prazo constitucional de vigência das medidas provisórias, como também o disciplinou de maneira diversa da redação original do texto constitucional.

O prazo será contado da publicação da medida provisória, porém ficará suspenso durante os períodos de recesso do Congresso Nacional; diferentemente do que ocorria anteriormente, quando o Congresso deveria ser convocado extraordinariamente para reunir-se no prazo de cinco dias e deliberar sobre a medida provisória.

Assim, a medida provisória poderá excepcionalmente exceder o prazo constitucional de 60 dias, se for editada antes do recesso parlamentar. Por exemplo, uma medida provisória publicada em 14 de dezembro somente perderá sua vigência em 14 de abril do ano seguinte, permanecendo em vigor por mais de 120 dias, em face da existência do recesso parlamentar de final de ano.

Havendo, porém, convocação extraordinária, entendemos que o prazo constitucional das medidas provisórias não ficará suspenso durante os trabalhos legislativos, em face da nova redação do § 8.º, do art. 57, que determina sua inclusão automática na pauta de votação.

Quando a medida provisória chegar ao Congresso Nacional, será encaminhada para a Comissão mista de Deputados e Senadores, que apresentará parecer por sua aprovação ou não.

Após a análise pela Comissão mista, será encaminhada à Câmara dos Deputados, que realizará a deliberação principal nesse processo legislativo e a primeira votação, devendo, antes de analisar seu mérito, efetivar juízo sobre a presença dos requisitos constitucionais exigidos, ou seja, sobre a presença ou não de relevância e urgência.

Tendo sido aprovada pela Câmara dos Deputados, por maioria simples, a medida provisória será encaminhada ao Senado Federal, que igualmente deverá analisar a presença dos requisitos constitucionais exigidos para sua edição, antes da análise do mérito e eventual aprovação por maioria simples.

Observe-se que, diferentemente da redação original do texto constitucional, que exigia votação da medida provisória em sessão conjunta do Congresso Nacional, a EC n.º 32/01 determina que a votação seja realizada em sessões separadas pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional, iniciando-se pela Câmara dos Deputados. Adotou-se, portanto, a mesma regra geral do processo legislativo ordinário referente aos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, que deverão ser votados inicialmente na Câmara dos Deputados e, posteriormente, no Senado Federal (CF, art. 64, caput).

⁵⁶⁰ A disciplina anterior do processo legislativo das medidas provisórias estava regulamentada nas resoluções n.ºs 1 e 2/89 do Congresso Nacional.

Aprovada a medida provisória, será convertida em lei, devendo o Presidente do Senado Federal promulgá-la, uma vez que se consagrou na esfera legislativa essa atribuição ao próprio Poder Legislativo, remetendo ao Presidente da República, que publicará a lei de conversão.

Ressalte-se que, apesar de o prazo de validade das medidas provisórias ter sido ampliado pela EC n.º 32/01 para 60 dias, se ela não tiver sido apreciada em até 45 dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência.

A EC n.º 32/01, portanto, criou nova espécie de regime de urgência constitucional para medidas provisórias, pelo qual as duas Casas do Congresso Nacional terão o exíguo prazo de 15 dias para, sucessivamente, a Câmara e o Senado Federal apreciarem o inteiro teor da medida provisória.

Durante o regime de urgência constitucional todas as demais deliberações da Casa Legislativa que estiver analisando a medida provisória ficarão sobrestadas, até que seja concluída a votação.

O regime de urgência constitucional para medidas provisórias poderá, excepcionalmente, estender-se por 75 dias, pois, não sendo suficientes os 15 dias restantes de vigência da medida provisória, haverá possibilidade de uma única reedição por novo prazo de 60 dias, para que a medida provisória tenha sua votação encerrada.

Por lógica, o regime de urgência permanecerá durante o prazo integral da reedição da medida provisória.

Igualmente, no prazo de 60 dias, poderão ocorrer outras três hipóteses: aprovação com alterações, rejeição expressa e rejeição tácita, conforme será analisado a seguir.

4.3.2 Aprovação da medida provisória pelo Congresso Nacional com alterações

A doutrina constitucional, afastando os precedentes iniciais em termos de medidas provisórias, fixou orientação no sentido da possibilidade de apresentação de emendas, facultando ao Parlamento a ampliação ou restrição de seu conteúdo, sob pena de vincular-se, de forma absoluta, o Poder Legislativo à vontade inicial do Poder Executivo. As emendas, portanto, poderão ser supressivas ou aditivas.

Dessa forma, existe possibilidade de apresentação de emendas ao texto original da medida provisória editada pelo Presidente da República. A Resolução n.º 1, de 1989, do Congresso Nacional, alterada parcialmente pela Resolução n.º 2, de 1989⁵⁶¹, que dispõe sobre a apreciação das medidas provisórias, regulou esse procedimento, determinando que as emendas deverão ser entregues à secretaria da comissão mista, nos cinco dias que se seguirem a sua publicação, no Diário Oficial da União, proibida, terminantemente, a apresentação de emendas que versarem sobre matéria estranha à deliberada pelo texto da medida provisória, visando, pois, impedir o alargamento da utilização deste processo legislativo especial e excepcional. Importante ressaltar que os parlamentares que apresentarem emendas à Medida Provisória, deverão, conjuntamente, apresentar texto regulando as relações jurídicas decorrentes de possível alteração pelo dispositivo emendado.

⁵⁶¹ Enquanto não houver regulamentação congressual da EC n.º 32/01, em relação à possibilidade de apresentação de emendas às medidas provisórias, entendemos que, nesse aspecto, as Resoluções n.ºs 1 e 2/89 do Congresso Nacional foram recepcionadas.

No caso de a comissão mista apresentar parecer pela aprovação da Medida Provisória com emendas, deverá, também, apresentar o projeto de lei de conversão, bem como projeto de decreto legislativo para regulamentação das relações jurídicas decorrentes da vigência dos textos suprimidos ou alterados (Res. CN 1/89, art. 7.º, § 1.º, II).

O Congresso Nacional, aprovando a medida provisória com alterações, estará transformando-a em projeto de lei de conversão, que será remetido ao Presidente da República, para que o sancione ou vete, no exercício discricionário (conveniência e oportunidade) de suas atribuições constitucionais. Uma vez sancionado o projeto de lei de conversão, o próprio Presidente da República o promulgará e determinará sua publicação.

4.3.3 Rejeição expressa da medida provisória pelo Congresso Nacional

Uma vez rejeitada expressamente pelo Legislativo, a medida provisória perderá seus efeitos retroativamente⁵⁶², cabendo ao Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes, no prazo de 60 dias.

Importante ressaltar que não existe possibilidade de reedição de medida provisória expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional. Neste ponto, filiamos-nos integralmente à opinião consensual da doutrina constitucional brasileira, que enfatiza com veemência impossibilidade jurídico-constitucional de o Presidente da República editar nova medida provisória cujo texto reproduza, em suas linhas fundamentais, os aspectos essenciais da medida provisória que tenha sido objeto de expressa rejeição parlamentar.

Tratando-se de medida provisória formalmente rejeitada, o Supremo Tribunal Federal não admite sua reedição, pois o Poder Legislativo seria provocado para manifestar-se, novamente, sobre matéria que já houvera rejeitado, e com o gravame da nova e insistente regulamentação de matéria já rejeitada voltar a produzir efeitos, até que fosse, novamente, rejeitada.

A reedição de medida provisória expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional configura, inclusive, hipótese de crime de responsabilidade, no sentido de impedir o livre exercício do Poder Legislativo (CF, art. 85, II), pois o Presidente da República estaria transformando o Congresso em "um mero aprovador de sua vontade ou um poder emasculado cuja competência a posteriori viraria mera fachada por ocultar a possibilidade ilimitada de o Executivo impor, intermitentemente, as suas decisões".

Esse entendimento foi consagrado pela Emenda Constitucional n.º 32/01, que, expressamente, estabeleceu a impossibilidade de reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada (CF, art. 62, § 10).

4.3.4 Rejeição tácita da medida provisória não deliberada no prazo de 60 dias pelo Congresso Nacional

A decadência da Medida Provisória, pelo decurso do prazo constitucional, opera a desconstituição, com efeitos retroativos, dos atos produzidos durante sua vigência. Assim, caso o Congresso Nacional não a aprecie em tempo hábil (60 dias), este ato normativo perderá sua eficácia, no que se denomina de rejeição tácita. A Constituição de 1988 tomou o cuidado de extinguir a aprovação por decurso de prazo, existente no antigo decreto-lei, e que constituía uma aberração legiferante, pois permitia a existência de uma espécie normativa

⁵⁶² Da mesma forma, a Constituição Italiana prevê a perda da eficácia com efeitos retroativos, se não houver conversão em sessenta dias da data de sua publicação (art. 77).

permanente sem que houvesse expressa aprovação do Congresso Nacional. Portanto, a inércia do Poder Legislativo em analisar a medida provisória no prazo constitucional de 60 dias não acarreta sua aprovação por decurso de prazo, mas sim sua rejeição tácita.

A rejeição tácita da medida provisória pelo Congresso Nacional, a partir da Emenda Constitucional n.º 32/01, permite uma única prorrogação de sua vigência pelo prazo de 60 dias. Se, porém, após esse novo prazo, igualmente o Poder Legislativo permanecer inerte, a rejeição tácita se tornará definitiva, impedindo a reedição da medida provisória na mesma sessão legislativa⁵⁶³.

4.3.5 Impossibilidade de o Presidente da República retirar da apreciação do Congresso Nacional medida provisória já editada

Ressalte-se a proibição de o Presidente da República retirar da apreciação do Congresso Nacional uma medida provisória que tiver editado, "podendo, entretanto, ab-rogá-la por meio de nova medida provisória, valendo tal ato pela simples suspensão dos efeitos da primeira, efeitos esses que, todavia, o Congresso poderá restabelecer, mediante a rejeição da medida ab-rogatória".

Dessa forma, ao Presidente da República restará a possibilidade, para suspender os efeitos de uma medida provisória, de editar uma nova, que acabe por suspender os efeitos da primeira. Nessa hipótese, o Congresso Nacional poderá agir de três maneiras:

- aprova a segunda medida provisória, transformando-a em lei. Com isso, a revogação da primeira medida provisória torna-se definitiva;
- rejeita a segunda medida provisória e aprova a primeira (que estava com seus efeitos temporariamente suspensos), convertendo-a em lei, quando então retornarão seus efeitos;
- rejeita ambas as medidas provisórias. Nessa hipótese deverá regulamentar as relações jurídicas resultantes através de Decreto-legislativo.

4.3.6 Medida provisória e lei anterior que trate do mesmo assunto

A edição da medida provisória paralisa temporariamente a eficácia da lei que versava a mesma matéria. Se a medida provisória for aprovada, convertendo-se em lei, opera-se a revogação. Se, entretanto, a medida provisória for rejeitada, restaura-se a eficácia da norma anterior. Isto porque, com a rejeição, o Legislativo expediu ato volitivo consistente em repudiar o conteúdo daquela medida provisória, tornando subsistente anterior vontade manifestada de que resultou a lei antes editada.

4.3.7 Efeitos e disciplina no caso de rejeição da medida provisória

A perda retroativa de eficácia jurídica da medida provisória ocorre tanto na hipótese de explícita rejeição do projeto de sua conversão em lei quanto no caso de ausência de

⁵⁶³ O entendimento anterior à edição da Emenda Constitucional n.º 32/01 permitia que houvesse sucessivas reedições de medidas provisórias rejeitadas tacitamente. Conferir, na doutrina: HORTA, Raul Machado. Revista de Informação Legislativa. Brasília. Senado Federal. N.º 107. p. 13. Na jurisprudência: STF - Pleno - Adin n.º 1.250-9/DF - Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 6 set. 1995, p. 28.252; STF - Pleno - Adin n.º 293-7/DF - Rel. Min. Sepúlveda Pertence; STF - Pleno - Adin n.º 295-3 - Rel. Min. Carlos Velloso. Observe-se que o ex-Ministro Paulo Brossard foi mais contundente, ao concluir, categoricamente, que "a medida provisória não convertida em lei, seja por desaprovação formal, seja por não apreciação no prazo de 30 dias não pode ser reeditada" (cf. Adin 295-3-DF, Pleno, em 22-6-90). No mesmo sentido, Hugo de Brito Machado, para quem, "terminado o prazo de trinta dias sem que seja apreciada pelo Congresso Nacional a medida provisória, não pode o Presidente da República editar outra com o mesmo teor. Se o fizer, estará violando duplamente a Constituição" (Os princípios jurídicos da tributação na constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1990. p. 31).

deliberação parlamentar no prazo constitucional, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes, e o faz através de Decreto-legislativo⁵⁶⁴.

Esse entendimento foi consagrado pela Emenda Constitucional n.º 32/01 que, expressamente, determinou no § 3.º, do art. 62, que as medidas provisórias perderão eficácia desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de 60 dias, prorrogável uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

Caso, porém, o Congresso Nacional não edite o decreto legislativo no prazo de 60 dias após a rejeição ou perda de sua eficácia, a medida provisória continuará regendo somente as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência.

Dessa forma, a Constituição permite, de forma excepcional e restrita, a permanência dos efeitos ex nunc de medida provisória expressa ou tacitamente rejeitada, sempre em virtude de inércia do Poder Legislativo em editar o referido Decreto Legislativo.

Trata-se de retorno envergonhado dos efeitos ex nunc resultantes da rejeição do antigo Decreto-lei, que possibilitavam a manutenção da vontade unilateral do Presidente da República, mesmo tendo sido rejeitada pelo Congresso Nacional. Todavia, somente não haverá a perda retroativa de eficácia jurídica da medida provisória se o Poder Legislativo permanecer inerte no referido prazo constitucional.

Além disso, a Emenda Constitucional n.º 32/01 estabeleceu que aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, sua vigência permanecerá integralmente até que seja sancionado ou vetado o projeto.

Esse entendimento já havia sido fixado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o fato de o Congresso Nacional, na apreciação de medida provisória, glosar certos dispositivos não a prejudica, no campo da eficácia temporal, quanto aos que subsistiram, pois a disciplina das relações jurídicas, prevista no art. 62, parágrafo único, diz respeito à rejeição total ou à parcial quando autônoma a matéria alcançada.

4.3.8 Medidas provisórias e controle de constitucionalidade

A medida provisória enquanto espécie normativa definitiva e acabada, apesar de seu caráter de temporariedade, estará sujeita ao controle de constitucionalidade, como todas as demais leis e atos normativos.

O controle jurisdicional das medidas provisórias é possível, tanto em relação à disciplina dada a matéria tratada pela mesma, quanto em relação aos próprios limites materiais e aos requisitos de relevância e urgência. A essa última forma de controle jurisdicional, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, desde a constituição anterior e a respeito dos antigos Decretos-lei, é inadmiti-lo, por invasão da esfera discricionária do Poder Executivo, salvo quando flagrante o desvio de finalidade ou abuso de poder de legislar⁵⁶⁵.

⁵⁶⁴ Res. 1/89 do Congresso Nacional. Este posicionamento é condenado por parte da doutrina, para quem o Congresso Nacional deve cumprir sua obrigação por meio de lei ordinária, inclusive, para permitir a sua apreciação pelo Chefe do Poder Executivo (CLÈVE, Clèmerson Merlin. As medidas provisórias e a CF de 1988. Curitiba: Juruá, 1991. p. 72. SILVA, José Afonso, Curso... Op. cit. p. 465).

⁵⁶⁵ "Os conceitos de relevância e de urgência a que se refere o art. 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de Medidas Provisórias, decorrem, em princípio, do Juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República, mas admitem o controle judiciário quanto ao excesso do poder de legislar, o que, no caso, não se evidencia de pronto" (STF - Pleno - Adin n.º 162-1/DF - medida liminar - Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 19 set. 1997, capa). Conferir, ainda, nesse sentido: "A jurisprudência do STF, tem considerado da competência da Presidência da República e do Congresso Nacional a avaliação subjetiva da urgência da Medida Provisória. É de se exceptuar, apenas, a hipótese em que a falta de urgência possa ser constatada objetivamente. E, no caso, não há

Nesse sentido, o Plenário do STF, em decisão unânime, deferiu o pedido de medida cautelas para suspender medida provisória, em face da inexistência de relevância e urgência, afirmando que "Medida provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas - a criação de novo caso de rescindibilidade - é pacificamente inadmissível e quanto à outra - a ampliação do prazo de decadência - é pelo menos duvidosa"⁵⁶⁶.

Da mesma forma, o Pretório Excelso concedeu medida liminar entendendo que "a edição de medida provisória faz-se no campo da excepcionalidade. Leitura eqüidistante do artigo 62 da Carta Política da República revela a necessidade de concorrerem requisitos, a saber: a relevância e a urgência do trato da matéria de forma excepcional, ou seja, pelo próprio Presidente da República e em detrimento da atuação dos representantes do povo e dos Estados, ou seja, das Câmaras Legislativas. Pois bem, na espécie, não estão presentes estas condições, no que modificada a lei que já se encontrava em vigor desde 1992"⁵⁶⁷.

Portanto, os requisitos de relevância e urgência, em regra, somente deverão ser analisados, primeiramente, pelo próprio Presidente da República, no momento da edição da medida provisória, e, posteriormente, pelo Congresso Nacional, que poderá deixar de convertê-la em lei, por ausência dos pressupostos constitucionais⁵⁶⁸. Excepcionalmente, porém, quando presente desvio de finalidade ou abuso de poder de legislar, por flagrante inobservância da urgência e relevância, poderá o Poder Judiciário adentrar a esfera discricionária do Presidente da República, garantindo-se a supremacia constitucional⁵⁶⁹. Como ressaltado pelo Ministro Celso de Mello, "A mera possibilidade de avaliação arbitrária daqueles pressupostos (relevância e urgência), pelo Chefe do Poder Executivo, constitui razão bastante para justificar o controle jurisdicional. O reconhecimento de imunidade jurisdicional, que pré-excluisse de apreciação judicial o exame de tais pressupostos, caso admitido fosse, implicaria consagrar, de modo inaceitável, em favor do Presidente da República, uma ilimitada expansão de seu poder para editar medidas provisórias, sem qualquer possibilidade de controle, o que se revelaria incompatível com o nosso sistema constitucional".

evidência objetiva da falta de urgência, sendo a relevância da Medida Provisória incontestável" (STF - Pleno - Adin n.º 1.516-8 - medida liminar - Rel. Min. Sydney Sanches, Diário da Justiça, Seção I, 13 ago. 1999, p. 3).

⁵⁶⁶ STF - Adin n.º 1.753-1/DF - medida liminar - Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 12 jun. 1998, p. 51: Trata-se do art. 4.º da MP n.º 1.632-1, de 9-4-98, que ampliou o prazo de decadência de dois para cinco anos, quando proposta a ação rescisória pela União, os Estados, o DF ou os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas (art. 4.º) e criou, em favor das mesmas entidades públicas, de uma nova hipótese de rescindibilidade das sentenças - indenizações expropriatórias ou similares flagrantemente superior ao preço de mercado (art. 4.º, parágrafo único).

⁵⁶⁷ STF - Pleno - Adin n.º 1.849-0/DF - medida liminar - Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 4 ago. 1998. Cf. ainda, em relação ao mesmo caso, STF - Pleno - Adin n.º 1.849-0 - medida liminar - Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 27 ago. 1998, capa, onde a medida liminar foi mantida até deliberação futura do plenário.

⁵⁶⁸ STF - "Contrariamente ao sustentado na inicial, não cabe ao Poder Judiciário aquilatar a presença ou não, dos critérios de relevância e urgência exigidos pela Constituição para a edição da medida provisória (cf. ADIS 162, 526, 1.397 e 1.417)" (Pleno - Adin n.º 1.667-9 - medida liminar - Rel. Min. Ilmar Galvão, Diário da Justiça, Seção I, 21 nov. 1997, p. 60.586). No mesmo sentido, afirmou o Supremo Tribunal Federal: "Pacífica a jurisprudência da Corte, no sentido de lhe descaber o exame da relevância e da urgência, como requisitos da Medida Provisória (art. 62 da CF), quando dependam de avaliação subjetiva - e não meramente objetiva - como ocorre no caso presente" (STF - Pleno - Adin n.º 1.754-9/DF - medida liminar - Rel. Min. Sydney Sanches, Diário da Justiça, Seção I, 6 ago. 1999, p. 5).

⁵⁶⁹ Nesse sentido decidiu o STF que "Requisitos de urgência e relevância: caráter político: em princípio, a sua apreciação fica por conta dos Poderes Executivo e Legislativo. Todavia, se tais requisitos - relevância e urgência - evidenciarem-se improcedentes, no controle judicial, o Tribunal deverá decidir pela ilegitimidade constitucional da medida provisória" (STF - Pleno - Adin n.º 1.647-4/PA - Rel. Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça, Seção I, 26 mar. 1999, capa). No mesmo sentido: STF - 2.ª T. - Rextr. n.º 222.719-1/PB - Rel. Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça, Seção I, 26 mar. 1999, p. 19.

O Supremo Tribunal Federal já fixou o entendimento de que, se a medida provisória, no caso de não-manifestação do Congresso, vier a ser reeditada, ou vier a ser convertida em lei, será necessário que o autor adite pedido de extensão da ação direta proposta à nova medida provisória ou à lei de conversão, para que a inconstitucionalidade argüida possa ser apreciada, inclusive no tocante à medida liminar requerida. Tal posicionamento decorre da circunstância de que a ação direta de inconstitucionalidade perde o seu objeto quando o ato normativo impugnado deixa de vigorar, o que ocorre com a medida provisória que, para não ter sua eficácia temporária desconstituída *ex tunc*, necessita de que seu conteúdo seja objeto de nova medida provisória ou de lei de conversão, hipóteses em que o ato normativo em vigor será essa nova medida provisória ou a lei de conversão.

A conversão da medida provisória em lei, sem alterações em seu conteúdo, não acarretará a prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade material da mesma, posto que sua aprovação e promulgação integrais apenas transformaram-se em espécie normativa definitiva, com eficácia *ex tunc* e sem solução de continuidade, preservado seu conteúdo original.

Ressalte-se, porém, que haverá necessidade do autor da ação direta aditar seu pedido, juntando o texto definitivo da lei de conversão.

4.3.9 Estados-membros e municípios - possibilidade de edição de medidas provisórias

Conforme já estudado em tópico anterior, o Supremo Tribunal Federal considera as regras básicas de processo legislativo previstas na Constituição Federal como modelos obrigatórios às Constituições Estaduais. Tal entendimento, que igualmente se aplica às Leis Orgânicas dos Municípios, acaba por permitir que no âmbito estadual e municipal haja previsão de medidas provisórias a serem editadas, respectivamente, pelo Governador do Estado ou Prefeito Municipal e analisadas pelo Poder Legislativo local, desde que, no primeiro caso, exista previsão expressa na Constituição Estadual e no segundo, previsão nessa e na respectiva Lei Orgânica do Município⁵⁷⁰. Além disto, será obrigatória a observância do modelo básico da Constituição Federal.

Ressalte-se, ainda, que diferentemente da Constituição anterior, que proibia expressamente a adoção pelos Estados-membros dos decretos-lei, esta silencia a respeito.

Como ressalta Roque Carrazza, "nada impede, porém, que exercitando seus poderes constituintes decorrentes, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal prevejam a edição de medidas provisórias, respectivamente, estaduais, municipais e distritais. A elas, *mutatis mutandis*, devem ser aplicados os princípios e limitações que cercam as medidas provisórias federais".

Assim, somente a título de exemplo, trazemos à colação três Constituições Estaduais que prevêm a possibilidade de edição de medidas provisórias.

A Constituição do Estado de Tocantins, nos §§ 3.º e 4.º, do art. 27, prescreve que, em caso de relevância e urgência, o governador do Estado poderá adotar medidas provisórias com força de lei, devendo submetê-las de imediato à Assembléia Legislativa, que, estando em recesso, será convocada imediatamente para se reunir no prazo de cinco dias. Além disso,

⁵⁷⁰ Analisando hipótese em que a Lei Orgânica Municipal não previa a possibilidade do Prefeito Municipal editar medidas provisórias, o STJ entendeu que não pratica o crime de prevaricação o alcaide que edita, ilegalmente, medida provisória, pois, apesar de ferir os princípios da legalidade e moralidade administrativas, o fato será atípico por ausência do elemento do tipo ato de ofício (STJ – 6.ª T - Resp. n.º 78.425/RS - Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Diário da Justiça, Seção I, 8 set. 1997, p. 42.611).

seguindo o modelo federal, as medidas provisórias perderão eficácia desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de 30 dias, a partir de sua publicação, devendo a Assembléia Legislativa disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes⁵⁷¹.

Igualmente, a Constituição do Estado de Santa Catarina prevê, no art. 51, que, em caso de relevância e urgência, o governador do Estado poderá adotar medidas provisórias com força de lei, devendo submetê-las de imediato à Assembléia Legislativa, que estando em recesso, será convocada imediatamente para se reunir no prazo de cinco dias. Além disso, disciplina que as medidas provisórias perderão eficácia desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de 30 dias, a partir de sua publicação, devendo a Assembléia Legislativa disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes. A Constituição de Santa Catarina inova ao vedar a edição de medida provisória sobre matéria que não possa ser objeto de lei delegada, bem como a reedição de matéria objeto de medida provisória não deliberada ou rejeitada pela Assembléia Legislativa⁵⁷².

Por sua vez, a Constituição do Estado do Acre, além de prever a possibilidade de edição de medidas provisórias estaduais - com o mesmo modelo federal expressamente prevê que se não forem apreciadas pela Assembléia Legislativa nem convertidas em lei não poderão ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Com a edição da EC n.º 32/01, o modelo federal foi alterado, consagrando-se maior respeito aos direitos fundamentais e à Separação dos Poderes. Conseqüentemente, as previsões das constituições estaduais somente serão recepcionadas se não contrariarem os novos dispositivos do art. 62, devendo haver integral adequação às novas normas constitucionais.

4.3.10 Medida provisória e decreto-lei

O confronto entre o decreto-lei e a medida provisória possibilita analisar algumas diferenças entre as duas espécies normativas, uma das quais não mais existente em nossa Constituição Federal (decreto-lei).

Os pressupostos de expedição do decreto-lei eram apresentados alternativamente ("em casos de urgência ou de interesse público relevante"), ao passo que os da medida provisória são indicados cumulativamente ("em casos de relevância e urgência").

O decreto-lei estava subordinado a uma condição (a inoccorrência de aumento de despesa) e apontava as matérias que podiam ter por objeto, enquanto a medida provisória não depende de nenhuma condição financeira e pode, em princípio, versar sobre toda e qualquer matéria, ressalvadas as vedações estabelecidas nos diversos parágrafos do art. 62, a partir da EC n.º 32/01.

⁵⁷¹ Nesse sentido decidiu, por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal: "Ação direta de inconstitucionalidade. §§ 3.º e 4.º do art. 27 da Constituição do Estado de Tocantins. Adoção de Medida Provisória no âmbito estadual. Pedido de liminar. Não ocorrência, no caso, dos requisitos da concessão cautelar. Pedido de liminar indeferido" (STF - Pleno - Adin n.º 812-9/TO - medida liminar - Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 14 maio 1993). Conforme destacou o relator, "Não havendo, na atual Constituição, a proibição de os Estados-membros adotarem a figura da medida provisória, ao contrário do que sucedia com a do Decreto-lei em face da Emenda Constitucional n.º 1/69 (art. 200, parágrafo único), e, pelo menos num exame superficial como é o requerido quando do julgamento de pedido liminar, não ocorrendo fortes indícios de que esse instituto atende a peculiaridades excepcionais do plano federal que impeçam seja ele tido do modelo susceptível de inclusão no processo legislativo estadual, não se caracteriza, no caso, a relevância jurídica necessária à concessão da medida excepcional que é a suspensão provisória da eficácia de norma jurídica" (Serviço de Jurisprudência do STF - Ementário n.º 1703-1).

⁵⁷² Cf. STF - 2.ª T. - Rextr. n.º 211.414-0/SC - Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 15 abr. 1998, p. 49; STF - 2.ª T. - Agravo de Instrumento n.º 208.307-1/SC - Rel. Min. Marco Aurélio. Nesses julgados, o Supremo Tribunal Federal analisou recursos que versavam sobre a Medida Provisória n.º 61/95, editada pelo Governador de Santa Catarina. Conferir, ainda, decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário analisando a medida provisória estadual n.º 61/95 do Estado de Santa Catarina: STF - 2.ª T. - AI n.º 210.979-3/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 16 abr. 1998, p. 38; STF - 2.ª T. - AI n.º 210.879-9/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 16 abr. 1998, p. 37.

O decreto-lei, em caso de ausência de manifestação do Congresso Nacional, era havido como definitivamente aprovado ("decurso de prazo") e a medida provisória, para ser convertida em lei, necessita de aprovação expressa do Congresso Nacional.

A rejeição do decreto-lei não acarretava a nulidade dos atos praticados durante sua vigência ao passo que a medida provisória não tem eficácia, desde a edição, se não for convertida em lei, cabendo ao Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes. Somente em caso de inércia do CN, no prazo de 60 dias, as medidas provisórias rejeitadas terão efeitos "ex nunc", assemelhando-se aos antigos Decretos-lei.

Por fim, o decreto-lei somente poderia ser aprovado ou rejeitado "in totem", não permitindo a apresentação de emendas por parte dos parlamentares, o mesmo não ocorrendo com as medidas provisórias.

4.3.11 Limites materiais à edição de medidas provisórias

O art. 62 da Constituição Federal não previa, originariamente, vedação material à edição da medida provisória. Com a promulgação das Emendas Constitucionais n.ºs 6 e 7, foi criado o art. 246, que vedava, expressamente, a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição Federal cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995.

Essa vedação material, porém, foi alterada com a edição da Emenda Constitucional n.º 32/01, que, modificando a redação do art. 246, estabeleceu termo final para essa proibição, determinando que o prazo final para a vedação à adoção de medidas provisórias na regulamentação de artigos da Constituição, cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1.º de janeiro de 1995, seja a data de sua própria promulgação, ou seja, 11 de setembro de 2001.

Portanto, a partir dessa data, o Presidente da República poderá retornar à utilização de medidas provisórias, nas hipóteses de relevância e urgência, para regulamentar artigo da Constituição alterado por emenda constitucional promulgada após 11 de setembro de 2001.

A Emenda Constitucional n.º 32/01, além dessa alteração, trouxe grandes e significativas limitações materiais à edição de medidas provisórias.

Primeiramente, o legislador reformador, seguindo a linha lógica e coerente do art. 68 da Constituição Federal, estabeleceu as mesmas limitações materiais à edição de medidas provisórias já existentes em relação às leis delegadas, ou seja, a proibição de o Presidente da República editá-las sobre matéria relativa a: nacionalidade, cidadania, direitos políticos e direito eleitoral; organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3.º.

Ora, se o legislador constituinte entendeu indelegáveis essas matérias pelo Poder Legislativo ao Poder Executivo, lógica e coerentemente, não seria cabível manter a possibilidade de o Presidente da República, unilateralmente por medidas provisórias, discipliná-las.

A possibilidade de edição de medidas provisórias em matéria penal⁵⁷³, tributária e nos casos em que o legislador constituinte reservou à edição de lei complementar sempre foi assunto

⁵⁷³ Lembremo-nos que as medidas provisórias n.º 153 e 156, de 15 de março de 1990 tratavam de matéria penal, tendo sua inconstitucionalidade argüida pelo Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal. Ocorre, que uma nova medida

muito discutido na doutrina e acabou por ser regulamentada pela Emenda Constitucional n.º 32/01.

Celso de Mello Filho coloca-se contra a possibilidade de edição de medida provisória em matéria penal, afirmando que "a privação, mesmo cautelar, da liberdade individual, a tipificação de novas entidades delituosas e a cominação de penas não podem constituir objeto de medidas provisórias, em face, até, da irreversibilidade das situações geradas por essa espécie normativa".

Igualmente, Alberto Silva Franco afirma que "com tais características, pode a medida provisória servir de instrumento normativo adequado à abordagem da disciplina penal? A resposta à indagação só poderá ser negativa. Tal como o decreto-lei, a medida provisória ocupa um lugar de inferioridade, em relação à lei em sentido estrito. Não se argumente com o fato de que o texto constitucional relativo à medida provisória não sofre nenhuma restrição em seu raio de incidência. O dispositivo não pode ser interpretado isoladamente, mas deve ser submetido a uma interpretação sistemática para a qual contribuem outros princípios constitucionais tais como o da legalidade e da separação de poderes".

Parece-nos assistir razão aos citados autores, uma vez que a Constituição Federal exige lei formal para a previsão da existência de crimes e penas (CF, art. 5.º, inc. XXXIX - princípio da reserva legal). Além disso, em um Estado democrático de direito jamais haveria a possibilidade de conciliação do status libertatis do cidadão e com o princípio da segurança jurídica com a criação de crimes e sanções penais discricionariamente por uma única pessoa - Presidente da República - por meio de uma espécie normativa temporária e, portanto, de duração efêmera⁵⁷⁴.

Anote-se, porém, que, em decisão de 14-12-89, porém só publicada em 19-9-97, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, vencidos os Ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, indeferiu medida cautelar que impugnava, dentre outros pontos, a criação de tipo penal por medida provisória (MP n.º 111/89), alegando que "embora seja relevante juridicamente a arguição de inconstitucionalidade da criação de delito por Medida Provisória, não está presente o requisito da conveniência, pois o art. 4.º da citada Medida Provisória, impugnado sob esse fundamento, apenas se destina a coibir abuso de autoridades contra a liberdade individual". Ressalte-se, porém, que a Medida Provisória n.º 111, editada em 27-11-1989, que dispôs basicamente sobre a prisão temporária, além de ter feito alterações na lei de abuso de autoridade, no sentido de criação de tipo penal, submetida no prazo de 30 dias ao Congresso Nacional, foi convertida no Projeto de Lei de conversão

provisória a de n.º 175, de 27-3-1990, tornou sem efeito as anteriores, fazendo com que a Adin perdesse seu objeto (Cf. STF - Pleno - Adin n.º 221-0/DF - Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, 22 out. 1993 - Ementário STF n.º 1722-1). Ocorre, porém, que existe no ordenamento jurídico tipo penal criado a partir de medida provisória, posteriormente convertida em lei. A Medida provisória n.º 10, editada em 21-10-1988 (Diário Oficial da União, 24 out. 1988, p. 922) previa em seu art. 8.º que "constitui crime, punível com pena de reclusão de 3 (três) meses a 1 (um) ano, a violação do disposto nas alíneas "a" e "b", do item IV, do art. 1.º" (Fica proibido pescar mediante a utilização de: explosivos ou de substâncias que, em contato com a água, produzam efeito semelhante; substâncias tóxicas). Essa medida provisória, editada pelo então Presidente em exercício, deputado Ulisses Guimarães, foi convertida na Lei n.º 7.679, de 23-11-1988, que manteve o tipo penal em seu art. 8.º (Diário Oficial da União, 24 nov. 1990, p. 993). Cf., ainda, sobre matéria penal veiculada em medidas provisórias: PALOTTI JÚNIOR, Osvaldo. Medida provisória e direito penal: uma convivência impossível. In: vários autores. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 275-277.

⁵⁷⁴ Fernando Luiz Ximenes Rocha aponta que "inegavelmente, vem-se firmando, entre os nossos mais nomeados doutrinadores, tanto constitucionais como penalistas, a interpretação no sentido de que, à luz dos princípios e regras contidos em nossa Lei Maior, não comporta incursionar as medidas provisórias no campo do Direito Penal, notadamente no que concerne à criação de tipos e sanções penais. Essa tem sido, na verdade, a orientação largamente predominante, por ser, sem sombra de dúvida, a única compatível com a proclamação dos direitos e garantias individuais e com os fundamentos do Estado democrático de direito" (Medida provisória em matéria penal. In: vários autores. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 203).

n.º 039/89, que, posteriormente aprovado, transformou-se na Lei n.º 7.960/89. Em virtude disso, o Pretório Excelso considerou prejudicada a ação direta de inconstitucionalidade n.º 162-1/DF, ficando impedido de analisar definitivamente o mérito da questão: possibilidade ou não de criação de tipos penais por medidas provisórias.

A Emenda Constitucional n.º 32/01, em defesa dos direitos fundamentais e atendendo aos reclamos da doutrina, consagrou a absoluta vedação à edição de medidas provisórias sobre matéria de direito penal e processual penal.

A vedação constitucional atual em matéria de direito penal é absoluta, não se permitindo, tampouco, a edição de medidas provisórias sobre matéria penal benéfica.

Por igual, na órbita tributária, a norma constitucional exige a anterioridade da lei. E medida provisória não é lei, mas espécie normativa excepcional, transitoriamente investida de "força de lei". Como salientado por Marcelo Figueiredo, a imediatidade das medidas provisórias é incompatível com as normas tributárias, que não podem conter disposições que levem a situações irreversíveis.

No mesmo sentido, pronunciamento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo afirmou que "o artigo 150, inciso I, da Constituição Federal, veda com força de garantia dada ao contribuinte, 'à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei anterior que o estabeleça' e, no inciso III, veda a cobrança de tributos, item a, 'em relação aos fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado'. Não se dispensa, pois, ao tributo a reserva legal, o princípio da legalidade, que não poderia abranger a medida provisória, que não é lei, ainda que se equipare à mesma, até pela diversidade quanto ao âmbito de iniciativa e de processo legislativo".

Conclui-se, portanto, como Roque Carrazza, que em relação aos tributos submetidos ao princípio da anterioridade, as medidas provisórias inequivocamente não os podem criar ou aumentar.

Em relação à matéria tributária, ressalte-se, pela relevância da decisão, que o Supremo Tribunal Federal, excepcionalmente e em sede de medida liminar, admitiu a edição de medida provisória para determinar a extensão, aos proventos dos servidores públicos inativos, da incidência de contribuição para o custeio da previdência social, observando, porém, a obrigatoriedade do cumprimento do prazo de noventa dias para sua exigibilidade, nos termos do art. 195, § 6.º, da Constituição Federal⁵⁷⁵.

O Supremo Tribunal Federal, também em sede liminar, admitiu a instituição de tributos por medida provisória, pois conforme ressaltado pelo Ministro-relator Octávio Gallotti "tendo força de lei, é meio hábil, a medida provisória, para instituir tributos, e contribuições sociais, a exemplo do que já sucedia com os decretos-lei do regime ultrapassado como sempre esta

⁵⁷⁵ STF - Pleno - Adin n.º 1441-2/DF - medida liminar - Rel. Min. Octávio Gallotti, Diário da Justiça, Seção I, 18 out. 1996 e STF - MS 22654-4 - medida liminar - Rel. Min. Maurício Corrêa, Diário da Justiça, Seção I, 26 nov. 1996, p. 46.421. Ressalte-se, ainda, como decidido pelo Supremo Tribunal Federal que "uma vez convertida a medida provisória em lei, no prazo previsto no parágrafo único do artigo 62 da Carta Política da República, conta-se a partir da veiculação da primeira o período de noventa dias de que cogita o § 6.º do artigo 195, também da Constituição Federal. A circunstância de a lei de conversão haver sido publicada após os trinta dias não prejudica a contagem, considerado como termo inicial a data em que divulgada a medida provisória" (STF – Rextr. n.º 168.421-6 - Rel. Min. Marco Aurélio - Informativo STF n.º 104 - p. 4).

Corte entendeu⁵⁷⁶, porém, ressaltou a obrigatoriedade do respeito ao art. 150, inc. III, a, da Constituição Federal⁵⁷⁷.

Igualmente, porém em decisão definitiva de mérito, o Plenário do STF julgou parcialmente inconstitucional a medida provisória n.º 628, de 23-9-94 e suas sucessivas reedições até a medida provisória n.º 1.482-34, de 14-3-97, entendendo, apesar da possibilidade de instituição de tributos, absolutamente necessário o respeito, por parte das medidas provisórias, do princípio da anterioridade do Direito Tributário⁵⁷⁸.

Assim, no Pretório Excelso já encontra-se pacificada a plena e legítima possibilidade de disciplinar matéria de natureza tributária por meio de medidas provisórias, que por previsão constitucional têm força de lei.

A Emenda Constitucional n.º 32/01, seguindo essa orientação do STF, determinou possível a edição de medidas provisórias para instituição ou majoração de impostos, desde que respeitado o princípio da anterioridade.

Observe-se, porém, que a atual redação do § 2.º, do art. 62, representou grande avanço em relação à posição jurisprudencial anterior, pois, enquanto o STF entendia satisfeito o princípio da anterioridade tributária desde que a primeira medida provisória que tratasse da instituição ou majoração de impostos tivesse sido editada no exercício financeiro anterior, a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 32/01 exige que a medida provisória tenha sido convertida em lei até o último dia do exercício financeiro anterior, para que possa produzir efeitos.

Além disso, em respeito ao princípio da segurança jurídica e receando repetição de absurdos planos econômicos, a Constituição passou a vedar a edição de medidas provisórias que vise à detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro.

Ainda, vedou-se a edição de medidas provisórias sobre matéria já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República, hipótese que consistiria em flagrante desrespeito à Separação de Poderes.

No tocante à edição de medida provisória em matéria reservada à lei complementar, parece-nos que assiste razão a Marcelo Figueiredo e Leon Frejda Szklarowsky⁵⁷⁹, que afirmam a impossibilidade desta hipótese, uma vez que o legislador constituinte originário expressamente estabeleceu uma reserva de competência à edição de lei complementar, a

⁵⁷⁶ STF - Pleno - Adin n.º 1417-0/DF - medida liminar - Rel. Min. Octávio Gallotti - Ementário n.º 1.829-01, cujo teor da ementa afirma: "Medida provisória. Improriedade, na fase de julgamento cautelar, da aferição do pressuposto de urgência que envolve, em última análise, a afirmação de abuso de poder discricionário, na sua edição. Legitimidade, ao primeiro exame, da instituição de tributos por medida provisória com força de lei, e, ainda, de cometimento da fiscalização de contribuições previdenciárias à Secretaria da Receita Federal. Identidade de fato gerador. Arguição que perde relevo perante o art. 154, I, referente a exações não previstas na Constituição, ao passo que cuida ela do chamado PIS/PASEP no art. 239, além de autorizar, no art. 195, I, a cobrança de contribuições sociais da espécie da conhecida como pela sigla COFINS. Liminar concedida, em parte, para suspender o efeito retroativo imprimido, à cobrança, pelas expressões contidas no art. 17 da MP n.º 1.325-96."

⁵⁷⁷ Conforme destacou o Ministro Octávio Gallotti, "É, contudo, inegável o relevo da arguição de retroatividade da cobrança, expressamente estipulada na cláusula final do art. 17 do ato impugnado, em confronto com o princípio consagrado no art. 150, III, a, da Constituição" (trecho do voto do Min. relator - Adin n.º 1.417-0/DF - Ementário n.º 1.829-01).

⁵⁷⁸ STF - "Ementa: Previdência social: contribuição social do servidor público: restabelecimento do sistema de alíquotas progressivas pela Mprov. 560, de 26-7-94, e suas sucessivas reedições, com vigência retroativa a 1-7-94 quando cessara à da L. 8.688/93, que inicialmente havia instituído: violação, no ponto, pela Mprov 560/94 e suas reedições, da regra da anterioridade mitigada do art. 195, § 6.º da Constituição; conseqüente inconstitucionalidade da mencionada regra de vigência que, dada a solução de continuidade ocorrida, independe da existência ou não da majoração das alíquotas em relação àquelas fixadas na lei cuja vigência já se exaurira" (Pleno - Adin n.º 1.135-9/DF - Rel. p/Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 5 dez 1997, p. 63.903).

⁵⁷⁹ Leon Frejda Szklarowsky lembra que "apenas o Ministro Moreira Alves e o juiz Hugo de Brito Machado defendem a tese de que a medida provisória pode veicular matéria de lei complementar" (Op. cit. p. 77).

ser deliberada por maioria absoluta dos membros de ambas as Casas Legislativas, incompatível, pois, com a unipessoalidade na edição das medidas provisórias⁵⁸⁰. Além disso, como afirma Marco Aurélio Greco, o "art. 62 prevê a conversão da medida provisória em lei e não em lei complementar".

Esse entendimento foi consagrado pela Emenda Constitucional n.º 32/01, que passou a vedar expressamente a edição de medidas provisórias sobre matéria reservada a lei complementar.

Entre as várias e salutares alterações propostas pela Emenda Constitucional n.º 32/01 ao art. 62 da Constituição Federal, a vedação de edição de medidas provisórias em matéria processual civil, de maneira salutar à Democracia e à Separação de Poderes, reiterou a impossibilidade de utilização desse mecanismo para restringir a concessão de medidas cautelares e liminares pelo Poder Judiciário.

4.4 Lei delegada

Lei delegada é ato normativo elaborado e editado pelo Presidente da República, em razão de autorização do Poder Legislativo, e nos limites postos por este, constituindo-se verdadeira delegação externa da função legiferante e aceita modernamente, desde que com limitações, como mecanismo necessário para possibilitar a eficiência do Estado e sua necessidade de maior agilidade e celeridade.

Nelson de Souza Sampaio nos expõe as razões de expansão da legislação delegadas, resumidas em relatório apresentado pelo Committee on Ministers Powers, da Grã-Bretanha, em 1932: falta de tempo do Parlamento, pela sobrecarga de matérias; caráter técnico de certos assuntos; aspectos imprevisíveis de certas matérias a ser reguladas; exigência de flexibilidade de certas regulamentações; possibilidade de fazerem-se experimentos através da legislação delegada; situações extraordinárias ou de emergência.

4.4.1 Natureza jurídica

Apesar da necessidade de aprovação pelo Congresso Nacional de uma resolução, autorizando o Presidente da República a editá-la, a lei delegada, quanto ao conteúdo e à eficácia, tem sua natureza jurídica idêntica às demais previstas no art. 59 da Constituição Federal, qual seja, espécie ou ato normativo primário, derivado de pronto da Constituição.

4.4.2 Processo legislativo especial da lei delegada

As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional, assim a iniciativa exclusiva e discricionariamente exercida pelo Chefe do Poder Executivo é denominada iniciativa solicitadora.

Esta solicitação, que deverá indicar o assunto referente à lei a ser editada, sofre algumas vedações materiais, pois não serão objeto de delegação: os atos de competência exclusiva do Congresso, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e a matéria reservada a lei complementar.

⁵⁸⁰ Nesse sentido, o entendimento do Supremo Tribunal Federal: "Embora válido o argumento de que M.P. não pode tratar de matéria submetida pela Constituição Federal a Lei Complementar, é de se considerar que, no caso, a Constituição Federal não exige Lei Complementar para alterações no Código Florestal, ao menos as concernentes à Floresta Amazônica" (STF - Pleno - Adin n.º 1.516-8 - medida liminar - Rel. Min. Sydney Sanches, Diário da Justiça, Seção I, 13 ago. 1999, p. 3).

Igualmente, veda-se a delegação em matéria referente a legislação sobre organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais e planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos (CF, art. 68, § 1.º).

Uma vez encaminhada a solicitação ao Congresso Nacional, a mesma será submetida a votação pelas Casas do Congresso Nacional, em sessão bicameral conjunta ou separadamente, e em sendo aprovada por maioria simples, terá a forma de resolução, que especificará obrigatoriamente as regras sobre seu conteúdo e os termos de seu exercício.

O Congresso Nacional poderá estabelecer as restrições de conteúdo e exercício que entender necessárias, tais como o termo de caducidade da habilitação, linhas gerais da lei, período de vigência, entre outras.

Ressalte-se, pela importância, o caráter temporário da delegação, que jamais poderá ultrapassar a legislatura, sob pena de importar em abdicação ou renúncia do Poder Legislativo a sua função constitucional, o que não será permitido. Esta característica de irrenunciabilidade da função legiferante permite que, mesmo durante o prazo concedido ao Presidente da República para editar a lei delegada, o Congresso Nacional discipline a matéria por meio de lei ordinária. Além disso, nada impedirá que, antes de encerrado o prazo fixado na resolução, o Legislativo desfaça a delegação.

Retornando a resolução ao Presidente da República, este elaborará o texto normativo, promulgando-o e determinando sua publicação, uma vez que se a ratificação parlamentar não for exigida, todo o restante do processo legislativo se esgotará no interior do Poder Executivo (delegação típica ou própria).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta a possibilidade de o Presidente editar mais de uma lei sobre a matéria durante o prazo fixado pelo Congresso Nacional, posição que não encontra acolhida por parte de Clèmerson Merlin Clève, que entende ser a delegação legislativa concedida de forma expressa para matéria concreta e com fixação do prazo para seu exercício, esgotando-se pelo uso que dela faça o Governo, mediante a promulgação e publicação da norma correspondente. Entendemos que a resolução do Congresso Nacional deverá fixar a possibilidade de edição de mais de uma lei delegada a partir daquela delegação, sendo o seu silêncio proibitivo.

O Presidente da República poderá, outrossim, não editar nenhuma lei delegada, uma vez que a delegação legislativa não tem força vinculante para o Poder Executivo.

Haverá, entretanto, a possibilidade de o Congresso Nacional estabelecer na resolução que concede a delegação a determinação de que o projeto elaborado pelo Presidente da República deverá retornar ao Legislativo para apreciação em votação única, vedada a apresentação de qualquer emenda, no que se denomina delegação atípica ou imprópria. Nestes casos, se o Parlamento aprovar in totum o projeto, o Presidente da República efetivará a promulgação e determinará sua publicação. Se ocorrer o contrário, rejeição integral do projeto de lei, este será arquivado, somente podendo ser reapresentado nos termos do art. 67 da Constituição Federal.

4.4.3 O poder do Congresso Nacional de sustar a lei delegada

A Constituição Federal determina ser de competência exclusiva do Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem os limites de delegação legislativa (CF, art. 49, V).

Dessa forma, extrapolando o Presidente da República os limites fixados na resolução concedente da delegação legislativa, poderá o Congresso Nacional, através da aprovação de decreto-legislativo, sustar a referida lei delegada, paralisando seus efeitos normais. A sustação não será retroativa, operando, portanto, ex nunc, ou seja, a partir da publicação do Decreto Legislativo, uma vez que não houve declaração de nulidade da lei delegada, mas sustação de seus efeitos.

Anote-se que a existência desta espécie de controle legislativo não impedirá a eventual declaração de inconstitucionalidade por parte do Poder Judiciário, por desrespeito aos requisitos formais do processo legislativo da lei delegada, expressamente previstos no art. 68 da Constituição Federal, existindo, dessa forma, um duplo controle repressivo da constitucionalidade da edição das leis delegadas.

Ressalte-se, por fim, que a eventual declaração direta de inconstitucionalidade da lei delegada, por parte do Supremo Tribunal Federal, diferentemente da sustação levada a termo pelo Congresso Nacional, terá efeitos retroativos, operando ex tunc, ou seja, desde a própria edição daquela espécie normativa.

4.5 Decreto legislativo

4.5.1 Conceito

Decreto legislativo é a espécie normativa destinada a veicular as matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional, previstas, basicamente, no art. 49 da Constituição Federal. Além destas matérias, também é de competência do Decreto legislativo a regulamentação exigida no art. 62, da citada Carta (EC n.º 32/01).

Assim, os decretos legislativos constituem, igualmente às demais espécies previstas no art. 59 da Constituição Federal, atos normativos primários veiculadores da competência exclusiva do Congresso Nacional, cujo procedimento não é tratado pela Constituição Federal, cabendo ao próprio Congresso discipliná-lo.

4.5.2 Processo legislativo especial previsto para a elaboração do decreto legislativo

De ressaltar, que os decretos legislativos serão, obrigatoriamente, instruídos, discutidos e votados em ambas as casas legislativas, no sistema bicameral; e se aprovados, serão promulgados pelo Presidente do Senado Federal, na qualidade de Presidente do Congresso Nacional, que determinará sua publicação⁵⁸¹.

Não haverá participação do Presidente da República no processo legislativo de elaboração de resoluções, e, conseqüentemente, inexistirá veto ou sanção, por tratar-se de matérias de competência do Poder Legislativo.

4.5.3 Decreto legislativo e tratados e atos internacionais

O Congresso Nacional poderá aprovar os tratados e atos internacionais mediante a edição de decreto legislativo (CF, art. 49, I), ato que dispensa sanção ou promulgação por parte do

⁵⁸¹ Art. 48, n.º 28, do Regimento Interno do Senado Federal: Compete ao Presidente do Senado Federal promulgar as resoluções do Senado e os Decretos Legislativos.

Presidente da República. O decreto legislativo, portanto, contém aprovação do Congresso Nacional ao tratado e simultaneamente a autorização para que o Presidente da República ratifique-o em nome da República Federativa do Brasil, por meio da edição de um decreto presidencial.

Ressalte-se que a edição do decreto legislativo, aprovando o tratado, não contém todavia uma ordem de execução do tratado no Território Nacional, uma vez que somente ao Presidente da República cabe decidir sobre sua ratificação. Com a promulgação do tratado através de decreto do Chefe do Executivo recebe esse ato normativo a ordem de execução, passando, assim, a ser aplicado de forma geral e obrigatória.

São, pois, três fases para a incorporação de um ato ou tratado internacional em nosso ordenamento jurídico interno:

- 1.^a fase: compete privativamente ao Presidente da República celebrar todos os tratados, convenções e atos internacionais (CF, art. 84, VIII);
- 2.^a fase: é de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (CF, art. 49, I). A deliberação do Parlamento será realizada através da aprovação de um decreto legislativo, devidamente promulgado pelo Presidente do Senado Federal e publicado;
- 3.^a fase: edição de um decreto do Presidente da República, promulgando o ato ou tratado internacional devidamente ratificado pelo Congresso Nacional. É nesse momento que adquire executoriedade interna a norma inserida pelo ato ou tratado internacional, podendo, inclusive, ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade.

Podemos, dessa forma, apontar as características essenciais da incorporação no plano do direito interno de atos ou tratados internacionais:

- A norma internacional contida em um ato ou tratado do qual o Brasil seja signatário (CF, art. 84, VIII), por si só, não dispõe de qualquer vigência e eficácia no direito interno;
- O direito constitucional brasileiro não exige a edição de lei formal para a incorporação do ato ou tratado internacional (dualismo extremado);
- A incorporação do ato ou tratado internacional, no âmbito do direito interno, exige primeiramente a aprovação de um decreto legislativo pelo Congresso Nacional, e posteriormente a promulgação do Presidente da República, via decreto, do texto convencional (dualismo moderado);
- A simples aprovação do ato ou tratado internacional por meio de decreto legislativo, devidamente promulgado pelo presidente do Senado Federal e publicado, não assegura a incorporação da norma ao direito interno;
- Após a aprovação realizada pelo Congresso Nacional, será a promulgação do chefe do Poder Executivo que garantirá a aplicação imediata da norma na legislação interna;
- As normas previstas nos atos, tratados, convenções ou pactos internacionais devidamente aprovadas pelo Poder Legislativo e promulgadas pelo Presidente da República, inclusive quando prevêm normas sobre direitos fundamentais, ingressam no ordenamento jurídico como atos normativos infraconstitucionais. A Constituição Portuguesa contém em seu art. 8.º regra absolutamente semelhante em relação aos tratados e atos internacionais, sendo que

Canotilho e Moreira assim concluem: "as normas de direito internacional público vigoram na ordem interna com a mesma relevância das normas de direito interno, desde logo quanto à subordinação à Constituição - sendo, pois, inconstitucionais se infringirem as normas da Constituição ou seus princípios". Igualmente, analisando a Constituição Argentina, afirma Quiroga Lavié que, se o tratado vulnera a Constituição, não pode ser aplicado; porém, se não há incompatibilidade com as normas constitucionais, o tratado devidamente incorporado terá plena vigência, com hierarquia equivalente às leis federais.

Ressalte-se dois pontos de extrema importância: a necessidade de ratificação pelo Parlamento dos atos e tratados internacionais e a supremacia constitucional sobre as normas que ingressam no ordenamento jurídico por meio de atos e tratados internacionais.

A necessidade de ratificação pelo Parlamento dos atos e tratados internacionais, consagrada no art. 49, I, da Constituição Federal, segue a tendência do direito comparado. Assim, verifica-se essa regra, por exemplo, nos arts. 93 e 94, da Constituição espanhola de 1978; no art. 75, item 22, da Constituição da Nação Argentina, inclusive após a Reforma de 1994; nos arts. 85, item 5 e 89, da Constituição Suíça; art. 59, item 2, da Lei Fundamental alemã de 1949; arts. 48 e 50 da Lei Constitucional Federal da Áustria, de 1929; 167, item 2, da Constituição da Bélgica, de 1994; art. 55 da Constituição da República francesa de 1958; art. 28 da Constituição da Grécia de 1975.

Igualmente, a consagração da supremacia das normas constitucionais em relação aos atos e tratados internacionais devidamente incorporados no ordenamento jurídico nacional permanece como regra no direito comparado, mesmo em algumas constituições que adotaram novas regras objetivando a maior efetividade dos direitos fundamentais.

Assim, após a Reforma de 1994, a Constituição da Nação Argentina, incorporou em seu texto vários tratados referentes a direitos humanos⁵⁸², e passou a permitir a possibilidade de incorporação, com status constitucional, de outros tratados que versem sobre direitos humanos, desde que, sua ratificação pelo Poder Legislativo seja realizada por quorum idêntico ao destinado a Emendas Constitucionais⁵⁸³.

Igualmente, no mesmo sentido de conceder maior efetividade aos direitos humanos fundamentais, a Constituição Espanhola de 1978, determina em seu art. 10, item 2, que as normas relativas a direitos fundamentais e as liberdades públicas, desde que reconhecidas pelo próprio texto constitucional, deverão ser interpretadas em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados e acordo internacionais sobre as mesmas matérias ratificadas pela Espanha⁵⁸⁴. Trata-se de direcionamento interpretativo, pois em seu art. 95 continua a consagrar a supremacia das normas constitucionais, ao afirmar

⁵⁸² Art. 75 item 22 da Constituição da Nação Argentina, após afirmar competir ao Congresso aprovar tratados concluídos com as demais nações e com as organizações internacionais, incorpora em seu próprio texto uma série de declarações de direitos fundamentais, afirmando que "em suas condições de vigência tem hierarquia constitucional, não derogando, porém, qualquer artigo da primeira parte da Constituição (Parte primera - Declaraciones, derechos y garantías) e devendo entender-se complementares aos direitos e garantias por ela reconhecidos".

⁵⁸³ Constituição da Nação Argentina: Art. 75, item 22 - "Hierarquia constitucional - Os demais tratados e convenções sobre direitos humanos, devidamente aprovados pelo Congresso, requerem o voto de odi terços da totalidade dos membros da cada Câmara para gozarem de hierarquia constitucional". Note-se que para que houvesse possibilidade de aplicação dessa mesma hipótese no Brasil, haveria necessidade da Constituição Federal prever a incorporação dos tratados pelo Congresso Nacional, por 3/5, em dois rumos de votação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, nos termos de seu art. 60.

⁵⁸⁴ O Supremo Tribunal Constitucional Espanhol proclama que os atos e tratados internacionais que versam sobre direitos humanos não têm hierarquia constitucional (STC 245/1991, FJ 3.º; STC 38/1981, FJ 4.º; STC 38/1985, FJ 4.º; STC 254/1993, FJ 6.º), mas sim que os mesmos devem servir de vetores de interpretação para os direitos fundamentais previstos na Constituição Espanhola.

que a celebração de um tratado internacional que contenha estipulações contrárias à Constituição exigirá prévia revisão constitucional⁵⁸⁵.

Por fim, importante destacar que a Lei Fundamental Alemã, em seu art. 24, item 1, autoriza o Parlamento a transferir direitos de soberania para organizações supranacionais, garantindo assim, nessas hipóteses, maior hierarquia na recepção dos tratados internacionais. Essa possibilidade, porém, não afastou a supremacia das normas constitucionais, pois em seu art. 79, a Lei Fundamental alemã exige quorum de reforma constitucional para que o tratado adquira status constitucional⁵⁸⁶.

4.6 Resolução

4.6.1 Conceito

Resolução é ato do Congresso Nacional ou de qualquer de suas casas, tomado por procedimento diferente do previsto para a elaboração das leis, destinado a regular matéria de competência do Congresso Nacional ou de competência privativa do Senado Federal⁵⁸⁷ ou da Câmara dos Deputados⁵⁸⁸, mas em regra com efeitos internos; excepcionalmente, porém, também prevê a constituição resolução com efeitos externos, como a que dispõe sobre a delegação legislativa.

As resoluções constituem, igualmente às demais espécies previstas no art. 59 da Constituição Federal, atos normativos primários, e disporá sobre a regulação de determinadas matérias pelo Congresso Nacional, não incluídas no campo de incidência dos decretos legislativos (arts. 49 e 62, parágrafo único, da CF) e da lei, da Câmara dos Deputados (art. 51, da CF) e do Senado Federal (art. 52, da CF).

4.6.2 Espécies

Anna Cândida da Cunha Ferraz subdivide a resolução em espécies, dependendo da finalidade pretendida. Assim, poderão ser atos políticos (resolução senatorial que referenda nomeações), ato deliberativo (fixação de alíquotas), ato de co-participação na função judicial (suspensão de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal) e ato-condição da função legislativa (autorização ao Executivo para elaborar lei delegada: habilita a produção da lei delegada).

4.6.3 Processo legislativo especial para a elaboração das resoluções

A Constituição Federal não estabelece o processo legislativo para a elaboração da espécie normativa resolução, cabendo ao regimento interno de cada uma das Casas, bem como do Congresso Nacional, discipliná-lo.

Porém, nesta fixação ressaltam alguns preceitos básicos. Primeiramente, por óbvio, a resolução isolada de uma das casas legislativas, somente por ela será instruída, discutida e

⁵⁸⁵ Assim, afirma o Tribunal Constitucional Espanhol que "uma coisa é dizer que os Tratados internacionais a que se refere o texto devam orientar a interpretação dos preceitos constitucionais relativos a direitos fundamentais, outra muito distinta é erigir as normas internacionais em normas fundamentais que possam sustentar exclusivamente uma pretensão de amparo, afirmação esta última que levaria à vulneração do art. 53.2, pois fora de nossa Constituição não há de admitir-se a existência de norma fundamental alguma" (STC 84/1989, FJ 5.º. No mesmo sentido outras decisões do STC espanhol: STC 120/1990, FJ 3.º; STC 64/1991, FJ 4.º a; STC 233/1993, FJ 1.º). Para conferir os acórdãos: LLORENTE, Francisco Rubio. *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. Barcelona: Ariel Derecho, 1995, p. 79 e ss).

⁵⁸⁶ Note-se, ainda, que em defesa da supremacia constitucional, a Lei Fundamental alemã prevê algumas cláusulas pétreas: "art. 79 - item 3: Não é permitida qualquer modificação desta Lei Fundamental que afete a divisão da Federação em estados, ou o princípio da cooperação dos estados na legislação, ou os princípios consignados nos artigos 1.º a 20 (Direitos Fundamentais)".

⁵⁸⁷ Regimento Interno do Senado Federal, art. 213, c.

⁵⁸⁸ Regimento Interno da Câmara dos Deputados, art. 110, III.

votada, cabendo ao seu Presidente⁵⁸⁹ promulgá-la e determinar a publicação. No caso de resolução do Congresso Nacional, a aprovação deverá ser bicameral, cabendo ao Presidente do Senado, no exercício da presidência do Congresso Nacional, a promulgação.

Por fim, da mesma forma que no processo legislativo do decreto legislativo, não haverá participação do Presidente da República no processo legislativo de elaboração de resoluções, e, conseqüentemente, inexistirá veto ou sanção, por tratar-se de matérias de competência do Poder Legislativo.

4.7 Leis orçamentárias

A Constituição Federal prevê, em matéria orçamentária, que o Congresso Nacional, a partir de leis de iniciativa do Poder Executivo, estabelecerá o plano plurianual; as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais⁵⁹⁰.

A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada. Além disso, servirá de paradigma para a elaboração de planos e programas nacionais, regionais e setoriais, conforme previstos na constituição.

A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

A lei orçamentária anual compreenderá o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

Importante ressaltar que a lei orçamentária anual não conterà dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos disciplinados em lei.

O legislador constituinte reservou à lei complementar a disposição sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual; e o estabelecimento de normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos, que deverão seguir os princípios orçamentários.

⁵⁸⁹ Determina o art. 200, § 2.º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados: As resoluções da Câmara serão promulgadas pelo Presidente no prazo de duas sessões após o recebimento dos autógrafos; não o fazendo, caberá aos Vice-Presidentes, segundo a sua numeração ordinal, exercer essa atribuição. De igual forma, determina o art. 48, n.º 28, do Regimento Interno do Senado Federal: Compete ao Presidente do Senado Federal promulgar as resoluções do Senado e os Decretos Legislativos.

⁵⁹⁰ Observe-se que a iniciativa exclusiva do Poder Executivo é obrigatória para os Estados e Municípios. Nesse sentido, conferir, em relação ao Estado de Santa Catarina: STF - "Competência exclusiva do Poder Executivo iniciar o processo legislativo das matérias pertinentes ao Plano Plurianual, às Diretrizes Orçamentárias e aos Orçamentos Anuais" (STF - Pleno - Adin n.º 1.759-1/SC - Rel. Min. Néri da Silveira - Diário da Justiça, Seção I, 6 abr. 2001, p. 66).

4.7.1 Processo legislativo especial para as leis relativas ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais

Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum (CF, art. 166).

A Constituição Federal, seguindo a tradição constitucional, aderiu ao princípio universal de iniciativa da proposta orçamentária ao Poder Executivo. Assim, o art. 84, XXIII, prevê competir ao Presidente da República, privativamente, enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento. O Presidente da República poderá, ainda, enviar mensagem ao Congresso Nacional para propor modificação nos citados projetos enquanto não iniciada a votação, na Comissão mista, da parte cuja alteração é proposta. Esta iniciativa privativa do Presidente da República caracteriza-se por ser uma iniciativa legislativa vinculada, uma vez que deverá ser remetida ao Congresso Nacional no tempo estabelecido pela própria Constituição Federal.

No caso de projeto de lei orçamentária, haverá necessidade de acompanhamento de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia. Além disso, os orçamentos deverão ser compatibilizados com o plano plurianual, tendo por finalidade a redução das desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional.

Apresentado o projeto de lei, caberá a uma comissão mista permanente de Senadores e deputados examinar e emitir parecer sobre os referidos projetos. Além disso, esta comissão deverá examinar e emitir parecer sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos na constituição e exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária.

A comissão mista permanente possui também atividade fiscalizatória, pois diante de indícios de despesas não autorizadas, ainda que sob forma de investimentos não programados ou de subsídios não aprovados, poderá solicitar à autoridade governamental responsável que, no prazo de cinco dias, preste os esclarecimentos necessários. Não prestados os esclarecimentos, ou considerados estes insuficientes, a comissão solicitará ao Tribunal pronunciamento conclusivo sobre a matéria, no prazo de 30 dias, que se entender irregular a despesa, devolverá o caso à Comissão, que, se julgar que o gasto possa causar dano irreparável ou grave lesão à economia pública, proporá ao Congresso Nacional sua sustação (CF, art. 72).

As regras gerais de processo legislativo, estudadas anteriormente, terão aplicabilidade subsidiária aos projetos de lei relativos à matéria orçamentária, desde que não contrariem disposições expressas sobre o assunto.

4.7.2 Possibilidade de apresentação de emendas aos projetos de leis orçamentárias

As emendas serão apresentadas na comissão mista, que sobre elas emitirá parecer, e apreciadas, na forma regimental, pelo plenário das duas casas do Congresso Nacional.

As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas presentes três requisitos.

O primeiro exige a compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

Além disso, as emendas deverão indicar os recursos necessários⁵⁹¹, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre: dotações para pessoal e seus encargos; serviço da dívida; transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal.

Por fim, o último requisito exige que as emendas apresentadas sejam relacionadas com a correção de erros ou omissões ou com os dispositivos do texto do projeto de lei.

Em relação às emendas destinadas à alteração do projeto de lei de diretrizes orçamentárias, somente poderão ser aprovadas se compatíveis com o plano plurianual.

O projeto de lei referente ao plano plurianual, por sua vez, não poderá sofrer emendas que lhe aumentem as despesas.

4.7.3 Rejeição do projeto de lei de diretrizes orçamentárias e do projeto de lei orçamentária

Não há possibilidade de o Congresso Nacional rejeitar o projeto de lei de diretrizes orçamentárias, uma vez que a Constituição Federal determina em seu art. 57, § 2.º, que "a sessão legislativa não será interrompida sem a aprovação do projeto de lei de diretrizes orçamentárias".

Diferente é a hipótese de apreciação do projeto de lei orçamentária, em que a interpretação do art. 166, § 8.º, da Constituição Federal permite concluir pela possibilidade de rejeição total ou parcial do projeto⁵⁹², afirmando que os recursos que, em decorrência de veto, emenda ou rejeição do projeto de lei orçamentária anual, ficarem sem despesas correspondentes poderão ser utilizados, conforme o caso, mediante créditos especiais ou suplementares, com prévia e específica autorização legislativa.

Entendendo não ser possível ao Congresso Nacional rejeitar integralmente o projeto de lei orçamentária, sob pena de paralisação da máquina estatal, Adilson Abreu Dallari salienta que "o que é uma rejeição senão a forma mais radical de emendar, suprimindo totalmente a regra inicialmente proposta! Ora, se a constituição restringe o poder de emenda, que somente pode ser exercido dentro de certos limites, evidentemente proíbe, implicitamente, a emenda total, radical, modificadora absoluta do texto inicialmente proposto (...). Em resumo, ao dever imposto pela Constituição ao Chefe do Executivo de elaborar e enviar o projeto da lei orçamentária corresponde o dever imposto ao Legislativo de examiná-lo, alterá-lo (se for o caso) e aprová-lo, sem possibilidade de rejeição total".

Não nos parece que o legislador constituinte quis dar esse alcance ao texto magno, mesmo porque, sem expressa determinação constitucional não há como suprimir-se a independência do poder legislativo ao analisar um projeto de lei, quer aprovando-o, quer rejeitando-o, total ou parcialmente.

Saliente-se, porém, o caráter de excepcionalidade que deve envolver a demora ou a não-aprovação do projeto de lei orçamentária, pois conseqüentemente a Administração Pública ficará sem orçamento para as despesas do ano vindouro. Assim, prevê a Constituição que,

⁵⁹¹ É a exceção prevista no art. 63, I, in fine, da Constituição Federal, permitindo-se a apresentação de emendas que aumentem a despesa do projeto original.

⁵⁹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários... Op. cit. v 3. p. 152; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentários... Op. cit. v. 6. t. 2. p. 325; CARVALHO, Kildare Gonçalves. Técnica... Op. cit. p. 115; SILVA, José Afonso da. Curso... Op. cit. 631; CEPAM - Fundação Prefeito Faria Lima. Breves anotações à constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1990. p. 392.

ocorrendo essa hipótese, as despesas que não puderem efetivar-se sem prévia autorização legislativa terão que sê-lo, especificadamente, mediante a existência do caso concreto e mediante leis de abertura de créditos especiais.

Por fim, ressalte-se que, apesar do posicionamento doutrinário pela impossibilidade de aprovação de lei orçamentária no mesmo exercício financeiro a que se refere na prática, não raro isso ocorre, sendo a lei orçamentária promulgada e publicada no próprio exercício financeiro a que servirá.

12 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1. IDÉIA CENTRAL

A idéia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais.

Em primeiro lugar, a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Além disso, nas constituições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária. Dessa forma, nelas o fundamento do controle é o de que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorre, pode modificá-la ou suprimi-la.

A idéia de intersecção entre controle de constitucionalidade e constituições rígidas é tamanha que o Estado onde inexistir o controle, a Constituição será flexível, por mais que a mesma se denomine rígida, pois o Poder Constituinte ilimitado estará em mãos do legislador ordinário.

A supremacia constitucional adquiriu tamanha importância nos Estados Democráticos de Direito, que Cappelletti afirmou que o nascimento e expansão dos sistemas de justiça constitucional após a Segunda Guerra Mundial foi um dos fenômenos de maior relevância na evolução de inúmeros países europeus.

Alessandro Pizzorusso aponta a primordial finalidade de controle de constitucionalidade, qual seja, a proteção dos direitos fundamentais, afirmando que, na organização da justiça constitucional italiana, apesar da inexistência de procedimentos específicos, como o recurso de amparo ou a *Verfassungsbeschwerde* alemã, o controle desenrola-se nos próprios processos ordinários civis, penais ou administrativos de forma incidental, pela remessa dos autos à Corte Constitucional, concebido para resolver uma questão prejudicial para a decisão do procedimento em curso, garantindo-se, igualmente, a supremacia dos direitos constitucionalmente protegidos.

Klaus Schlah, analisando a proteção dos direitos fundamentais pelos demais órgãos do Poder Judiciário alemão aponta que a plena possibilidade dessa hipótese constitui-se uma das inovações mais importantes da jurisprudência tedesca, pois os tribunais têm o direito e são chamados a aplicar diretamente a Constituição quando necessário, interpretando as leis ordinárias de acordo com o Direito Constitucional.

O controle difuso de constitucionalidade no direito alemão caracteriza-se pela previsão da denominada "questão de inconstitucionalidade" (*Richterklage*). Os tribunais alemães, quando

considerarem inconstitucional uma lei, de cuja validade dependa a decisão, terão de suspender o processo e submeter a questão à decisão do Tribunal Constitucional Federal, quando se tratar da violação da Lei Fundamental.

O controle difuso de constitucionalidade alemão, apesar de mitigado em relação ao norte-americano, permite a análise sobre a constitucionalidade das leis por todos os juízes e tribunais, porém, a declaração de inconstitucionalidade das leis é primazia do Tribunal Constitucional Federal, pois como adverte Otto Bachof, "seria inexacto falar de um monopólio de controlo dos tribunais constitucionais, pois o controlo cabe em primeiro lugar ao tribunal de instância, só tendo este de submeter a questão ao tribunal constitucional depois de haver ele próprio negado constitucionalmente".

Em síntese, como ensina Cappelletti, ao analisar a jurisdição constitucional alemão, "todos os juízes, e não apenas os juízes superiores, são legitimados a dirigir-se à Corte Constitucional, limitadamente às leis relevantes nos casos concretos submetidos a seu julgamento; e este julgamento será suspenso, enquanto a Corte Constitucional não tiver decidido a questão prejudicial de constitucionalidade".

O controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.

2 CONCEITO

Controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais.

Dessa forma, no sistema constitucional brasileiro somente as normas constitucionais positivadas podem ser utilizadas como paradigma para a análise da constitucionalidade de leis ou atos normativos estatais (bloco de constitucionalidade).

Ressalte-se que, se possível for, a fim de garantir-se a compatibilidade das leis e atos normativos com as normas constitucionais, deverá ser utilizada a técnica da interpretação conforme, já analisada no item 5.1 do Capítulo 1.

3. PRESSUPOSTOS OU REQUISITOS DE CONSTITUCIONALIDADE DAS ESPÉCIES NORMATIVAS

A análise da constitucionalidade das espécies normativas (art. 59 da CF) consubstancia-se em compará-las com determinados requisitos formais e materiais, a fim de verificar-se sua compatibilidade com as normas constitucionais.

3.1 Requisitos formais

O art. 5.º, II, da Constituição Federal, consagra o princípio da legalidade ao determinar que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Como garantia de respeito a este princípio básico em um Estado Democrático de Direito, a própria Constituição prevê regras básicas na feitura das espécies normativas. Assim, o processo legislativo é verdadeiro corolário do princípio da legalidade, como analisado no capítulo sobre direitos fundamentais, que deve ser entendido como, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de espécie normativa devidamente

elaborada de acordo com as regras de processo legislativo constitucional (arts. 59 a 69, da Constituição Federal).

Assim sendo, a inobservância das normas constitucionais de processo legislativo tem como consequência a inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo produzido, possibilitando pleno controle repressivo de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, tanto pelo método difuso quanto pelo método concentrado.

3.1.1 Subjetivos

Referem-se à fase introdutória do processo legislativo, ou seja, à questão de iniciativa. Qualquer espécie normativa editada em desrespeito ao processo legislativo, mais especificamente, inobservando àquele que detinha o poder de iniciativa legislativa para determinado assunto, apresentará flagrante vício de inconstitucionalidade.

Assim, por exemplo, lei ordinária, decorrente de projeto de lei apresentado por deputado federal, aprovada para majoração do salário do funcionalismo público federal, será inconstitucional, por vício formal subjetivo, pois a Constituição Federal prevê expressa e privativa competência do Presidente da República para apresentação da matéria perante o Congresso Nacional (art. 61, § 1.º, II, a).

3.1.2 Objetivos

Referem-se às duas outras fases do processo legislativo: constitutiva e complementar. Assim, toda e qualquer espécie normativa deverá respeitar todo o trâmite constitucional previsto nos arts. 60 a 69.

Por exemplo, um projeto de lei complementar aprovado por maioria simples na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, sancionado, promulgado e publicado, apresenta um vício formal objetivo de inconstitucionalidade, uma vez que foi desrespeitado o quorum mínimo de aprovação, previsto no art. 69, qual seja, a maioria absoluta.

3.2 Requisitos substanciais ou materiais

Trata-se da verificação material da compatibilidade do objeto da lei ou do ato normativo com a Constituição Federal.

4 O DESCUMPRIMENTO DA LEI OU DO ATO NORMATIVO INCONSTITUCIONAL PELO PODER EXECUTIVO

O Poder Executivo, assim como os demais Poderes de Estado, está obrigado a pautar sua conduta pela estrita legalidade, observando, primeiramente, como primado do Estado de Direito Democrático, as normas constitucionais⁵⁹³. Dessa forma, não há como exigir-se do chefe do Poder Executivo o cumprimento de uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional, podendo e devendo, licitamente, negar-se cumprimento, sem prejuízo do exame posterior pelo Judiciário. Porém, como recorda Elival da Silva Ramos, "por se tratar de medida extremamente grave e com ampla repercussão nas relações entre os Poderes, cabe restringi-la apenas ao Chefe do Poder Executivo, negando-se a possibilidade

⁵⁹³ RTJ 96/496. Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo: "Desobrigatoriedade do Executivo em acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores - Segurança denegada - Recurso não provido. Nivelados no plano governamental, o Executivo e o Legislativo praticam atos de igual categoria, e com idêntica presunção de legitimidade. Se assim é, não há de negar ao Chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que por ato administrativo formal e expresse declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste" (TJ/SP – 3.ª Câmara Civil - Apelação n.º 220.155-1-Campinas, Rel. Des. Gonzaga Franceschini, decisão: 14-2-95).

de qualquer funcionário administrativo subalterno descumprir a lei sob a alegação de inconstitucionalidade. Sempre que um funcionário subordinado vislumbrar o vício de inconstitucionalidade legislativa deverá propor a submissão da matéria ao titular do Poder, até para fins de uniformidade da ação administrativa".

Portanto, poderá o Chefe do Poder Executivo determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos normativos que considerarem inconstitucionais⁵⁹⁴.

5 ESPÉCIES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

5.1 Em relação ao momento de realização

A presente classificação pauta-se pelo ingresso da lei ou ato normativo no ordenamento jurídico. Assim, enquanto o controle preventivo pretende impedir que alguma norma maculada pela eiva da inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico, o controle repressivo busca dele expurgar a norma editada em desrespeito à Constituição. Tradicionalmente e em regra, no direito constitucional pátrio, o Judiciário realiza o controle repressivo de constitucionalidade, ou seja, retira do ordenamento jurídico uma lei ou ato normativo contrários à Constituição. Por sua vez, os poderes Executivo e Legislativo realizam o chamado controle preventivo, evitando que uma espécie normativa inconstitucional passe a ter vigência e eficácia no ordenamento jurídico.

5.2 Controle repressivo em relação ao órgão controlador

5.2.1 Político

Ocorre em Estados onde o órgão que garante a supremacia da constituição sobre o ordenamento jurídico é distinto dos demais Poderes do Estado.

5.2.2 Judiciário ou jurídico

É a verificação da adequação (compatibilidade) de atos normativos com a constituição feita pelos órgãos integrantes do Poder Judiciário. É a regra adotada pelo Brasil.

5.2.3 Misto

Esta espécie de controle existe quando a constituição submete certas leis e atos normativos ao controle político e outras ao controle jurisdicional.

5.3 Modelos clássicos de controle de constitucionalidade

Apesar da diversidade de modelos⁵⁹⁵, historicamente, é possível identificar três grandes modelos de justiça constitucional, com base nos sistemas jurídicos adotados pelos diversos

⁵⁹⁴ STF - Pleno - Adin n.º 221/DF - medida cautelar - Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 22 out. 1993, p. 22.251, onde ficou ressaltado que "os Poderes Executivo e Legislativo, por sua Chefia - e isso mesmo tem sido questionado como o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade -, podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais" (cf. íntegra do Acórdão in RTJ 151/331-355). Em defesa da não-aplicação de lei inconstitucional pela Administração Pública conferir excelente estudo de Maria Teresa de Melo Ribeiro (O princípio da imparcialidade da administração pública. Coimbra: Almedina, 1996. p. 138-149) que aponta as diversas variações doutrinárias alemãs, italianas e portuguesas.

⁵⁹⁵ Louis Favoreu aponta que "a diversidade de organização da justiça constitucional é muito grande; sem embargo disso, os diferentes sistemas podem reagrupar-se basicamente em grandes modelos: Ou se confia a justiça constitucional ao ordenamento jurídico ordinário, sempre dependendo de um Tribunal Supremo, conforme o chamado modelo americano, ou se atribui a justiça constitucional a uma jurisdição especialmente constituída para esse fim, cujo primeiro exemplo foi o Tribunal Supremo Constitucional da Áustria. Sem embargo e por cima dessas diferenças, há que se ressaltar que na medida em que no primeiro modelo, os litígios constitucionais chegam ao Tribunal Supremo - e inclusive em algumas ocasiões são dirigidos diretamente a eles, o problema do estatuto e do lugar dos juizes constitucionais em um sistema político se coloca do mesmo modo em ambos os modelos" (Informe general introductorio. In: Vários autores. Tribunales

ordenamentos para garantia da supremacia da Constituição: modelo norte-americano, modelo austríaco e modelo francês⁵⁹⁶.

O direito norte-americano - em 1803, no célebre caso *Marbury v. Madison*, relatado pelo Chief Justice da Corte Suprema John Marshall - afirmou a supremacia jurisdicional sobre todos os atos dos poderes constituídos, inclusive sobre o Congresso dos Estados Unidos da América, permitindo-se ao Poder Judiciário, mediante casos concretos postos em julgamento, interpretar a Carta Magna, adequando e compatibilizando os demais atos normativos com suas superiores normas.

Posteriormente, em 1920, a Constituição austríaca criou, de forma inédita, um tribunal - Tribunal Constitucional - com exclusividade para o exercício do controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos, em oposição ao sistema adotado pelos Estados Unidos, pois não se pretendia a resolução dos casos concretos, mas a anulação genérica da lei ou ato normativo incompatível com as normas constitucionais.

No entanto, a consagração efetiva da necessidade de sujeição da vontade parlamentar às normas constitucionais, com a conseqüente criação dos Tribunais Constitucionais europeus, ocorreu após a constatação de verdadeira crise na democracia representativa e do conseqüente distanciamento entre a vontade popular e as emanações dos órgãos legislativos, duramente sentida durante o período nazista.

A inexistência de um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e atos normativos e de mecanismos que impedissem a criação de uma ditadura da maioria auxiliou na criação do Estado Totalitário alemão, sem que houvesse quebra da legalidade formal, demonstrando a necessidade da adoção do judicial review pela Lei Fundamental alemã de 1949.

Otto Bachof afirma que "o facto de haver sido justamente um acto do legislativo - a chamada lei de autorização - que desarticulou (aus den Angeln gehoben hat) definitivamente, e sob uma aparência de preservação da legalidade, a Constituição da República de Weimar pode ter contribuído para dotar o Tribunal Constitucional Federal, como guarda da Constituição, de poderes extraordinariamente amplos precisamente face ao legislador"⁵⁹⁷.

Como salienta Garcia de Enterría, "o fracasso do sistema weimariano de justiça constitucional (especialmente visível no famoso juízo de 1932, sobre o chamado golpe de Estado do Reich contra a Prússia de Von Papen, legitimado nas Ordenações presidenciais autorizadas pelo famoso artigo 48 da Constituição), levou a República Federal alemã,

constitucionales europeos y derechos fundamentales. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 22). Conferir, ainda: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 191.

⁵⁹⁶ Jorge Miranda traz-nos essa classificação, denominando o terceiro modelo de "o modelo de fiscalização política, que, algo impropriamente, pode denominar-se francês (por remontar à 'juria constitucional' de Siyès e ao Senado Conservador napoleónico e hoje se traduzir no Conselho Constitucional da Constituição de 1958 e que pode também entender-se ser o que prevalece, de harmonia com uma concepção jurídica diversa, nas Constituições marxistas-leninistas, excepto na Jugoslávia) - ou de fiscalização por órgão político, ainda quando adopta processo jurisdicionalizado, e fiscalização necessariamente concentrada, seja preventiva ou a posteriori" (*Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. t. 2. p. 320-322).

⁵⁹⁷ BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994. p. 12. Igual entendimento é exposto por Gilmar Ferreira Mendes: "Não se pode dizer com certeza se os aliados tiveram alguma influência na instituição da Corte Constitucional, tal como admitido por Ridder. É certo, todavia, que a avaliação negativa feita pelo Parlamentarischer Rat sobre a Constituição de Weimar influenciou fortemente a decisão em favor da instituição de uma jurisdição constitucional" (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 10). François Luchaire, ao defender a necessidade de um órgão independente para tutelar os direitos fundamentais, faz essa mesma ressalva, citando o exemplo da Alemanha nazista, que, embora se tenha instalado segundo um procedimento perfeitamente constitucional, e tendo sido o próprio Parlamento quem suspendeu as liberdades individuais, acabou por gerar total desvirtuamento das leis, com conseqüente violação aos direitos fundamentais (*El consejo constitucional frances*. In: vários autores. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 57).

surgida no segundo pós-guerra, sensibilizada pela perversão do ordenamento jurídico ocorrida no nazismo, a adotar, com algumas variantes importantes, o sistema kelsiano".

O controle exercido pelos Tribunais Constitucionais, longe de configurar um desrespeito à vontade popular emanada por órgãos eleitos, seja no Executivo seja no Legislativo, constitui um delicado sistema de complementaridade entre a Democracia e o Estado de Direito, que para manter-se balanceado, deve possuir claras e precisas regras sobre sua composição, competências e poderes.

O modelo francês prevê um controle de constitucionalidade preventivo a ser realizado pelo Conselho Constitucional, que, no transcurso do processo legislativo, poderá, desde que provocado pelo Governo, ou pelo presidente de qualquer das Casas legislativas, analisar a constitucionalidade de uma proposição ou de uma emenda, antes de sua promulgação, devendo pronunciar-se no prazo de oito dias.

Ressalte-se, porém, a excepcionalidade prevista no art. 37.2 da Constituição francesa, que previu uma forma de controle repressivo de constitucionalidade. Trata-se da possibilidade de o Conselho Constitucional francês analisar abstratamente a repartição constitucional de competências entre o Governo e o Parlamento. Como salienta Favoreu, "o sistema de repartição de competências entre a lei e o regulamento provocou, por fim, o surgimento na França de um controle de constitucionalidade das leis".

6 CONTROLE PREVENTIVO

Como já afirmado anteriormente, o princípio da legalidade e o processo legislativo constitucional são corolários; dessa forma, para que qualquer espécie normativa ingresse no ordenamento jurídico, deverá submeter-se a todo o procedimento previsto constitucionalmente.

Dentro deste procedimento, podemos vislumbrar duas hipóteses de controle preventivo de constitucionalidade, que buscam evitar o ingresso no ordenamento jurídico de leis inconstitucionais: as comissões de constituição e justiça e o veto jurídico.

6.1 Comissões de constituição e justiça

A primeira hipótese de controle de constitucionalidade preventivo refere-se às comissões permanentes de constituição e justiça cuja função precípua é analisar a compatibilidade do projeto de lei ou proposta de emenda constitucional apresentados com o texto da Constituição Federal.

O art. 58 da Constituição Federal prevê a criação de comissões constituídas na forma do respectivo regimento ou do ato de que resultar sua criação e com as atribuições neles previstas.

Esta hipótese de controle poderá ser realizada, também, pelo plenário da casa legislativa, quando houver rejeição do projeto de lei por inconstitucionalidade.

O art. 32, III, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados criou a comissão de constituição e justiça e de redação, estabelecendo seu campo temático e sua área de atividade em aspectos constitucionais, legais, jurídicos, regimentais e de técnicas legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas comissões, para efeito de admissibilidade e tramitação.

Por sua vez, o Regimento Interno do Senado Federal prevê, no art. 101, a existência da comissão de constituição, justiça e cidadania, com competência para opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do plenário, por despacho do Presidente, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o plenário.

6.2 Veto jurídico

A segunda hipótese encontra-se na participação do chefe do Poder Executivo no processo legislativo. O Presidente da República poderá vetar o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional por entendê-lo inconstitucional (CF, art. 66, § 1.º). É o chamado veto jurídico.

Assim, no Brasil o controle preventivo de constitucionalidade é realizado sempre dentro do processo legislativo, em uma das hipóteses pelo Poder Legislativo (comissões de constituição e justiça) e em outra pelo Poder Executivo (veto jurídico).

7 CONTROLE REPRESSIVO DE CONSTITUCIONALIDADE

No direito constitucional brasileiro, em regra, foi adotado o controle de constitucionalidade repressivo jurídico ou judiciário, em que é o próprio Poder Judiciário quem realiza o controle da lei ou do ato normativo, já editados, perante a Constituição Federal, para retirá-los do ordenamento jurídico, desde que contrários à Carta Magna.

Há dois sistemas ou métodos de controle Judiciário de Constitucionalidade repressiva. O primeiro denomina-se reservado ou concentrado (via de ação), e o segundo, difuso ou aberto (via de exceção ou defesa).

Excepcionalmente, porém, a Constituição Federal previu duas hipóteses em que o controle de constitucionalidade repressivo será realizado pelo próprio Poder Legislativo. Em ambas as hipóteses, o Poder Legislativo poderá retirar normas editadas, com plena vigência e eficácia, do ordenamento jurídico, que deixarão de produzir seus efeitos, por apresentarem um vício de inconstitucionalidade.

Vejamos primeiramente as exceções.

8 CONTROLE REPRESSIVO REALIZADO PELO PODER LEGISLATIVO

8.1 Art. 49, V, da Constituição Federal

A primeira hipótese refere-se ao art. 49, V, da Constituição Federal, que prevê competir ao Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

Em ambas as ocasiões, o Congresso Nacional editará um decreto legislativo sustando ou o decreto presidencial (CF, art. 84, IV) ou a lei delegada (CF, art. 68), por desrespeito à forma constitucional prevista para suas edições.

8.2 Art. 62 da Constituição Federal

Uma vez editada a medida provisória pelo Presidente da República, nos termos do art. 62 da Constituição Federal, ela terá vigência e eficácia imediata, e força de lei, pelo prazo de 60 (sessenta) dias, devendo ser submetida de imediato ao Congresso Nacional, que poderá aprová-la, convertendo-a em lei, ou rejeitá-la.

Na hipótese de o Congresso Nacional rejeitar a medida provisória, com base em inconstitucionalidade apontada no parecer da comissão temporária mista, estará exercendo controle de constitucionalidade repressivo, pois retirará do ordenamento jurídico a medida provisória flagrantemente inconstitucional.

Note-se que, enquanto espécie normativa, a medida provisória, uma vez editada, está perfeita e acabada, já tendo ingressado no ordenamento jurídico com força de lei independentemente de sua natureza temporária. Assim, o fato de o Congresso Nacional rejeitá-la, impedindo que converta-se em lei, ou mesmo que fosse reeditada por ausência de deliberação, em face da flagrante inconstitucionalidade, consubstancia-se em controle repressivo.

Consagrando a idéia de existência de controle de constitucionalidade repressivo exercido em relação às medidas provisórias, por tratarem-se de atos normativos perfeitos e acabados, apesar do caráter temporário, o Supremo Tribunal Federal admite serem as mesmas objeto de ação direta de inconstitucionalidade, ressaltando que a edição de medida provisória, pelo Presidente da República, reveste-se de dois momentos significativos e inconfundíveis: o primeiro diz respeito a um ato normativo, com eficácia imediata de lei; o segundo é a sujeição desse ato ao Congresso Nacional, para que este não apenas ratifique seus efeitos imediatos produzidos, mas a converta em lei, com eficácia definitiva. Dessa maneira, esse ato normativo poderá ser objeto de controle repressivo de constitucionalidade, seja por via de ação direta de inconstitucionalidade, seja por parte do Poder Legislativo.

9 CONTROLE REPRESSIVO REALIZADO PELO PODER JUDICIÁRIO

No Brasil, o controle de constitucionalidade repressivo judiciário é misto, ou seja, é exercido tanto da forma concentrada, quanto da forma difusa.

O art. 102, I, a, da CF, afirma competir ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Por sua vez, o art. 97 estende a possibilidade do controle difuso também aos Tribunais, estabelecendo, porém, uma regra, ao afirmar que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

9.1 Difuso ou aberto

Também conhecido como controle por via de exceção ou defesa, caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal⁵⁹⁸.

A idéia de controle de constitucionalidade realizado por todos os órgãos do Poder Judiciário nasceu do caso *Madison versus Marbury* (1803), em que o Juiz Marshal da Suprema Corte Americana afirmou que é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei. E ao fazê-lo, em caso de contradição entre a legislação e a constituição, o tribunal deve aplicar esta última por ser superior a qualquer lei ordinária do Poder Legislativo.

⁵⁹⁸ A Constituição Federal assegura a plena possibilidade de o Juiz de 1.ª instância realizar o controle difuso de Constitucionalidade. Cf.: STF – 1.ª T. – Rextr. n.º 117.805/PR - Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 27 ago. 1993, p. 17.022.

Na via de exceção, a pronúncia do Judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Nesta via, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei maior. Entretanto, este ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros.

Cappelletti resume o sistema comum de controle de constitucionalidade dos países da common law, denominando-os de descentralizado ou difuso, confiando a todos os tribunais do país. Estes tribunais, em qualquer processo, têm a faculdade e a obrigação de não aplicar a um caso concreto as leis e atos normativos que considerem inconstitucionais. Este controle não acarreta a anulação da lei ou do ato normativo com efeitos erga omnes, aplicando-se somente ao caso concreto em que a norma foi julgada inconstitucional.

O Chief Justice Marshall indagou-se: "Para que um juiz juraria desincumbir-se de seus deveres conforme a Constituição dos Estados Unidos, se aquela Constituição não formar regra para seu Governo? Se estiver muito acima dele, e não puder ser por ele inspecionada"?

Tendo respondido que "se tal for o real estado das coisas, este será o pior dos vexames solenes. Prescrever ou realizar esta profanação torna-se igualmente um crime. Não é, também, inteiramente indigno de observação, que ao declarar qual será a lei suprema do País, a própria Constituição seja primeiramente mencionada: e não as leis dos Estados Unidos, geralmente, mas aquelas apenas que foram feitas em obediência à Constituição, gozarão daquele respeito. Portanto, a fraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e fortifica o princípio, considerado essencial a todas as Constituições escritas, de que uma lei em choque com a Constituição é revogada e que os tribunais, assim como outros departamentos, são ligados por aquele instrumento. A norma deve ser anulada".

Após o caso Marbury versus Madison, a Corte somente voltou a declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal em 1857, no caso Dred Scott, quando entendeu incompatível com a Constituição a seção 8.^a do Missouri Compromise Act, de 1850, que proibira a escravidão nos territórios.

Entendeu o então Chief Justice Taney, relator do caso, que esse dispositivo era contrário à 5.^a Emenda ("ninguém poderá ser privado da vida, liberdade ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização"), pois, se fosse aplicado, estaria permitindo que um cidadão (proprietário do escravo) pudesse ser privado de seus bens e de sua propriedade (escravo), sem o devido processo legal. Essa decisão entendeu que os escravos deveriam ser considerados como propriedade e não como cidadãos⁵⁹⁹. Como lembra Lêda Boechat, "foi tão grande a perda de prestígio da Corte, que ela custaria a recuperar a confiança popular depois dessa decisão".

⁵⁹⁹ Scott v. Sandford, 19 How. 393 (1857). Ressalte-se que somente as 13.^a e 14.^a Emendas à Constituição americana, adotadas em 1868, alteraram essa situação, ao estabelecer que "não haverá, nos Estados Unidos ou em qualquer lugar sujeito à sua jurisdição, nem escravidão, nem trabalhos forçados, salvo como punição de um crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado" e "todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiverem residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis".

Durante esse intervalo de tempo, constituído pelas decisões *Marbury v. Madison* e *Scott v. Sandford*, porém, a Suprema Corte firmou-se, sobre a Presidência de Marshall, no exercício do controle de legalidade dos atos governamentais, decidindo sobre a ilegalidade dos atos presidenciais por violação expressa de legislação específica do Congresso (caso *Little versus Barreme* - 1804), e ainda firmando sua competência para analisar a constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais, concedida pelo Congresso, na Seção 25 da Lei Judiciária de 1789, nos casos *Warre versus Hylton* (1797), *Fletcher versus Pech* (1810), *Martin versus Hunter's Lessee* (1816) e *Cohens versus Virgínia* (1821)⁶⁰⁰:

Essa consolidação da Corte de Marshall garantiu, efetivamente, ao Judiciário norte-americano seu lugar entre os Poderes de Estado, pois como salienta Henry Abraham, "a principal arma à disposição da Corte Suprema na disputa ou no jogo da separação de poderes com controles e avaliações tem sido seu poder dominante de revisão judicial, poder somente existente no Judiciário de poucos países".

No Brasil, a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade existe desde a primeira Constituição republicana de 1891, que em seu artigo 59⁶⁰¹, como ressaltou Rui Barbosa, "obriga esse tribunal a negar validade às leis federaes, quando contrarias à Constituição, e as leis federaes são contrarias à Constituição, quando o Poder Legislativo, adoptando taes leis, não se teve nos limites, em que a Constituição o autoriza a legislar, isto é, transpassou a competência, em que a Constituição o circunscreve".

Ressalte-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, sob inspiração norte-americana, nasceu com o papel de intérprete máximo da Constituição republicana, e o controle difuso de constitucionalidade instalou-se de forma efetiva no Brasil, com a Lei Federal n.º 221, de 1894, que concedeu competência aos juízes e tribunais para apreciarem a validade das leis e regulamentos e deixarem de aplicá-los aos casos concretos, se fossem manifestamente inconstitucionais.

Importante ressaltar que a via de defesa poderá ser utilizada, também, através das s constitucionais do *habeas corpus*, e do mandado de segurança ou ações ordinárias.

O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo pois objeto principal da ação⁶⁰².

9.1.1 Questão do art. 97- cláusula de reserva de plenário

A inconstitucionalidade de qualquer ato normativo estatal só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal ou, onde houver, dos integrantes do

⁶⁰⁰ Bernard Schwartz, por sua vez, aponta essa consolidação um pouco mais tarde, afirmando que "a verdade é que o controle judicial exercido pela Corte Suprema dos Estados Unidos só se tornou um fator importante do poder legislativo nacional por volta de 1890" (Direito... Op, cit. p. 257).

⁶⁰¹ Constituição Federal de 1891 - "Art. 59, § 1.º Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal (b) quando se contestar a validade de leis ou de actos de governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar validos esses actos, ou essa leis impugnadas."

⁶⁰² Conferir, na doutrina, BARBOSA, Ruy. Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal. Rio de Janeiro: Companhia Impressora 7, 1893. p. 96. Na jurisprudência: STF - "Controle incidente de constitucionalidade: suscitada, no voto de um dos juizes do colegiado, a questão de inconstitucionalidade da lei a aplicar, deve o Tribunal decidir a respeito; omitindo-se e persistindo na omissão - não obstante provocado mediante embargos de declaração viola as garantias constitucionais da jurisdição e do devido processo legal (CF, art. 5.º, XXXV e LIV), sobretudo quando, com isso, obstruir o acesso da parte ao recurso extraordinário" (Rextr. n.º 198.346-9/DF - Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 5 dez. 1997, p. 63.919).

respectivo órgão especial, sob pena de absoluta nulidade da decisão emanada do órgão fracionário (turma, câmara ou seção), em respeito à previsão do art. 97 da Constituição Federal.

Esta verdadeira cláusula de reserva de plenário atua como verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público, aplicando-se para todos os tribunais, via difusa, e para o Supremo Tribunal Federal, também no controle concentrado.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente proclamado que a descon sideração do princípio em causa gera, como inevitável efeito consequencial, a nulidade absoluta da decisão judicial colegiada que, emanando de órgão meramente fracionário, haja declarado a inconstitucionalidade de determinado ato estatal.

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, porém, entende, excepcionalmente, dispensável a aplicação do art. 97 da Constituição Federal, desde que presentes dois requisitos:

- a. existência anterior de pronunciamento da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal;
- b. existência, no âmbito do tribunal a quo, e em relação àquele mesmo ato do Poder Público, uma decisão plenária que haja apreciado a controvérsia constitucional, ainda que desse pronunciamento não tenha resultado o formal reconhecimento da inconstitucionalidade da regra estatal questionada⁶⁰³.

Há, porém, entendimento mais recente do Plenário do Supremo Tribunal Federal entendendo que "versando a controvérsia sobre ato normativo já declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta Política da República - o Supremo Tribunal Federal - descabe o deslocamento previsto no art. 97 do referido Diploma maior. O julgamento de plano pelo órgão fracionado homenageia não só a racionalidade, como também implica interpretação teleológica do art. 97 em comento, evitando a burocratização dos atos judiciais no que nefasta ao princípio da economia e da celeridade. A razão de ser do preceito está na necessidade de evitar-se que órgãos fracionados apreciem, pela primeira vez, a pecha de inconstitucionalidade arguida em relação a um certo ato normativo".

A cláusula de reserva de plenário não veda a possibilidade de o juiz monocrático declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, mas, sim, determina uma regra especial aos tribunais para garantia de maior segurança jurídica.

Além disso, não se aplica para a declaração de constitucionalidade dos órgãos fracionários dos tribunais.

9.1.2 Controle difuso e Senado Federal (art. 52, X, CF)

⁶⁰³ RE n.º 190.725, Rel. p/ acórdão Min. Ilmar Galvão e STF - Agravo de Instrumento - n.º 172.992-9, Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, p. 23.537, que, porém, ressalva sua posição, entendendo da aplicabilidade da cláusula de reserva de plenário, mesmo que a norma questionada perante o Tribunal inferior já tenha sido declarada inconstitucional incidentar tantum pelo próprio Supremo Tribunal Federal (RTJ 99/273).

O Supremo Tribunal Federal, decidindo o caso concreto poderá, incidentalmente, declarar, por maioria absoluta de seus membros, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo do Poder Público (CF, art. 97; RIST F, arts. 176 e 177)⁶⁰⁴.

A partir disso, poderá oficiar o Senado Federal, para que este, nos termos do art. 52, X, Constituição, através da espécie normativa resolução, suspenda a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

O Regimento Interno do Senado Federal prevê, em seu art. 386, que o Senado conhecerá da declaração, proferida em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade, total ou parcial de lei mediante: comunicação do Presidente do Tribunal; representação do Procurador-Geral da República; projeto de resolução de iniciativa da comissão de constituição, justiça e cidadania.

A comunicação, a representação e o projeto acima referidos deverão ser instruídos com o texto da lei cuja execução se deva suspender, do acórdão do Supremo Tribunal Federal, do parecer do Procurador-Geral da República e da versão do registro taquigráfico do julgamento. Uma vez lida em plenário, a comunicação ou representação será encaminhada à comissão de constituição, justiça e cidadania, que formulará projeto de resolução suspendendo a execução da lei, no todo ou em parte.

Há, doutrinariamente, discussões sobre a natureza dessa atribuição do Senado Federal ser discricionária ou vinculada, ou seja, sobre a possibilidade de o Senado Federal não suspender a excoutoriedade da lei declarada inconstitucional, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, pela via de defesa.

Ocorre que tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Senado Federal, entendem que esse não está obrigado a proceder à edição da resolução suspensiva do ato estatal cuja inconstitucionalidade, em caráter irrecorrível, foi declarada in concreto pelo Supremo Tribunal; sendo, pois, ato discricionário do Poder Legislativo, classificado como deliberação essencialmente política, de alcance normativo, no sentido referido por Paulo Brossard, de que "tudo está a indicar que o Senado é o juiz exclusivo do momento em que convém exercer a competência, a ele e só a ele atribuída, de suspender lei ou decreto declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. No exercício dessa competência cabe-lhe proceder com equilíbrio e isenção, sobretudo com prudência, como convém à tarefa delicada e relevante, assim para os indivíduos, como para a ordem jurídica".

Assim, ao Senado Federal não só cumpre examinar o aspecto formal da decisão declaratória da inconstitucionalidade, verificando se ela foi tomada por quorum suficiente e é definitiva, mas também indagar da conveniência dessa suspensão.

A declaração de inconstitucionalidade é do Supremo, mas a suspensão é função do Senado. Sem a declaração, o Senado não se movimenta, pois não lhe é dado suspender a execução de lei ou decreto não declarado inconstitucional, porém a tarefa constitucional de ampliação desses efeitos é sua, no exercício de sua atividade legiferante.

Porém, se o Senado Federal, repita-se, discricionariamente, editar a resolução suspendendo no todo ou em parte lei declarada incidentalmente inconstitucional pelo Supremo Tribunal

⁶⁰⁴ STF- "Controle incidente de constitucionalidade: vinculação das Turmas do STF à precedente declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, salvo proposta de revisão de qualquer dos Ministros (RISTF, arts. 101 e 103)" (RTJ 160/1.019).

Federal, terá exaurido sua competência constitucional, não havendo possibilidade, a posteriori, de alterar seu entendimento para tornar sem efeito ou mesmo modificar o sentido da resolução.

Ressalte-se, por fim, que essa competência do Senado Federal aplica-se à suspensão no todo ou em parte, tanto de lei federal, quanto de leis estaduais, distritais ou municipais, declaradas, incidentalmente, inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal⁶⁰⁵.

9.1.3 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade - controle difuso

A. Entre as partes do processo (ex tunc)

Declarada incidenter tantum a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal, desfaz-se, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as conseqüências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados. Porém, tais efeitos ex tunc (retroativos) somente tem aplicação para as partes e no processo em que houve a citada declaração.

B. Para os demais (ex nunc)

A Constituição Federal, porém, previu um mecanismo de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (CF, art. 52, X). Assim, ocorrendo essa declaração, conforme já visto, o Senado Federal poderá editar uma resolução suspendendo a execução, no todo ou em parte, da lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, que terá efeitos erga omnes, porém, ex nunc, ou seja, a partir da publicação da citada resolução senatorial.

9.1.4 Controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública

O controle de constitucionalidade difuso, conforme já estudado, caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, poderá analisar a constitucionalidade ou não de lei ou do ato normativo - seja ele municipal, estadual, distrital ou federal. Dessa forma, em tese, nada impedirá o exercício do controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública, seja em relação às leis federais, seja em relação às leis estaduais, distritais ou municipais em face da Constituição Federal (por ex.: O Ministério Público ajuíza uma ação civil pública, em defesa do patrimônio público, para anulação de uma licitação baseada em lei municipal incompatível com o art. 37 da Constituição Federal. O juiz ou Tribunal - CF, art. 97 - poderão declarar, no caso concreto, a inconstitucionalidade da citada lei municipal, e anular a licitação objeto da ação civil pública, sempre com efeitos somente para as partes e naquele caso concreto).

Ocorre, porém, que, se a decisão do Juiz ou Tribunal, em sede de ação civil pública, declarando a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo - seja municipal, estadual, distrital

⁶⁰⁵ Por ex.: Em relação à lei estadual: Resolução do Senado Federal n.º 81, de 1996, suspendendo a execução do art. 2.º, §§ 1.º, 2.º e 3.º, da Lei n.º 7.588, de 1989, e dos arts. 10 e 12, da Lei n.º 7.802, de 1989, todos do Estado de Santa Catarina. Em relação à lei municipal: Resolução do Senado Federal n.º 80, de 1996, suspendendo a execução do art. 276, da Lei n.º 3.999, de 29-12-1972 - Código Tributário do Município de Santo André, do Estado de São Paulo.

ou federal -, em face da Constituição Federal gerar efeitos erga omnes, haverá usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, por ser o único Tribunal em cuja competência encontra-se a interpretação concentrada da Constituição Federal.

Nesses casos, não se permitirá a utilização de ação civil pública como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade, a fim de exercer controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo.

Observe-se que mesmo em relação às leis municipais incompatíveis com a Constituição Federal, a inexistência de controle concentrado por parte do STF não afasta a total impossibilidade de o controle concentrado da Constituição Federal ser exercido por outro órgão do Poder Judiciário, a quem caberá nessas hipóteses tão-somente o exercício do controle difuso de constitucionalidade.

Assim, o que se veda é a obtenção de efeitos erga omnes nas declarações de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em sede de ação civil pública, não importa se tal declaração consta como pedido principal ou como pedido incidenter tantum, pois mesmo nesse a declaração de inconstitucionalidade poderá não se restringir somente às partes daquele processo, em virtude da previsão dos efeitos nas decisões em sede de ação civil pública dada pela Lei n.º 7.347 de 1985.

Analisando esse complexo tema, especificamente em relação às declarações de inconstitucionalidade incidenter tantum em sede de ação civil pública que acabam gerando efeitos erga omnes, Arruda Alvim expõe que "o que se percebe, claramente, é que, não incomumente, propõem-se ações civis públicas, de forma desconectada de um verdadeiro litígio, com insurgência, exclusivamente, contra um ou mais de um texto legal, e, o que se pretende na ordem prática ou pragmática é que, declarada a inconstitucionalidade de determinadas normas, não possam mais elas virem a ser aplicadas, no âmbito da jurisdição do magistrado ou do Tribunal a esses sobrepostos. Ou, se, lingüisticamente, não se diz isso, é o que, na ordem prática resulta de uma tal decisão. Ora, se se pretende que determinados textos não possam vir a ser aplicados, dentro de uma dada área de jurisdição, disto se segue tratar-se efetivamente de declaração in abstracto, da inconstitucionalidade, ainda que possa ter sido nominado de pedido de declaração incidenter tantum".

E conclui o referido autor, que "por tudo que foi dito, afigura-se-nos que inconstitucionalidade levantada em ação civil pública, como pretensão fundamento da pretensão, mas em que, real e efetivamente o que se persiga seja a própria inconstitucionalidade, é arguição incompatível com essa ação e, na verdade, com qualquer ação por implicar usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal".

Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal não admite ação civil pública em defesa de direitos coletivos ou difusos como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade, vedando-a quando seus efeitos forem erga omnes e, portanto, idênticos aos da declaração concentrada de inconstitucionalidade.

Diversa, porém, é a hipótese vislumbrada pelo Pretório Excelso quando tratar-se de direitos individuais homogêneos, previstos no art. 81, inc. III, da Lei n.º 8.078/90, pois nesses casos a decisão só alcançará este grupo de pessoas, e não estará usurpando a finalidade constitucional das ações diretas de inconstitucionalidade, sendo permitida. Como ressaltado pelo próprio STF, "situação diversa ocorreria se a ação civil pública estivesse preordenada a defender direitos difusos ou coletivos (incisos I e II do citado art. 81), quando, então, a

decisão teria efeito erga omnes, na acepção usual da expressão e, aí sim, teria os mesmos efeitos de uma ação direta, pois alçaria todos, partes ou não, na relação processual estabelecida na ação civil".

Em conclusão, o que se pretende vedar é a utilização da ação civil pública como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, de forma a retirar do Supremo Tribunal Federal o controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais em face da Constituição Federal. Essa vedação aplica-se quando os efeitos da decisão da ação civil pública forem erga omnes, independentemente de tratar-se de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Por outro lado, não haverá qualquer vedação à declaração incidental de inconstitucionalidade (controle difuso) em sede de ação civil pública, quando, conforme salientado pelo próprio Pretório Excelso, "tratar-se de ação ajuizada, entre partes contratantes, na persecução de bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, objetivo que jamais poderia ser alcançado pelo reclamado em sede de controle in abstracto de ato normativo"⁶⁰⁶.

9.1.5 Controle difuso de constitucionalidade durante o processo legislativo

As normas de processo legislativo constitucional, previstas nos arts. 59 a 69 da Constituição Federal, possuem eficácia plena e imediata, vinculando a atividade do legislador na elaboração das diversas espécies normativas em respeito ao devido processo legislativo. Conforme já analisado no capítulo anterior (Processo legislativo), o respeito ao devido processo legislativo na elaboração das diversas espécies normativas é um dogma corolário à observância do princípio da legalidade, pelo que sua observância deve, se necessário for, ser garantida jurisdicionalmente⁶⁰⁷.

⁶⁰⁶ STF - Pleno - Reclamação n.º 602-6/SP - Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 3-9-1997. Conferir, ainda, STF - 1.ª T. - Recl. n.º 611-5/PR - Rel. Min. Sydney Sanches, Diário da Justiça, Seção I, 1.º abr. 1998, p. 12. Nesse sentido, importante leading case do Supremo Tribunal Federal: "Reclamação. 2. Ação civil pública contra instituição bancária, objetivando a condenação da ré ao pagamento da diferença entre a inflação do mês de março de 1990, apurada pelo IBGE, e o índice aplicado para crédito nas cadernetas de poupança, com vencimento entre 14 a 30 de abril de 1990, mais juros de 0,5% ao mês, correção sobre o saldo, devendo o valor a ser pago a cada um fixar-se em liquidação de sentença". 3. Ação julgada procedente em ambas as instâncias, havendo sido interpostos recursos especial e extraordinário. 4. Reclamação em que se sustenta que o acórdão da Corte reclamada, ao manter a sentença, estabeleceu uma inconstitucionalidade no plano nacional, em relação a alguns aspectos da Lei n.º 8.024/1990, que somente ao Supremo Tribunal Federal caberia decretar. 5. Não se trata de hipótese suscetível de confronto com o precedente da Corte na Reclamação n.º 431-1/SP, onde se fazia inequívoco que o objetivo da ação civil pública era declarar a inconstitucionalidade da Lei n.º 7.844/1992, do Estado de São Paulo. 6. No caso concreto, diferentemente, a ação objetiva relação jurídica decorrente de contrato expressamente identificado, a qual estaria sendo alcançada por norma legal subsequente, cuja aplicação levaria a ferir direito subjetivo dos substituídos. 7. Na ação civil pública, ora em julgamento, dá-se controle de constitucionalidade da Lei n.º 8.024/1990, por via difusa. Mesmo admitindo que a decisão em exame afasta a incidência de Lei que seria aplicável à hipótese concreta, por ferir direito adquirido e ato jurídico perfeito, certo está que o acórdão respectivo não fica imune ao controle do Supremo Tribunal Federal, desde logo, à vista do art. 102, III, letra b da Lei Maior, eis que decisão definitiva de Corte local terá reconhecido a inconstitucionalidade de lei federal, ao dirimir determinado conflito de interesses. Manifesta-se, dessa maneira, a convivência dos dois sistemas de controle de constitucionalidade: a mesma lei federal ou estadual poderá ter declarada sua invalidade, quer em abstrato, na via concentrada, originariamente pelo STF (CF, art. 102, I, a) quer na via difusa, incidenter tantum ao ensejo do desate de controvérsia, na defesa de direitos subjetivos de partes interessadas, afastando-se sua incidência no caso concreto em julgamento. 8. Nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum, de lei ou ato normativo federal ou local. 9. A eficácia erga omnes da decisão, na ação civil pública, ut art. 16, da Lei n.º 7.347/1997, não subtrai o julgado do controle das instâncias superiores, inclusive do STF. No caso concreto, por exemplo, já se interpôs recurso extraordinário, relativamente ao qual, sem situações graves, é viável, emprestar-se ademais, efeito suspensivo. 10. Em reclamação, onde sustentada a usurpação, pela Corte local, de competência do Supremo Tribunal Federal, não cabe, em tese, discutir em torno da eficácia da sentença na ação civil pública (Lei n.º 7374/1985, art. 16), o que poderá, entretanto, constituir, eventualmente, tema do recurso extraordinário. 11. Reclamação julgada improcedente, cassando-se a liminar" (STF - Pleno Recl. n.º 600-0/SP - Rel. Min. Néri da Silveira, j. 3-9-97).

⁶⁰⁷ Conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça "O princípio do due process of law estende-se à gênese da lei. Uma lei mal formada, vítima de defeitos no processo que a gerou, é ineficaz; a ninguém pode obrigar" (STJ - 1.ª T. - RMS n.º 7.313-0/RS - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Diário da Justiça, Seção I, 5 maio 1997 - Ementário STJ 18/395).

Dessa forma, indiscutível a realização de controle de constitucionalidade difuso ou concentrado em relação a normas elaboradas em desrespeito ao devido processo legislativo, por flagrante inconstitucionalidade formal⁶⁰⁸.

Recorde-se da advertência feita por Nelson Sampaio, ao acentuar a necessidade de pleno controle de constitucionalidade no processo de formação das leis, pois "as dificuldades de revisão constitucional são quase fictícias quando não há controle de constitucionalidade, pois então o poder legislativo é a última instância sobre o que é constitucional ou não."

Importante, porém, analisar-se a possibilidade do controle jurisdicional incidir sobre o processo legislativo em trâmite, uma vez que ainda não existiria lei ou ato normativo passível de controle concentrado de constitucionalidade.

Assim sendo, o controle jurisdicional sobre a elaboração legiferante, inclusive sobre propostas de emendas constitucionais, sempre se dará de forma difusa, por meio do ajuizamento de mandado de segurança por parte de parlamentares que se sentirem prejudicados durante o processo legislativo. Reitere-se que os únicos legitimados à propositura de mandado de segurança para defesa do direito líquido e certo de somente participarem de um processo legislativo conforme as normas constitucionais e legais são os próprios parlamentares.

Os parlamentares, portanto, poderão propiciar ao Poder Judiciário a análise difusa de eventuais inconstitucionalidades ou ilegalidades que estiverem ocorrendo durante o trâmite de projetos ou proposições por meio de ajuizamento de mandados de segurança contra atos concretos da autoridade coatora (Presidente ou Mesa da Casa Legislativa, por exemplo), de maneira a impedir o flagrante desrespeito às normas regimentais ao ordenamento jurídico e coação aos próprios parlamentares, consistente na obrigatoriedade de participação e votação em um procedimento inconstitucional ou ilegal.

Não raro o Poder Judiciário deverá analisar a constitucionalidade, ou não, de determinada seqüência de atos durante certo processo legislativo tendente à elaboração de uma das espécies normativas primárias, uma vez que é a própria Constituição Federal que, com riqueza de detalhes, prevê as normas básicas e obrigatórias do devido processo legislativo (CF, arts. 59 a 69). Quando assim atuar, o Judiciário estará realizando controle difuso de constitucionalidade, para poder - no mérito - garantir aos parlamentares o exercício de seu direito líquido e certo a somente participarem da atividade legiferante realizada em acordo com as normas constitucionais.

Igualmente, o flagrante desrespeito às normas regimentais, durante o processo legislativo, caracteriza clara ilegalidade, uma vez que os regimentos internos das Casas legislativas - Regimento interno do Congresso Nacional, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados - são resoluções, ou seja, espécies normativas primárias previstas diretamente na Constituição Federal (CF, art. 59, inc. VII). Entendemos que essa ilegalidade também será passível de controle jurisdicional, com base no art. 5.º, inc, XXXV, da Carta Magna, pois a apreciação de lesão ou ameaça a direito jamais poderá ser afastada do Poder Judiciário. Dessa forma, os parlamentares são possuidores de legítimo interesse para o ajuizamento de

⁶⁰⁸ Tamanha é a importância do respeito do processo legislativo constitucional na formação das leis que Nelson Sampaio nos recorda que "na Terceira República Francesa, onde não existia o controle jurisdicional da constitucionalidade material da lei, a doutrina dominante - com muitas vozes discordantes - sustentava que os tribunais podiam e deviam examinar se a lei se elaborou de acordo com as normas constitucionais, sem o que não mereceria o nome de lei" (O processo... Op. cit. p. 180).

mandado de segurança em defesa do direito líquido e certo de somente participarem de um processo legislativo constitucional e legal, em conformidade com as normas da Constituição Federal e das resoluções, instrumentos formais que trazem os regimentos internos, não sendo, portanto, obrigados à participação e votação de um processo legislativo viciado, quer pela inconstitucionalidade, quer pela flagrante ilegalidade.

Diferentemente, porém, ocorre com a possibilidade de controle jurisdicional em relação à interpretação de normas regimentais das Casas Legislativas. Nessas hipóteses, entendemos não ser possível ao Poder Judiciário, substituindo-se ao próprio legislativo, dizer qual o verdadeiro significado da previsão regimental, por tratar-se de assunto interna corporis, sob pena de ostensivo desrespeito à separação de Poderes (CF, art. 2.º), por intromissão política do Judiciário no Legislativo⁶⁰⁹.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho adota posição mais restrita em relação à possibilidade de controle jurisdicional em relação às normas regimentais, afirmando que "se a observância dos preceitos constitucionais é rigorosa, absoluta, a dos regimentais não o é. A violação regimental, por isso, é suscetível de convalidação, expressa ou implícita. Destarte, no caso das normas regimentais, o Judiciário só pode verificar se a violação desta impediu a manifestação da vontade da Câmara. Nesse caso, então, deverá reconhecer a invalidade das regras assim editadas".

9.1.6 Supremo Tribunal Federal e controle difuso de constitucionalidade durante o processo legislativo

O Supremo Tribunal Federal admite a possibilidade de controle de constitucionalidade durante o procedimento de feitura das espécies normativas, especialmente em relação à necessidade de fiel observância das normas constitucionais do referido processo legislativo (CF, arts. 59 a 69).

Em julgamento envolvendo proposta de emenda constitucional, o plenário do STF analisou detalhadamente qual a amplitude da atuação do Poder Judiciário, em sede de controle de constitucionalidade, durante o processo de elaboração legislativa, balisando-se básica e, simultaneamente, pela necessidade de defesa a lesão a direito individual (CF, art. 5.º, inc. XXXV) e da separação dos Poderes (CF, art. 2.º).

A matéria suscitou a formação de duas posições no Tribunal. Pela posição majoritária, confirmando tradicional entendimento do Pretório Excelso⁶¹⁰, compete ao Poder Judiciário analisar, em sede de mandado de segurança ajuizado por parlamentar, a regularidade na observância por parte do Congresso Nacional de normas constitucionais referentes ao processo legislativo, uma vez que os congressistas têm direito líquido e certo a não participarem de processo legislativo vedado pela Constituição Federal. Contrariamente,

⁶⁰⁹ Importante salientar a advertência feita por Manoel Gonçalves Ferreira Filho de que "na organização constitucional dos Estados Unidos da América e na dos Estados que imitam suas instituições, o caráter apolítico do Judiciário foi posto em dúvida por não poucos juristas em virtude do controle de constitucionalidade das leis. Já foi moda denunciar o governo dos juizes, expressão cunhada por Edouard Lambert em seu livro (*Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États Unis*, Paris, 1921). Todavia, sem aderir aos exageros, deve-se reconhecer que onde se admite o controle de constitucionalidade das leis, ipso facto, se politiza a atividade dos juizes" (Do processo... Op. cit. p. 115 - nota 114).

⁶¹⁰ STF - "Processo legislativo no Congresso Nacional. Interna corporis. Matéria relativa à interpretação, pelo Presidente do Congresso Nacional, de normas de regimento legislativo é imune a crítica judiciária, circunscrevendo-se no domínio interna corporis"-RTJ 112/1023. Conferir, ainda, em relação à impossibilidade de interpretação, por parte do Poder Judiciário, de normas regimentais, por tratar-se de assunto interna corporis: RTJ 112/598; 112/1023; RTJ 116/67; RTJ 137/1053; RTJ 114/537; STF - MS n.º 20.247/DF - Rel. Min. Moreira Alves; STF - MS n.º 20.471/DF - Rel. Min. Francisco Rezek. Nesse mesmo sentido: STF - Pleno - Adin n.º 2.038/BA - Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Nelson Jobim, decisão: 18-8-1999 - Informativo STF n.º 158.

porém, entendeu-se que interpretações de normas regimentais, por tratarem de assunto interno corporis, são insuscetíveis de apreciação judiciária. Nesse sentido votaram os Ministros Maurício Corrêa, Francisco Rezek, Sydney Sanches, Néri da Silveira, Moreira Alves, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso e Octávio Gallotti (saliente-se que os dois últimos não conheceram do mandado de segurança, por entenderem que no caso concreto só estaria sendo impugnada interpretação de norma regimental, logo insuscetível de análise judiciária).

A segunda corrente formada sobre a matéria também consagrou a existência de direito líquido e certo dos parlamentares a participarem do devido processo legislativo, porém entendeu competir ao Poder Judiciário uma análise mais ampla desse devido processo legislativo, tanto em relação às normas constitucionais referentes ao processo legislativo (CF, arts. 59 a 69), quanto em relação às normas do regimento interno da Casa Legislativa, inclusive no tocante a suas interpretações, que deverá pautar-se pela constitucionalidade e legalidade.

Nesse sentido votaram os Ministros Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Celso de Mello Pela importância da decisão, mister a transcrição de sua ementa: "EMENTA: Mandado de Segurança impetrado contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados, relativo à tramitação de emenda constitucional. Alegação de violação de diversas normas do regimento interno e do art. 60, § 5.º da Constituição Federal.

Preliminar: Impetração não conhecida quanto aos fundamentos regimentais, por se tratar de matéria interna corporis que só pode encontrar solução no âmbito do poder legislativo, não sujeita à apreciação do Poder Judiciário; conhecimento quanto ao fundamento constitucional.

Mérito: Reapresentação, na mesma sessão legislativa, de proposta de emenda constitucional do poder executivo, que modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências (Pec. n.º 33-A, de 1995).

I - Preliminar.

1. Impugnação de ato do Presidente da Câmara dos Deputados que submeteu à discussão e votação emenda aglutinativa, com alegação de que, além de ofender ao parágrafo único do art. 43 e ao § 3.º do art. 118, estava prejudicada nos termos do inc. VI do art. 163, e que deveria ter sido declarada prejudicada, a teor do que dispõe o n.º 1 do inc. I do art. 17, todos do Regimento Interno, lesando o direito dos impetrantes de terem assegurados os princípios da legalidade e moralidade durante o processo de elaboração legislativa.

A alegação, contrariada pelas informações, de impedimento do relator - matéria de fato - e de que a emenda aglutinativa inova e aproveita matéria prejudicada e rejeitada, para reputá-la inadmissível de apreciação, é questão interna corporis do Poder Legislativo, não sujeita à apreciação pelo Poder Judiciário. Mandado de segurança não conhecido nesta parte.

2. Entretanto, ainda que a inicial não se refira ao § 5.º do art. 60 da Constituição, ela menciona dispositivo regimental com a mesma regra; assim interpretada, chega-se à conclusão que nela há ínsita uma questão constitucional, esta sim, sujeita ao controle jurisdicional. Mandado de segurança conhecido quanto à alegação de impossibilidade de matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada poder ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

II - Mérito.

1. Não ocorre contrariedade ao § 5.º do art. 60 da Constituição na medida em que o Presidente da Câmara dos Deputados, autoridade coatora, aplica dispositivo regimental adequado e declara prejudicada a proposição que tiver substitutivo aprovado, e não rejeitado, ressalvados os destaques (art. 163, V).

2. E de ver-se, pois, que tendo a Câmara dos Deputados apenas rejeitado o substitutivo, e não o projeto que veio por mensagem do Poder Executivo, não se cuida de aplicar a norma do art. 60, § 5.º, da Constituição. Por isso mesmo, afastada a rejeição do substitutivo, nada impede que se prossiga na votação do projeto originário. O que não pode ser votado na mesma sessão legislativa é a emenda rejeitada ou havida por prejudicada, e não o substitutivo que é uma subespécie do projeto originariamente proposto.

3. Mandado de segurança conhecido em parte, e nesta parte indeferido."

Em face da relevância da questão, nos dois próximos itens serão feitas breves citações dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal proferidos no já citado MS n.º 22.503-3/DF, e cuja integralidade poderá ser analisada no Ementário - STF n.º 1.872-03.

A. Posição majoritária STF: controle jurisdicional em relação às normas constitucionais de processo legislativo

Em defesa desse posicionamento, o Ministro Maurício Corrêa, relator para o Acórdão do citado mandado de segurança, foi enfático ao afirmar: "Conheço do mandado de segurança na parte relativa à questão constitucional suscitada, vale dizer, possível violação do art. 60, § 5.º, da Carta Política. No que diz respeito à matéria regimental, peço vênias ao ilustre Relator para, nessa parte, não conhecer da impetração."

Em abono à tese do controle jurisdicional somente em relação às normas de processo legislativo previstas na própria Constituição Federal, afirmou o Ministro Francisco Rezek que o processo legislativo é regido pela própria Constituição, com grande minúcia, de tal sorte que temas relacionados à produção legislativa podem configurar questões diretamente constitucionais, de inevitável competência judiciária", concluindo em relação ao regimento interno que "são normas que, uma vez observada a Constituição Federal, as casas do Congresso elaboram para reger a liturgia do seu trabalho no cotidiano, mesmo quando em instância grave como aquela da mudança na Constituição. E são normas - as do Regimento - que as casas podem modificar, em condições bem menos estritas do que aquelas que regem a mudança da própria Constituição. Não consigo, por esse motivo abonar, como faz o Ministro relator, a doutrina que estima que matéria regimental, quando suscite controvérsia entre membros do Congresso Nacional, deve solver-se em juízo".

Igualmente, analisou o Ministro Sydney Sanches que "falta aos impetrantes direito público subjetivo, direito pessoal, direito individual a que prevaleça esta ou aquela interpretação de normas regimentais. Não têm interesse pessoal nisso. O interesse, que possa existir, é geral, como de qualquer cidadão, a que se cumpram normas jurídicas. E não individual. E interesse geral abstrato não se defende, individualmente, em Mandado de Segurança", para posteriormente concluir pelo conhecimento do mandado de segurança "no ponto em que se alega ter ficado prejudicado o Projeto de Emenda Constitucional, porque rejeitada a matéria na mesma sessão legislativa, tema que assume, também teor constitucional. Aí, sim, os Parlamentares têm direito público subjetivo de se oporem à reapresentação da proposta rejeitada, em face da norma prevista no § 5.º do art. 60 da Constituição Federal, ou seja,

para que não sejam obrigados a participar de processo legislativo vedado pela Constituição... Quanto a esse ponto, os impetrantes têm direito público subjetivo a que esta Corte examine se houve, ou não, violação a tal norma constitucional, para que não fiquem obrigados a votar ou a participar do processo legislativo se tiver ocorrido, mesmo, essa violação".

Da mesma forma e com abono no art. 2.º da Constituição Federal, o Ministro Néri da Silveira afirmou que "com efeito, a separação dos Poderes da República, como princípio básico da nossa ordem constitucional, aconselha que cada Poder exercite suas funções, com autonomia, sem a interferência dos demais. No que concerne ao Poder Judiciário, é certo, a Constituição lhe confere competência para tomar conhecimento de fatos e atos ocorridos no âmbito dos outros Poderes, mas isso há de dar-se nos limites que a Constituição autoriza, na salvaguarda do equilíbrio e da própria independência dos Poderes, qual autêntica função moderadora, e na asseguarção dos direitos e garantias dos indivíduos e de quem quer que tenha sofrido lesão de direito ou esteja ameaçado de violência, em virtude dos atos impugnados. Fora desse amplo domínio de sua atuação, não compete ao Poder Judiciário conhecer de questões ou controvérsias da intimidade dos outros Poderes, cujo campo de atuação a Constituição define, com os respectivos limites. Nem as questões de conveniência ou oportunidade, nem as matérias interna corporis hão de passar pelo crivo do Judiciário, desde que lesão a direito subjetivo não se configure", e concluiu "tão-só para examinar se a espécie sub judice se enquadra no âmbito do art. 60, § 5.º da Constituição, conheço do mandado de segurança. Não o faria, se, apenas, a quaestio juris estivesse restrita à aplicação das normas regimentais e à sua exegese, com vistas ao processamento da proposta de Emenda Constitucional em causa".

Por sua vez, o Ministro Moreira Alves, lembrando antigo precedente da Corte Suprema, ensinou que: "Ora, como relator para o acórdão no Mandado de Segurança n.º 20.257, no já longínquo ano de 1980, sustentei - e fui, afinal, voto vencedor - que, em se tratando de texto constitucional que impeça ou proíba a discussão ou a deliberação sobre determinada matéria, haveria, no caso, direito subjetivo dos parlamentares de não serem compelidos a votar, tendo em vista a proibição constitucional... Por isso, com referência ao § 5.º do artigo 60 da Constituição também conheço do presente mandado de segurança; não o conheço porém, quanto às alegações de ofensa ao regimento... A observância dessas normas regimentais ordinatórias se exaure na esfera do Poder Legislativo, sendo imune à jurisdição desta Corte.

Assim como não podemos declarar a inconstitucionalidade de uma lei pela não observância de formalidade estabelecida por norma regimental de qualquer das Casas do Congresso, por não haver hierarquia entre essas normas, também não podemos admitir que previamente, por meio de mandado de segurança, sob a invocação de inexistente direito subjetivo público, se paralise a atuação do Congresso com base na alegação de não-aplicação ou de má aplicação de norma regimental dessa natureza. Questões dessa natureza se resolvem exclusivamente no âmbito de atuação parlamentar", finalizando com a seguinte conclusão: "Portanto, assim caracterizo minha posição: com referência ao § 5.º do artigo 60 da Constituição, há realmente, no caso, e foi ela levantada, questão constitucional relativa ao direito subjetivo público de não serem os parlamentares obrigados a votar a emenda se tiver sido violado esse princípio constitucional; quanto a questões relativas ao Regimento Interno, delas não conheço, por serem, tipicamente na espécie, questões interna corporis."

O Ministro Sepúlveda Pertence, salientando a necessidade de preservar-se tanto a separação dos poderes quanto a supremacia constitucional expôs que “na verdade, é preciso ponderar, que, efetivamente, nas linhas em que se pôs a questão, o da existência de um direito público subjetivo de cada congressista ao que se chamou o devido processo legislativo, a doutrina dos dois magníficos votos, data venia converteria seguramente o Supremo Tribunal numa câmara revisora de toda a elaboração legislativa pelo Congresso Nacional. Com efeito, será rara a proposição que divida politicamente Congresso onde não haja, criada pela notável imaginação criadora dos grandes parlamentares, uma polêmica regimental que viria a ter a esta Casa. Não creio vá a este ponto o judiciarismo da nossa Constituição, ainda que não me proponha a estabelecer, com pretensões de rigor acadêmico (em relação às quais, ando cada vez mais cético), um critério a priori, uma base dogmática inequívoca para dimensionar essa contenção do Poder Judiciário. Creio, na verdade - e já dissera no precedente a que me referi - que a jurisprudência restritiva da apreciação judiciária dos pormenores do processo legislativo decorre menos de textos expressos do que de uma experiência internacional de concretização do princípio de independência e da harmonia dos Poderes”, para enfatizar que “tudo o que, no processo legislativo - que, em princípio, tem no Regimento a sede própria de regulação - a Constituição avocou para si, da alçada regimental, para tratar diretamente, é matéria que não se pode, por definição, reputar interna corporis, porque sendo a norma constitucional, a sua afronta afeta a própria validade da deliberação parlamentar”.

Os Ministros Carlos Velloso e Octávio Gallotti, apesar de não conhecerem do mandado de segurança, por entenderem que o objeto do mesmo seria tão-somente normas regimentais da Câmara dos Deputados, igualmente abonam a presente posição jurisprudencial, conforme verifica-se pela afirmação do Ministro Carlos Venoso de que “como a questão em tais termos diz respeito à interpretação do regimento interno, tem-se, no caso, matéria indiscutivelmente interna corporis, imune à crítica judiciária, dado que não há alegação no sentido de que o ato interna corporis estaria a violar direito subjetivo”.

A mesma afirmação foi corroborada pelo Ministro Octávio Gallotti, no sentido de que “não se acha em jogo essa questão, que seria, ela sim, constitucional, por não estar em causa, como visto, a reiteração de emenda rejeitada, mas, simplesmente, a controvérsia regimental em torno da sucessão de etapas, no processo legislativo. Esse é, não só o conteúdo da petição inicial, mas também, segundo penso, o verdadeiro leito da controvérsia, que está inteiramente situada, formal e substancialmente, na interpretação e na aplicação do Regimento da Câmara dos Deputados. Assim, e com a devida vênia do eminente Relator e dos colegas que propuseram o contrário, acompanho a conclusão do voto do eminente Ministro Carlos Velloso, não conhecendo da impetração, por nenhum dos fundamentos”.

B. Posição minoritária STF: controle jurisdicional em relação às normas constitucionais e regimentais de processo legislativo

O Ministro Marco Aurélio, relator originário do referido mandado de segurança, defendeu com brilhantismo a necessidade de respeito parlamentar ao devido processo legislativo e, conseqüentemente, à possibilidade de controle jurisdicional em relação às formas regimentais e suas interpretações, afirmando que “os participantes dos trabalhos legislativos, porque representantes do povo, quer de segmentos majoritários, quer de minoritários, têm o direito público subjetivo de ver respeitadas na tramitação de projetos, proposições, as regras normativas em vigor, tenham estas, ou não, estatura constitucional”, para a seguir concluir

que "afirma-se que Deputados não estão legitimados a agir em Juízo com o fim de preservar o cumprimento do processo legislativo tal como concebido - especialmente quando em questão normas instrumentais maiores e diria mesmo princípios constitucionais de envergadura ímpar - é caminhar-se para o regime totalitário, olvidando-se que a democracia pressupõe não só participação plúrima, com o que se busca o equilíbrio, como também a preservação da atividade parlamentar das minorias".

Essa linha de raciocínio foi seguida pelo Ministro Ilmar Galvão, tendo concluído que "a alegação de violência ao exercício de direito subjetivo seu, por inobservância de normas regimentais da Câmara dos Deputados, e tendo em vista, ainda, possuir essa alegação uma conotação clara de ordem constitucional, considero estar diante de razão suficiente para apreciar o mérito do pedido".

Igualmente, na defesa do devido processo legal, expôs o Ministro Celso de Mello ser preciso "ênfatizar que o Judiciário, ao efetuar o controle da regularidade do processo de elaboração legislativa, não transgredir o postulado da separação de poderes, pois, longe de interferir na intimidade orgânica da instituição parlamentar, desempenha o relevantíssimo encargo - delegado à magistratura judicial pelo próprio legislador constituinte - de preservar valores jurídicos e princípios fundamentais proclamados pela Lei Fundamental do Estado. A imperiosa necessidade de fazer prevalecer a supremacia da Constituição, a que se acha necessariamente subordinada a vontade de todos os órgãos do Estado que se revelam depositários das funções político-jurídicas definidas pela teoria da separação de poderes, e a inafastável obrigação de tornar efetivas as cláusulas regimentais que disponham, em caráter mandatório e vinculante, sobre o modo de elaboração legislativa legitimam, plenamente, a atuação do Poder Judiciário no processo de formação dos atos normativos, em ordem a permitir, no plano da judicial review, a exata aferição do fiel cumprimento, pelo Poder Legislativo, das diretrizes, dos princípios e das regras inscritas tanto na Lei Fundamental da República quanto no regimento interno, que condicionam - considerada a indisponibilidade de determinadas normas regimentais de caráter procedimental - a própria validade e eficácia das resoluções tomadas pelas Casas legislativas".

Continuando sua lição, o Ministro afirmou que "é preciso insistir na observação de que se reconhece, aos próprios membros do Congresso Nacional, como líquido e certo, o direito público subjetivo à correta observância da disciplina normativa regedora da formação das espécies legislativas. O legislador, fundado na sua condição de co-partícipe do procedimento de elaboração das normas estatais, dispõe da prerrogativa de impugnar em juízo o eventual descumprimento, pela instituição parlamentar, das cláusulas regimentais ou constitucionais que lhe condicionam a atividade jurídica (RDA 193/268, Rel. Min. Celso de Mello) ... a observância das normas constitucionais e regimentais - especialmente quando esse desrespeito ofende o direito dos legisladores ao devido processo - condiciona a própria validade jurídica dos atos normativos editados pelo Poder Legislativo".

Tendo concluído de forma enfática em defesa do devido processo legislativo que "se o próprio Parlamento desrespeita o processo de formação das leis, negando a alguns de seus membros o direito essencial de discutir as proposições segundo uma ordem previamente estabelecida, não se faz, ele próprio, depositário fiel da grave missão institucional que lhe foi confiada, pois uma lei ou emenda constitucional oriunda de processo viciado não pode qualificar-se, por imprestável e inválida que é, como um ato estatal, digno do acatamento e da reverência da coletividade a que se destina".

9.2 Controle concentrado ou via de ação direta

A Constituição austríaca de 1.º-10-1920 consagrou, no dizer de Eisenmann, como forma de garantia suprema da Constituição, pela primeira vez, a existência de um tribunal - Tribunal Constitucional - com exclusividade para o exercício do controle judicial de constitucionalidade, em oposição ao consagrado judicial review norte-americano, distribuído por todos os juizes e tribunais⁶¹¹.

Hans Kelsen, criador do controle concentrado de constitucionalidade, justificou a escolha de um único órgão para exercer o controle de constitucionalidade salientando que "se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico", para, posteriormente, concluir que "se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira - quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito".

Nessa mesma época, na Alemanha, apesar de a Constituição de Weimar não prever regras sobre controle de constitucionalidade das leis imperiais, desde abril de 1921, o Tribunal do Estado passou a consagrar a revisão jurisdicional das leis federais, iniciando-se o que a doutrina alemã considera como o embrião do controle jurisdicional de constitucionalidade⁶¹².

O controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade surgiu no Brasil por meio da Emenda Constitucional n.º 16, de 6-12-1965, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, apresentada pelo procurador-geral da República, apesar da existência da representação interventiva desde a Constituição de 1934.

Esse controle é exercido nos moldes preconizados por Hans Kelsen para o Tribunal Constitucional austríaco e adotados, posteriormente, pelo Tribunal Constitucional alemão, espanhol, italiano e português, competindo ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.

⁶¹¹ Francisco Fernandez Segado salienta que "o período que transcorre entre outubro de 1918, momento em que cai o Império austro-húngaro, e outubro de 1920, em que ocorre a promulgação da Constituição Federal da República Austríaca, marca os momentos chaves da gestação do modelo austríaco de controle autônomo de constitucionalidade das leis" (Evolución histórica y modelos de control constitucional. La jurisdicción constitucional em Iberoamerica. Madri: Dykinson, 1997. p. 73).

⁶¹² Conferir os argumentos favoráveis e contrários ao controle jurisdicional das normas constitucionais, em especial o antagonismo do austríaco Hans Kelsen, para quem deveria haver um controle jurisdicional, e do alemão Carl Schmitt, para quem o controle deveria ficar a cargo do Presidente do Reich, in MORAES, Alexandre de. Jurisdição constitucional... Op. cit. p. 116 ss.

A declaração da inconstitucionalidade, portanto, é o objeto principal da ação, da mesma forma que ocorre nas Cortes Constitucionais europeias, diferentemente do ocorrido no controle difuso, característica básica do judicial review do sistema norte-americano.

São várias as espécies de controle concentrado contempladas pela Constituição Federal:⁶¹³

- a. ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, a);
- b. ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III);
- c. ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2.º);
- d. ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a, in fine; EC n.º 03/93).

10 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE GENÉRICA

10.1 Competência

Compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

O autor da ação pede ao STF que examine a lei ou ato normativo federal ou estadual em tese (não existe caso concreto a ser solucionado). Visa-se, pois, obter a invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.

A declaração da inconstitucionalidade, portanto, é o objeto principal da ação, diferentemente do ocorrido no controle difuso.

10.2 Objeto

Haverá cabimento da ação direta de inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital, no exercício de competência equivalente à dos Estados-membros (cf. item 10.2.5), editados posteriormente à promulgação da Constituição Federal (cf. item 10.2.6) e, que ainda estejam em vigor.

O Supremo Tribunal Federal não admite ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo já revogado ou cuja eficácia já tenha se exaurido⁶¹⁴ (por exemplo: medida provisória não convertida em lei) entendendo ainda, a prejudicialidade da ação, por perda do objeto, na hipótese da lei ou ato normativo impugnados virem a ser revogados antes do julgamento final da mesma, pois, conforme entende o Pretório Excelso, a declaração em tese de ato normativo que não mais existe, transformaria a ação direta em instrumento processual de proteção de situações jurídicas pessoais e concreta⁶¹⁵.

10.2.1 Conceito de leis e atos normativos

O objeto das ações diretas de inconstitucionalidade genérica, além das espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição Federal, engloba a possibilidade de controle de todos os

⁶¹³ A Lei n.º 9.868, de 10-11-1999, dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

⁶¹⁴ STF - Pleno - Adin n.º 612/RJ - questão de ordem - Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 6 maio 1994, p. 14.484. No mesmo sentido afirmou o STF que "as Leis de Diretrizes Orçamentárias caracterizam-se pelas suas vigências temporárias, uma vez que referem-se ao exercício financeiro subsequente. Portanto, não poderá ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade se já houver ocorrido o pleno exaurimento de sua eficácia jurídico-normativa" (Rel. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 29 set. 1997, p. 48.076).

⁶¹⁵ STF - Pleno - Adin n.º 649-5/RN - medida cautelar - Rel. Min. Paulo Brossard, Diário da Justiça, Seção I, 23 set. 1994, p. 25.313; STF - Pleno - Adin n.º 870/DF - questão de ordem - Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 20 ago. 1993, p. 16.318; STF - Pleno - Adin n.º 737/DF - Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 22 out. 1993, p. 22.252. Portanto, não prevalece mais posição anterior do STF, sob a égide da Constituição anterior, pela qual "a revogação de lei ou ato normativo objeto de representação não prejudica a ação direta de inconstitucionalidade, se deles decorreram efeitos" (Representação n.º 1.370/GO - Rel. Min. Célio Borja, decisão: 25 jun. 1987 e STF - Pleno - Representação n.º 11.615/GO - Rel. Min. Néri da Silveira - decisão: 16 mar. 1984).

atos revestidos de indiscutível conteúdo normativo. Assim, quando a circunstância evidenciar que o ato encerra um dever-ser e veicula, em seu conteúdo, enquanto manifestação subordinante de vontade, uma prescrição destinada a ser cumprida pelos órgãos destinatários, deverá ser considerado, para efeito de controle de constitucionalidade, como ato normativo.

Desta forma, absolutamente possível ao Supremo Tribunal Federal analisar a constitucionalidade ou não de uma emenda constitucional, de forma a verificar se o legislador-reformador respeitou os parâmetros fixados no art. 60 da Constituição Federal para alteração constitucional.

Consideram-se atos normativos, por exemplo, a resolução administrativa dos Tribunais de Justiça, bem como deliberações administrativas de outros órgãos do Poder Judiciário, inclusive dos Tribunais Regionais do Trabalho, salvo as convenções coletivas de trabalho.

Ainda no conceito de atos normativos, encontram-se os atos estatais de conteúdo meramente derogatório, como as resoluções administrativas, desde que incidam sobre atos de caráter normativo, revelando-se, pois, objeto idôneo para a instauração do controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal⁶¹⁶. O Supremo Federal reconheceu o caráter normativo em resolução do Conselho Internacional de Preços.

Ressalte-se, porém, que atos estatais de efeitos concretos não se submetem, em sede de controle concentrado, à jurisdição constitucional abstrata, por ausência de densidade normativa no conteúdo de seu preceito.

Dessa forma, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, "a ação direta de inconstitucionalidade não constitui sucedâneo da ação popular constitucional, destinada, esta sim, a preservar, em função de seu amplo espectro de atuação jurídico-processual, a intangibilidade do patrimônio público e a integridade da moralidade administrativa (CF, art. 5.º, LXXIII). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem ressaltado que atos estatais de efeitos concretos não se expõem, em sede de ação direta, à jurisdição constitucional abstrata da Corte".

Ressalte-se, ainda, que a lei que veicular matéria estranha ao enunciado constante de sua ementa, por só esse motivo, não ofende qualquer postulado constitucional, não vulnerando tampouco as regras de processo legislativo constitucional, pelo que excluída da possibilidade de declaração de inconstitucionalidade.

A Súmula, porque não apresenta as características de ato normativo, também está excluída da jurisdição constitucional concentrada.

Igualmente, não existe possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade de respostas do Tribunal Superior Eleitoral às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político, nos termos do art. 23, XII, do Código Eleitoral, pois "trata-se de ato sem qualquer eficácia vinculativa aos demais órgãos do Poder Judiciário"⁶¹⁷.

⁶¹⁶ STF - Pleno - Adin n.º 769/MA - medida liminar Rel. Min. Celso de Mello; RTJ 154/432. Nesse mesmo sentido, entendeu o Pretório Excelso que "só se consideram objeto idôneo de controle abstrato de constitucionalidade os atos normativos dotados de generalidade, o que exclui os que, malgrado sua forma de lei, veiculam atos de efeito concreto, como sucede com as normas individuais de autorização que conformam originalmente o orçamento da despesa ou viabilizam sua alteração no curso do exercício" (STF - Pleno - Adin n.º 1.716/DF - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - Informativo STF n.º 104 - p. 2).

⁶¹⁷ Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao afirmar que "Não se conhece de ação direta ajuizada contra resposta do TSE à consulta prevista no art. 23, inciso XII, do Código Eleitoral por tratar-se de ato de caráter administrativo, sem eficácia vinculativa,

Em relação às medidas provisórias, não há dúvidas da absoluta possibilidade da incidência do controle abstrato de constitucionalidade, como já anteriormente analisado.

10.2.2 Impossibilidade do controle de constitucionalidade das normas originárias

As cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias inferiores em face de normas ou princípios constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado reformador, não englobando a própria produção originária⁶¹⁸.

O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar a incondicional superioridade normativa da Constituição Federal, portanto, não adota a teoria alemã das normas constitucionais inconstitucionais (*verfassungswidrige Verfassungsnormen*), que possibilita a declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais positivadas por incompatíveis com os princípios constitucionais não escritos e os postulados da justiça (*Grundentscheidungen*).

Assim, não haverá possibilidade de declaração de normas constitucionais originárias como inconstitucionais.

10.2.3 Controle concentrado de lei ou ato normativo municipal ou estadual em face das constituições estaduais

Em relação às leis ou atos normativos municipais ou estaduais contrários às Constituições Estaduais, compete ao Tribunal de Justiça local processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade.

Ressalte-se que esta previsão é da própria Constituição Federal, ao dispor no art. 125, § 2.º, que os Estados organizarão sua Justiça cabendo-lhes 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.

Note-se que, se a lei ou ato normativo municipal, além de contrariar dispositivos da Constituição Federal, contrariar, da mesma forma, previsões expressas do texto da Constituição Estadual, mesmo que de repetição obrigatória e redação idêntica, teremos a aplicação do citado art. 125, § 2.º, da CF, ou seja, competência do Tribunal de Justiça do respectivo Estado-membro.

Por fim, observe-se que quando tramitam simultânea e paralelamente duas ações diretas de inconstitucionalidade, uma perante o Tribunal de Justiça local e outra em curso no Supremo Tribunal Federal, contra a mesma lei estadual impugnada em face de princípios constitucionais estaduais que são reprodução de princípios da Constituição Federal, suspende-se o curso da ação direta proposta perante o Tribunal estadual até o julgamento final da ação ajuizada perante a Suprema Corte.

10.2.4 Controle concentrado de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal

insusceptível de controle abstrato de constitucionalidade. Com esse fundamento, o Tribunal não conheceu em parte de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada por diversos partidos políticos - PDT, PE, PC do B e PL - no ponto em que impugnou as Resoluções n.ºs 19.952, 19.953, 19.954, 19.955, todas de 1997, do TSE, que responderam a consulta sobre a necessidade de desincompatibilização do Presidente da República, Governadores e Prefeitos, candidatos à reeleição. ADInMC 1.805-DF, Rel. Min. Néri da Silveira, 26-3-98" Informativo STF n.º 104, capa).

⁶¹⁸ STF - Pleno - Adin n.º 815-3, Rel. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 10 maio 1996, p. 15.131, onde se salienta que: "a tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida".

A Constituição Federal, nas previsões dos arts. 102, I, a, e art. 125, § 2.º, somente deixa em aberto uma possibilidade, relacionada à competência para processar e julgar as diretas de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos municipais contrários, diretamente, à Constituição Federal.

Nestas hipóteses, será inadmissível ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal ou perante o Tribunal de Justiça local⁶¹⁹, inexistindo, portanto, controle concentrado de constitucionalidade, pois o único controle de constitucionalidade de lei e de ato normativo municipal em face da Constituição Federal que se admite é o difuso, exercido incidenter tantum, por todos os órgãos do Poder Judiciário, quando do julgamento de cada caso concreto.

O Supremo Tribunal Federal entende não ser possível nessa hipótese o controle concentrado pelo Tribunal de Justiça, pois tendo as decisões efeitos erga omnes, no âmbito estadual, a elas estaria vinculado o próprio Supremo Tribunal Federal, que deixaria de exercer sua missão constitucional de guardião da Constituição.

10.2.5 Controle concentrado de lei ou ato normativo distrital em face da Constituição Federal

Em relação ao Distrito Federal, a Constituição Federal não foi explícita na previsão do controle de constitucionalidade concentrado de suas leis ou atos normativos. Porém, em virtude do art. 32 da Carta, o Distrito Federal possui as competências administrativas e legislativas cumuladas dos Estados e dos Municípios⁶²⁰.

Nesta esteira, o Supremo Tribunal Federal entendeu possível, e de sua própria competência, a ação direta de inconstitucionalidade em face de lei ou ato normativo do Distrito Federal, desde que no exercício de competência estadual, que afronta a Constituição Federal.

Na hipótese, porém, de lei ou ato normativo distrital, no exercício de competência municipal, será inadmissível o controle concentrado, pois equivaleria à arguição de uma lei municipal em face da Constituição Federal, o que já verificamos ser impossível.

10.2.6 Controle concentrado de lei ou ato normativo anterior à Constituição Federal

Importante, ainda, ressaltar que só há possibilidade de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo editado posteriormente à constituição.

A compatibilidade dos atos normativos e das leis anteriores com a nova constituição será resolvida pelo fenômeno da recepção, uma vez que a ação direta de inconstitucionalidade não é instrumento juridicamente idôneo ao exame da constitucionalidade de atos normativos do Poder Público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da constituição atual.

Como ensinado por Paulo Brossard, "é por esta singelíssima razão que as leis anteriores à Constituição não podem ser inconstitucionais em relação a ela, que veio a ter existência mais tarde. Se entre ambas houver inconciliabilidade, ocorrerá revogação, dado que a lei posterior revoga a lei anterior com ela incompatível, e a lei constitucional, como lei que é, revoga as leis anteriores que se lhe oponham".

⁶¹⁹ STF - Pleno - Adin n.º 347-0/SP, Rel. Min. Paulo Brossard. Inclusive tendo sido suspensa a eficácia do inciso XI do art. 74 da Constituição do Estado de São Paulo, que atribui competência do Tribunal de Justiça para a representação da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal. Da mesma forma foram suspensas todas as previsões semelhantes nas diversas Constituições estaduais.

⁶²⁰ Excetuando-se o art. 22, XVII, da CF.

A possibilidade de fiscalização da constitucionalidade de forma concentrada pelo Supremo Tribunal Federal exige uma relação de contemporaneidade entre a edição da lei ou do ato normativo e a vigência da constituição. A ausência dessa relação permitirá tão-somente a análise em cada caso concreto da compatibilidade ou não da norma editada antes da constituição com seu texto.

10.2.7 Controle concentrado e respeito à legalidade

A ação direta de inconstitucionalidade não é instrumento hábil para controlar a compatibilidade de atos normativos infralegais em relação à lei a que se referem, pois as chamadas crises de legalidade, como acentua o Supremo Tribunal Federal, caracterizadas pela inobservância do dever jurídico de subordinação normativa à lei, escapam do objeto previsto pela Constituição Federal.

10.2.8 Tratados internacionais e controle de constitucionalidade

Os atos e tratados internacionais para serem incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro necessitam de referendo do Congresso Nacional (CF, art. 49, I), via decreto legislativo e posterior edição de Decreto Presidencial, promulgando e publicando o ato/tratado, dando-lhe exequibilidade, conforme já analisado no capítulo destinado ao processo legislativo.

Devidamente incorporado, esse ato normativo caracteriza-se como infraconstitucional para efeitos de controle de constitucionalidade, conforme já analisado no Capítulo 11 (item 4.5.3 - Decreto legislativo e tratados e atos internacionais).

Assim, os compromissos assumidos pelo Brasil em virtude de atos, tratados, pactos ou acordos internacionais de que seja parte, devidamente ratificados pelo Congresso Nacional e promulgados e publicados pelo Presidente da República, apesar de ingressarem no ordenamento jurídico constitucional (CF, art. 5.º, § 2.º), não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração de sua constituição, devendo pois, sempre serem interpretados com as limitações impostas constitucionalmente. Como anotam Canotilho e Moreira, analisando o art. 8.º da Constituição da República Portuguesa que traz regra semelhante, "as normas de direito internacional público vigoram na ordem interna com a mesma relevância das normas de direito interno, desde logo quanto à subordinação à Constituição - sendo, pois, inconstitucionais se infringirem as normas da constituição ou os seus princípios".

Conclui-se, portanto, pela supremacia das normas constitucionais em relação aos tratados e atos internacionais, mesmo que devidamente ratificados pelo Congresso Nacional (CF, art. 49, I) e promulgados e publicados pelo Presidente da República (CF, art. 84, VIII)⁶²¹, e, conseqüentemente, plena possibilidade de incidência do controle de constitucionalidade.

Podemos, portanto apontar algumas características relacionadas ao controle de constitucionalidade dos atos ou tratados internacionais devidamente incorporados no ordenamento jurídico nacional:

⁶²¹ Em relação à eventual incompatibilidade entre a Convenção de Varsóvia (art. 22) e a Constituição Federal (art. 5.º, inciso II e § 2.º), o Supremo Tribunal Federal decidiu que "os tratados subscritos pelo Brasil não se superpõem à Constituição Federal" (STF - Agravo de Instrumento 196.379-9/RJ - Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 14 ago. 1997, p. 36.790, inclusive citando precedente da Corte - RE n.º 172.720).

- os tratados e convenções internacionais ao serem incorporados formalmente ao ordenamento jurídico nacional qualificam-se como atos normativos infraconstitucionais⁶²². Ocorrendo a incorporação dos atos e tratados internacionais pelo direito interno, essas normas situam-se no mesmo plano de validade e eficácia das normas ordinárias;
- não existe hierarquia entre as normas ordinárias de direito interno e as decorrentes de atos ou tratados internacionais. A ocorrência de eventual conflito entre essas normas será resolvida ou pela aplicação do critério cronológico, devendo a norma posterior revogar a anterior ou pelo princípio da especialidade;
- Esses atos normativos são passíveis de controle difuso e concentrado de constitucionalidade, pois apesar de originários de instrumento internacional não guardam nenhuma validade no ordenamento jurídico interno se afrontarem qualquer preceito da Constituição Federal.

10.2.9 Controle de constitucionalidade e decretos

O Supremo Tribunal Federal, excepcionalmente, tem admitido ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto seja decreto, quando este, no todo ou em parte, manifestamente não regulamenta lei, apresentando-se, assim, como decreto autônomo. Nessa hipótese, haverá possibilidade de análise de compatibilidade diretamente com a Constituição Federal para verificar-se a observância do princípio da reserva legal.

Assim, em relação aos decretos presidenciais (CF, art. 84, IV), o Supremo Tribunal Federal, após consagrar o entendimento de que existem para assegurar a fiel execução das leis, entende possível o controle concentrado de constitucionalidade dos denominados decretos autônomos⁶²³, afirmando que "não havendo lei anterior que possa ser regulamentada, qualquer disposição sobre o assunto tende a ser adotada em lei formal. O decreto seria nulo, não por ilegalidade, mas por inconstitucionalidade, já que supriu a lei onde a Constituição exige".

Nos demais casos, a questão situa-se somente no âmbito legal, não possibilitando o conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade.

Assim, decreto executivo que, editado para regulamentar a lei, venha a divergir de seu sentido ou conteúdo, extravasando a previsão do art. 84, IV, da Constituição Federal (insubordinação executiva), não poderá ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, mesmo que essa violação, reflexa e indiretamente, atinja o texto constitucional, pois o regulamento contrário à lei é ilegal.

Da mesma forma, em todas as hipóteses em que a edição de atos normativos secundários, em função das leis que pretendem regulamentar, apresentarem vícios jurídicos, por

⁶²² "Em complementação à notícia do julgamento da medida cautelar nas ações diretas ajuizadas contra o decreto legislativo que aprovou e o decreto executivo que promulgou Convenção 158 da OIT (sessão plenária de 25-9-96, v Informativo n.º 46), informamos que, antes da suspensão motivada pelo pedido de vista do Min. Moreira Alves, no julgamento da Convenção 158 da OIT o Supremo Tribunal Federal afirmou, "por unanimidade, a propósito de objeções levantadas ao cabimento da ADIn pelo Presidente da República nas informações elaboradas pela Advocacia-geral da União, a possibilidade jurídica do controle de constitucionalidade, pelos métodos concentrado e difuso, das normas de direito internacional, desde que já incorporadas definitivamente ao plano do direito positivo interno, explicitando também por votação unânime, que esse entendimento decorre da absoluta supremacia da CF sobre todo e qualquer ato de direito internacional público celebrado pelo Estado brasileiro. Precedentes citados: Rp 803-DF (RTJ 84/724); RE 109173-SP (RTJ 121/270)". Publicado no Informativo STF, Brasília, 7 a 11 out. 1996 - n.º 48, p. 1.

⁶²³ A decisão do Supremo Tribunal Federal refere-se ao Decreto n.º 1.719/95 (Concessão ou permissão para exploração dos serviços de telecomunicações).

desrespeito à subordinação normativa à lei, não caberá ação direta de inconstitucionalidade, devendo o problema ser solucionado pela supremacia da aplicação da lei.

10.3 Legitimação

A Constituição de 1988, alterando uma tradição em nosso direito constitucional, que a reservava somente ao Procurador-Geral da República, ampliou a legitimidade para propositura da ação direta de inconstitucionalidade, transformando-a em legitimação concorrente.

Dessa forma, são legitimados: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal⁶²⁴, o Governador do Estado ou do Distrito Federal⁶²⁵, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Observe-se que a legitimidade ativa para propositura da ação direta engloba a legitimidade recursal.

10.3.1 Adin e pertinência temática

Para alguns dos legitimados do art. 103 da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal exige a presença da chamada pertinência temática, definida como o requisito objetivo da relação de pertinência entre a defesa do interesse específico do legitimado e o objeto da própria ação.

Assim, enquanto se presume de forma absoluta a pertinência temática para o Presidente da República, Mesa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, Procurador-Geral da República, Partido Político com representação no Congresso Nacional e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em face de suas próprias atribuições institucionais, no que se denomina legitimação ativa universal; exige-se a prova da pertinência por parte da Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, do Governador do Estado ou do Distrito Federal das confederações sindicais ou entidades de âmbito nacional.

10.3.2 Adin e entidades de classe ou confederações sindicais

Em relação às confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional importante ressaltar que sua amplitude global deve ser verificada para análise de sua legitimidade, bem como tratar-se de entidade na defesa de uma categoria profissional, cujo conteúdo seja "imediatamente dirigido à idéia de profissão, - entendendo-se classe no sentido não de simples segmento social, de classe social, mas de categoria profissional"⁶²⁶.

Não se reconhece a legitimidade para propositura de ações diretas de inconstitucionalidade às entidades sindicais de composição heterogênea, em cujo âmbito podem congregarem-se tanto entes civis quanto, até mesmo, pessoas jurídicas de direito público.

⁶²⁴ Interpretação dos art. 103, com 32, § 1.º, da CF. Nesse sentido: STF - Pleno - Adin n.º 645-2, Rel. Min. Ilmar Galvão, Diário da Justiça, Seção I, 21 fev. 1992, p. 1.693. O entendimento do STF foi consagrado pelo art. 2.º, IV, da Lei n.º 9.868/99.

⁶²⁵ Interpretação dos art. 103, com 32, § 1.º, da CF. Nesse sentido: STF - Pleno - Adin n.º 655, Rel. Min. Octávio Gallotti, Diário da Justiça, Seção I, 24 abr. 1992, p. 5.376. O entendimento do STF foi consagrado pelo art. 2.º, V, da Lei n.º 9.868/99.

⁶²⁶ STF - Adin n.º 89-3-DF; Rel. Min. Néri da Silveira, onde se nega legitimidade à União Nacional dos Estudantes (UNE), por não representar um classe profissional, mas sim uma "classe estudantil", não se tratando do exercício de uma profissão, no sentido do art. 5.º, XIII, da Lei Fundamental de 1988.

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal tem salientado, reiteradamente, a ausência de legitimação ativa para o processo de controle abstrato de constitucionalidade, das entidades de classe de âmbito nacional, compostas de pessoas jurídicas (verdadeiras associações de associações).

Assim, pessoas jurídicas, ainda que coletivamente representativas de categorias profissionais ou econômicas, não formam classe alguma, inexistindo legitimidade constitucional para propositura de ação direta de inconstitucionalidade.

10.3.3 Partidos políticos com representação no Congresso Nacional

O constituinte de 1988 ao possibilitar aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional a legitimação ativa universal para a propositura das ações diretas de inconstitucionalidade, rejeitou, conforme salienta Gilmar Mendes Ferreira, modelo usualmente adotado no Direito Constitucional de outros países, que outorga legitimidade para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade a determinado número de parlamentares.

Assim, a exigência de partido com representação no Congresso Nacional é satisfeita com a representação singular, ou seja, a existência de um parlamentar, em qualquer das Casas Legislativas, filiado a determinado partido político.

Observe-se que nem o diretório regional, nem a executiva regional estão autorizados à propositura de ação direta de inconstitucionalidade, pois não podem agir, nacionalmente, em nome do Partido Político. Como salienta o Pretório Excelso, "a Constituição Federal ao atribuir no art. 103, VIII, competência a Partido Político com representação no Congresso Nacional, referiu-se à sua representação nacional, uma vez que, o órgão regional não representa o partido político, senão nos limites de sua atuação estadual". Esta representação deverá ser realizada pelo Diretório Nacional ou pela Executiva do Partido, nos moldes de sua própria constituição interna.

Caso, porém, o partido político deixe de possuir representação congressional durante a tramitação da ação direta de inconstitucionalidade, haverá perda superveniente de legitimidade e conseqüente prejudicialidade de ação.

Ressalte-se, novamente, que os partidos políticos têm legitimação ativa universal para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, independentemente das restrições decorrentes da já estudada pertinência temática.

10.3.4 Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal

A Constituição Federal determina no § 4.º, do art. 57, que cada Casa legislativa se reunirá, a partir de 1.º de fevereiro, para a eleição das respectivas Mesas, para mandato de dois anos, vedada a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente.

A Mesa da Câmara dos Deputados é regulamentada pelo art. 14 do seu Regimento Interno, compondo-se de presidência e secretaria, sendo a primeira, do presidente e de dois vice-presidentes; e a segunda, de quatro secretários, eleitos pela maioria de seus membros. O inciso IV, do citado art. 14, diz que a Mesa, por iniciativa própria ou a requerimento de deputado ou comissão poderá propor ação direta de inconstitucionalidade.

A Mesa do Senado Federal é regulamentada pelo art. 46 de seu Regimento Interno, e compõe-se de presidente, dois vice-presidentes e quatro secretários, que serão eleitos em

escrutínio secreto e maioria de votos, presente a maioria da composição da Casa, assegurada, tanto quanto possível, a participação proporcional das representações partidárias ou dos blocos parlamentares com atuação no Senado⁶²⁷.

As Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados são órgãos distintos da Mesa do Congresso Nacional (CF, art. 57, § 5.º), que será presidida pelo Presidente do Senado Federal, e os demais cargos serão exercidos, alternadamente, pelos ocupantes de cargos equivalentes na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. Dessa forma, o Presidente do Congresso Nacional será o Presidente do Senado Federal, o 1.º Vice do Congresso será o 1.º Vice da Câmara dos Deputados, o 2.º Vice do Congresso Nacional será o 2.º Vice do Senado Federal, e assim sucessivamente.

A Mesa do Congresso Nacional não possui legitimidade para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade.

10.4 Finalidade da ação direta de inconstitucionalidade

A finalidade da ação direta de inconstitucionalidade é retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo incompatível com a ordem constitucional, constituindo-se, pois, uma finalidade de legislador negativo do Supremo Tribunal Federal, nunca de legislador positivo. Assim, não poderá a ação ultrapassar seus fins de exclusão, do ordenamento jurídico, dos atos incompatíveis com o texto da Constituição.

A ação direta de inconstitucionalidade, em virtude de sua natureza e finalidade especial, não é suscetível de desistência⁶²⁸.

Conforme aponta Gilmar Ferreira Mendes, a jurisprudência tedesca do Bundesverfassungsgericht direciona-se no mesmo sentido, "por militarem razões de ordem pública que estariam em perfeita compatibilidade com o caráter oficial do processo", e mais adiante indica que o Supremo Tribunal Federal inicialmente, admitia a desistência da ação proposta, tendo, porém, afastado esse entendimento e, desde 1970, seu regimento interno, expressamente, consagra a inadmissibilidade da desistência da ação.

Ressalte-se, ainda, que em face desse princípio da indisponibilidade, o autor da ação direta de inconstitucionalidade também está impedido de desistir do pedido de medida cautelar formulado.

10.5 Pedido de cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade

O art. 102, I, p, da Constituição Federal, prevê a possibilidade de solicitação de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade, necessitando, porém, de comprovação de perigo de lesão irreparável, uma vez tratar-se de exceção ao princípio segundo o qual os atos normativos são presumidamente constitucionais, pois, conforme ensinamento de Paulo Brossard, "segundo axioma incontroverso, a lei se presume constitucional. A lei se presume constitucional, porque elaborada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo poder Executivo, isto é, por dois dos três poderes, situados no mesmo plano que o Judiciário".

⁶²⁷ Art. 60, Regimento Interno do Senado Federal.

⁶²⁸ STF - Pleno - Adin n.º 164/DF - medida cautelar - Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 139/396. No mesmo sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal: "Ação Direta de Inconstitucionalidade. Pedido de desistência. Impossibilidade. Interesse público. Princípio da indisponibilidade. Postulação indeferida. Instaurado o processo de controle normativo abstrato perante o Supremo Tribunal Federal, não mais assiste ao autor qualquer poder de disposição sobre a ação direta de inconstitucionalidade. Em consequência, não lhe será lícito requerer a desistência da ação direta já ajuizada" (STF - Pleno - Adin n.º 1.971-6/SP - medida liminar - Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 2 ago. 1999). Esse entendimento foi consagrado pelo art. 5.º, da Lei n.º 9.868/99.

Como salienta Ives Gandra Martins, por "ser da natureza dessa medida garantir os efeitos definitivos da ação - visto que no processo cautelar garante a liminar a utilidade do provimento decorrente de prestação jurisdicional principal, ao contrário da liminar em mandado de segurança, que garante o próprio direito lesado ou ameaçado - tem o STF entendido desde a Representação 1.391/CE que os efeitos da liminar são ex nunc e não ex tunc... O que tem decidido a Suprema Corte, nas liminares concedidas contra o Poder Público no processo cautelar de ações diretas, é que a liminar suspende a eficácia e a vigência da norma, mas não desconstitui ainda as relações jurídicas constituídas e completadas. Em outras palavras, as relações jurídicas já constituídas, à luz de um direito tido por constitucional, não serão desconstituídas por força da medida liminar, mas apenas pela decisão definitiva ou pela discussão em sede de controle difuso".

Dessa maneira, a eficácia da liminar nas ações diretas de inconstitucionalidade, que suspende a vigência da lei ou do ato normativo argüido como inconstitucional, opera com efeitos ex nunc, ou seja, não retroativos, portanto, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal a defere, sendo incabível a realização de ato com base na norma suspensa⁶²⁹. Excepcionalmente, porém, desde que demonstrada a conveniência e declarando expressamente, o Supremo Tribunal Federal concede medidas liminares com efeitos retroativos (ex tunc). Esse entendimento pacificado no STF foi formalizado pela Lei n.º 9.868/99, que, no § 1.º de seu art. 11, estabelece que a medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeitos ex nunc, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

Dessa forma, a concessão da medida cautelar produzirá, em regra, efeitos não retroativos - pois ainda não houve declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, mas sim a suspensão de sua eficácia - e em relação a todos, por tratar-se de controle abstrato de constitucionalidade.

A Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, ao disciplinar o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade estabeleceu que, salvo no período de recesso, a medida cautelar será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, presentes na seção no mínimo 8 (oito) ministros, e após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias. Essa audiência poderá ser dispensada em caso de excepcional urgência.

A lei prevê, ainda, que o relator, julgando indispensável, ouvirá o Advogado-Geral da União e o procurador-geral da República, no prazo de 3 (três) dias.

No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida pelo Regimento do Supremo Tribunal Federal.

A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior, uma vez que suspensos os efeitos da lei ou ato normativo impugnado, suspende-se também a revogação que havia ocorrido. A Lei n.º 9.868/99, porém, autoriza que o Supremo Tribunal Federal decida a questão de forma diversa (art. 11, § 2.º).

⁶²⁹ Cf. "Deferida liminar pelo STF determinando a suspensão ex nunc da eficácia do § 2.º do art. 276 da Lei n.º 10.098/94, faz-se incabível a realização de ato pela Administração com base na norma suspensa" (STJ – 5.ª T. - RMS n.º 7.724-0/RS - Rel. Min. Edson Vidigal, Diário da Justiça, Seção I, 18 ago. 1997, Ementário STJ 19/146).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, após o transcurso de significativo lapso de tempo, demonstra a ausência do requisito do periculum in mora, necessário para a concessão de liminar.

Ressalte-se, por fim, a plena possibilidade de reiteração do pedido de concessão de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade, desde que ocorram fatos supervenientes que autorizem a suspensão da eficácia da lei ou do ato normativo impugnado.

10.6 Ação direta de inconstitucionalidade e prazo decadencial

O ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade não se sujeita à observância de qualquer prazo de natureza prescricional ou de caráter decadencial, pois os atos inconstitucionais jamais se convalidam pelo decurso do tempo.

10.7 Advogado-Geral da União

Compete ao Advogado-Geral da União, em ação direta de inconstitucionalidade, a defesa da norma legal ou ato normativo impugnado, independentemente de sua natureza federal ou estadual, pois atua como curador especial do princípio da presunção da constitucionalidade das leis e atos normativos, não lhe competindo opinar nem exercer a função fiscalizadora já atribuída ao Procurador-Geral da República, mas a função eminentemente defensiva.

Dessa forma, atuando como curador da norma infraconstitucional, o Advogado-Geral da União está impedido constitucionalmente de manifestar-se contrariamente a ela, sob pena de frontal descumprimento da função que lhe foi atribuída pela própria Constituição Federal, e que configura a única justificativa de sua atuação processual, neste caso⁶³⁰.

O STF prevê, excepcionalmente, a possibilidade do Advogado-Geral da União deixar de exercer sua função constitucional de curador especial do princípio da constitucionalidade das leis e atos normativos, quando houver precedente da Corte pela inconstitucionalidade da matéria impugnada⁶³¹.

10.8 Procedimento

A Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999 estabelece o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade genérica, devendo ser aplicada em adequação às normas Constitucionais⁶³². O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal deve ser aplicado subsidiariamente⁶³³.

A petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade, que permitirá aditamentos, desde que antes da requisição de informações ao órgão editor do ato impugnado, "deverá expor os fundamentos jurídicos do pedido com relação às normas impugnadas, não sendo admitida

⁶³⁰ STF - Adin n.º 1350-5, relator Celso de Mello, Diário da Justiça, 13 ago. 1996, p. 27.615; RTJ 131/958, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Conferir, ainda: STF – "A Constituição exige que o Advogado Geral da União, ou quem desempenha tais funções, faça a defesa do ato impugnado em ação direta de inconstitucionalidade. Inadmissibilidade de ataque à norma por quem está no exercício das funções previstas no § 3.º do art. 103" (STF - Pleno - Adin n.º 242-2/RJ - Rel. Min. Paulo Brossard - Diário da Justiça, Seção I, 23 mar. 2001, p. 84).

⁶³¹ Conferir: STF - "O munus a que se refere o imperativo constitucional (CF, art. 103, § 3.º) deve ser entendido com temperamentos. O Advogado-Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade" (STF - Pleno - Adin n.º 1.616-4/PE - Rel. Min. Maurício Corrêa, Diário da Justiça, Seção I, 24 ago. 2001, p. 41).

⁶³² O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, não conheceu da ação direta de inconstitucionalidade formal da Lei n.º 9.868/99 (STF - Pleno - Adin n.º 2.111-7/DF - medida liminar - Rel. Min. Sydney Sanches, Diário da Justiça, Seção I, 24 mar. 2000, p. 37).

⁶³³ Nos termos da nova Lei, o Supremo Tribunal Federal passou a publicar a partir de 26 de novembro de 1999, em destaque as "Decisões: Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade" e a pauta de julgamento dessas ações (Diário da Justiça, Seção I, 26 nov. 1999, p. 62).

alegação genérica sem demonstração compatível e razoável", nem tampouco ataque generalizado a diversas leis ou atos normativos com alegações por amostragem.

A petição inicial será apresentada em duas vias, devendo conter cópias da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovação da impugnação e indicará o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações. Além disso, deverá individualizar o pedido, com suas especificações.

A Lei n.º 9.868/99, seguindo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, exige instrumento de procuração quando a petição inicial for subscrita por advogado.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal "ao apreciar questão de ordem suscitada na ADI 2.187-BA, Rel. Min. Octávio Gallotti, determinou que todas as procurações ou delegações outorgadas pelos autores de ação direta (CF, art. 103), a seus Advogados e Procuradores, contenham poderes especiais para a instauração do pertinente processo de controle normativo abstrato perante esta Corte, com a indicação objetiva do diploma legislativo ou do ato normativo, e respectivos preceitos (quando for o caso), que devam expor-se, especificamente, à impugnação em sede de ação direta de inconstitucionalidade".

A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator, cabendo agravo ao plenário do Tribunal.

Assim, ajuizada a ação, o relator pedirá informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, seja do Executivo do Congresso Nacional ou da Assembléia Legislativa, ou ainda do Judiciário, se for o caso. As informações serão prestadas no prazo de 30 dias, contados do recebimento do pedido, podendo ser dispensadas, em caso de urgência, pelo relator ad referendum do Tribunal. Recebidas as informações, ou mesmo sem elas, o Advogado-Geral da União será, previamente, citado para defender o ato impugnado, sendo aberta vistas ao Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, sucessivamente, no prazo de 15 dias.

A Lei n.º 9.868/99 passou a permitir que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, possa, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Essa inovação passou a consagrar, no controle abstrato de constitucionalidade brasileiro, a figura do *amicus curiae*, ou "amigo da Corte", cuja função primordial é juntar aos autos parecer ou informações com o intuito de trazer à colação considerações importantes sobre a matéria de direito a ser discutida pelo Tribunal, bem como acerca dos reflexos de eventual decisão sobre a inconstitucionalidade da espécie normativa impugnada.

Em face do processo objetivo que rege o controle concentrado de constitucionalidade e, conseqüentemente, da existência de causa de pedir aberta, torna-se importante a possibilidade da opinião do *amicus curiae*, permitindo-se, pois, ao Tribunal o conhecimento pleno das posições jurídicas e dos reflexos diretos e indiretos relacionados ao objeto da ação⁶³⁴.

⁶³⁴ Conferir nesse sentido, decisão do STF, onde foi realçada a finalidade da norma: "a regra inscrita no art. 7.º, § 2.º, Lei n.º 9.868/99 - que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* - tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional" (STF - Pleno - Adin n.º 2.130-3/SC - medida cautelar - Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 2. fev. 2001). Ressalte-se que, por maioria de votos, decidiu o STF pela impossibilidade de sustentação oral do *amicus curiae* (Adin n.º 2.223, Informativo

Observe-se que a manifestação de *amicus curiae* tem a finalidade de auxiliar na instrução do processo, não sendo possível admiti-la quando já iniciado ou em curso o julgamento.

Observe-se, portanto, que a lei atenuou a absoluta inadmissibilidade de participação de terceiros no controle concentrado de constitucionalidade, desde que comprovado o interesse público, consubstanciado pela relevância da matéria (art. 7.º, § 2.º). Canotilho e Moreira, analisando idêntica hipótese, ensinam que a ação direta de inconstitucionalidade pode "envolver interesses públicos ou interesses privados dignos de consideração", concluindo que, no âmbito do Tribunal Constitucional português, "estabeleceu-se uma praxe judicial no sentido de admitir a junção de documentos por terceiros interessados".

Além disso, o relator ficou autorizado pela lei, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, a requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para que, em audiência pública, sejam ouvidos depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. A lei, ainda, autoriza o relator a solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais em relação à aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

Em qualquer das hipóteses, o prazo para manifestação será de 30 dias, a partir da solicitação do relator⁶³⁵.

O Supremo Tribunal Federal não vem admitindo litisconsórcio ativo ou passivo ou a intervenção assistencial de terceiro⁶³⁶ concretamente interessado, em face da natureza abstrata desta espécie de controle, incompatível com o acesso de terceiros interessados somente em defender seus direitos subjetivos. Como ressalta o Ministro Celso de Mello, em relação à intervenção de terceiro, "impõe-se registrar que existia, até mesmo, norma vedatória expressa (RiSTF, art. 169, § 2.º), prestigiada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, reiteradamente, tem proclamado o absoluto descabimento da intervenção de terceiros no processo objetivo de fiscalização abstrata de constitucionalidade" (RDA 155/155, Rel. Min. Soares Muñoz - RDA 157/266, Rel. Min. Néri da Silveira - Adin n.º 575 (AgRg), Rel. Min. Celso de Mello, v.g.). Ressalte-se, porém, que tal vedação, não deve ser aplicada, por óbvio, aos vários legitimados constitucionalmente.

Esse posicionamento, conforme analisado anteriormente, foi abrandado pela Lei n.º 9.868/99, pois, como adverte o Ministro Celso de Mello, "cabe ter presente a regra inovadora constante do art. 7.º, § 2.º, da Lei n.º 9.868/99, que em caráter excepcional, abrandou o sentido absoluto da vedação pertinente à intervenção assistencial, passando, agora, a permitir o ingresso de entidade dotada de representatividade adequada no processo de controle abstrato de constitucionalidade".

STF n.º 246). Entendemos, contrariamente ao decidido, que, desde que o relator defira a participação do *amicus curiae*, o Tribunal deve permitir sua participação plena, inclusive com a possibilidade de manifestação oral perante seus ministros.

⁶³⁵ STF - "Decisão: O Tribunal, por unanimidade, resolvendo questão de ordem proposta pelo Relator, indeferiu os pedidos da Advocacia-Geral da União, um no sentido de serem ouvidos os Estados-membros, e o outro no sentido de, na forma e com observância do art. 12 da Lei n.º 9.868/99, submeter as ações diretas ao julgamento definitivo do Tribunal, anulando-se o julgamento ora em andamento. Votou o Presidente, 11-10-2000" (STF - Pleno - Adin n.º 2.238-5/DF - questão de ordem - Rel. Min. Ilmar Galvão, Diário da Justiça n.º 204-E, Seção I, 23 out. 2000, p. 02).

⁶³⁶ RiSTF, art. 169, § 2.º. No mesmo sentido, o art. 7.º da Lei n.º 9.868/99.

Observe-se que o Procurador-Geral da República, por determinação expressa do § 1.º, do art. 103, da Constituição Federal, será ouvido em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

O Procurador-Geral da República, mesmo nas ações diretas de inconstitucionalidade por ele propostas, em virtude da independência funcional dos membros do Ministério Público (CF, art. 127, § 1.º), poderá ao final manifestar-se por sua improcedência, o que, certamente, não vinculará o Tribunal na apreciação da matéria. Ressalte-se, porém, conforme já analisado no item 10.4, que o Procurador-Geral da República não poderá desistir de ação direta de inconstitucionalidade já proposta.

O julgamento da ação direta de inconstitucionalidade será realizado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em respeito ao art. 97 da Constituição Federal, exigindo-se quorum mínimo de oito Ministros, para instalação da sessão⁶³⁷ que, entendendo tratar-se de lei ou ato normativo constitucional, fará essa declaração⁶³⁸ expressamente, julgando improcedente⁶³⁹ a ação direta de inconstitucionalidade; ficando, destarte, vedada a possibilidade de ação rescisória deste julgado.

Por outro lado, se a maioria absoluta dos membros do Tribunal julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal declarará a lei ou o ato normativo inconstitucional, e, conseqüentemente estará retirando-o do ordenamento jurídico, com os efeitos a seguir estudados.

Essa natureza dúplice da ação direta de inconstitucionalidade foi reafirmada pelo art. 23 da Lei n.º 9.868/99, ao prever que efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado, se num ou noutro sentido houver manifestação de no mínimo seis Ministros do Supremo Tribunal Federal (maioria absoluta).

Importantíssimo ressaltar que o Supremo Tribunal Federal fica condicionado ao pedido, porém não a causa de pedir, ou seja, analisará a constitucionalidade dos dispositivos legais apontados pelo autor, porém poderá declará-los inconstitucionais por fundamentação jurídica diferenciada, pois, tal como o Bundesverfassungsgericht, não está adstrito aos fundamentos invocados pelo autor, podendo declarar a inconstitucionalidade por fundamentos diversos dos expedidos na inicial.

Observe-se, ainda, que a Lei n.º 9.868/99 estabeleceu a possibilidade de um procedimento mais célere nas ações diretas de inconstitucionalidade, desde que haja pedido de medida cautelar.

Nessa hipótese, e entendendo o relator existir relevância da matéria e especial significado para a ordem social e segurança jurídica, poderá, após a prestação de informações no prazo de dez dias e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que optará entre somente julgar o pedido de medida cautelar, ou, julgar definitivamente a ação.

⁶³⁷ RiSTF, art. 143, parágrafo único; art. 22 da Lei n.º 9.868/99.

⁶³⁸ RiSTF, arts. 143 c.c. 173; art. 23 da Lei n.º 9.868/99.

⁶³⁹ RiSTF, art. 174; art. 26 da Lei n.º 9.868/99.

Essa ampla possibilidade de análise sobre a inconstitucionalidade ou não da lei ou ato normativo questionado torna impossível, conforme já salientado, qualquer que seja o resultado da ação - procedência ou improcedência - o ajuizamento de ação rescisória.

10.9 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade - controle concentrado

Declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá efeito retroativo (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*), desfazendo, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as conseqüências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos⁶⁴⁰ e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados (efeitos *ex tunc*). Assim, a declaração de inconstitucionalidade "decreta a total nulidade dos atos emanados do poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe - ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos - a possibilidade de invocação de qualquer direito".

Note-se que, no controle concentrado de inconstitucionalidade, a lei ou o ato normativo declarado inconstitucional saem do ordenamento jurídico imediatamente com a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, não havendo aplicação do art. 52, X, da Constituição Federal, que permanece somente para a utilização no controle difuso.

Como ressaltado pelo Ministro Moreira Alves, "entre nós, como se adota o sistema misto de controle judiciário de inconstitucionalidade, se esta for declarada, no caso concreto, pelo Supremo Tribunal Federal, sua eficácia se limita às partes da lide, podendo o Senado Federal apenas suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, da Constituição). Já, em se tratando de declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo por meio de ação direta de inconstitucionalidade, a eficácia dessa decisão é *erga omnes* e ocorre, refletindo-se sobre o passado, com o trânsito em julgado do aresto desta Corte".

Ressalte-se, ainda, que esta posição é antiga no Supremo Tribunal Federal, pois em 18-6-1977, seu então Presidente, Ministro Thompson Flores, determinou que as comunicações ao Senado Federal, para os fins do art. 42, VII, da Constituição de 1967/69 (atual art. 52, X, da CF/88), se restringissem somente às declarações de inconstitucionalidade proferidas *incidenter tantum*, via controle difuso de constitucionalidade.

A Lei n.º 9.868/99 inovou em relação a ação direta, permitindo ao Supremo Tribunal Federal a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Assim, o art. 27 prevê que "ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

⁶⁴⁰ Neste sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Gilmar Mendes Ferreira nos aponta que na Alemanha, a fórmula tradicional explicita que a lei "é inconstitucional e, por isso, nula" (*Das Gesetz ist verfassungswidrig und daher nichtig*). Vincula-se, dessarte, determinada situação - a inconstitucionalidade - à conseqüência jurídica - nulidade. Contra esta posição, Hans Kelsen, para quem os atos inconstitucionais são anuláveis *ex tunc* (*Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1986. p. 374) e Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 37).

Dessa forma, permitiu-se ao STF a manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, seja em relação à sua amplitude, seja em relação aos seus efeitos temporais, desde que presentes os dois requisitos constitucionais⁶⁴¹:

- requisito formal: decisão da maioria de dois terços dos membros do Tribunal;
- requisito material: presença de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Em relação à amplitude dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a regra geral consiste em que a decisão tenha efeitos erga omnes, decretando-se, conforme já analisado, a nulidade total de todos os atos emanados do Poder Público com base na lei ou ato normativo inconstitucional. Além disso, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma acarreta a repristinação da norma anterior que por ela havia sido revogada, uma vez que norma inconstitucional é norma nula, não subsistindo nenhum de seus efeitos.

Excepcionalmente, poderá o Supremo Tribunal Federal, presentes os requisitos já analisados, limitar esses efeitos, seja para afastar a nulidade de alguns atos praticados pelo Poder Público com base em norma declarada inconstitucional, seja para afastar a incidência dessa decisão em relação a algumas situações, seja, ainda, para eliminar, total ou parcialmente, os efeitos repristinatórios da decisão.

Em relação aos limites temporais da declaração de inconstitucionalidade temos a seguinte situação:

- REGRA: efeitos ex tunc, ou seja, retroativos;
- PRIMEIRA EXCEÇÃO: efeitos ex nunc, ou seja, não retroativos, à partir do trânsito em julgado da decisão em sede de ação direta de inconstitucionalidade, desde que fixados por 2/3 dos Ministros do STF⁶⁴²;
- SEGUNDA EXCEÇÃO: efeitos à partir de qualquer momento escolhido pelo Supremo Tribunal Federal, desde que fixados por 2/3 de seus Ministros. Essa hipótese de restrição temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade tem limites lógicos. Assim, se o STF entender pela aplicação dessa hipótese excepcional, deverá escolher como termo inicial da produção dos efeitos, qualquer momento entre a edição da norma e a publicação oficial da decisão. Dessa forma, não poderá o STF estipular como termo inicial para produção dos efeitos da decisão, data posterior à publicação da decisão no Diário Oficial, uma vez que a norma inconstitucional não mais pertence ao ordenamento jurídico, não podendo permanecer produzindo efeitos.

⁶⁴¹ Igual possibilidade existe no 282, item 4, da Constituição Portuguesa, que prevê "quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito". Canotilho e Vital Moreira ao comentarem o citado dispositivo, advertem que "ao permitir que o TC proceda à limitação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade, a Constituição permite-lhe manipular com certa amplitude os efeitos das sentenças, abrindo-lhe a possibilidade de exercer poderes tendencialmente normativos, embora vinculados aos pressupostos objectivos constitucionalmente fixados (segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo)" - (CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. Constituição... Op. cit. p. 1.042).

⁶⁴² Note-se que Allan Brewer-Cariás aponta a tendência contemporânea na América Latina de concessão de efeitos ex nunc ao controle concentrado de constitucionalidade, em face das inúmeras repercussões fáticas decorrentes de uma declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, afirmando que "o princípio geral em relação aos efeitos temporais das decisões adotadas em matéria de controle de constitucionalidade das leis, é que essas têm efeitos gerais, erga omnes, dado seu caráter anulatório, então somente tem efeitos constitutivos, ex nunc, pro futuro; é dizer, não tem efeitos retroativos". O autor aponta nesse sentido: Panamá, México, Colômbia, Guatemala, Bolívia, Venezuela, Peru e Equador (GARCIA BELAUNDE, Domingo, FERNANDEZ SEGADO, Francisco. La jurisdicción constitucional en Iberoamerica. Madrid: Dykinson, 1997. p. 156).

A Lei n.º 9.868/99 também previu, expressamente, que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm efeitos vinculantes em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Dessa forma, seguindo a orientação da EC n.º 03, de 17 de março de 1993, que instituiu efeitos vinculantes à ação declaratória de constitucionalidade, a nova lei previu o obrigatório respeito das decisões do STF, em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

Assim, uma vez proferida a decisão pelo STF, haverá uma vinculação obrigatória⁶⁴³ em relação a todos os órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário, que deverão pautar o exercício de suas funções na interpretação constitucional dada pela Corte Suprema, afastando-se, inclusive, a possibilidade de controle difuso por parte dos demais órgãos do Poder Judiciário.

Entendemos que os efeitos vinculantes aplicam-se inclusive ao legislador, que não poderá editar nova norma com preceitos idênticos aos declarados inconstitucionais, ou ainda, norma derogatória da decisão do Supremo Tribunal Federal; ou mesmo, estará impedido de editar normas que convalidem os atos nulos praticados com base na lei declarada inconstitucional.

A vinculação obrigatória ocorrerá nas quatro seguintes situações:

- procedência da ação: a norma foi declarada inconstitucional, com os efeitos já estudados acima;
- improcedência da ação: a norma foi declarada constitucional, permanecendo no ordenamento jurídico;
- interpretação conforme a Constituição: Conferir item 5.1, Capítulo 1;
- declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto: Conferir item 5.2, Capítulo 1.

Essa vinculação obrigatória decorre da própria racionalidade do sistema concentrado de constitucionalidade⁶⁴⁴, onde compete ao Supremo Tribunal Federal, por força da escolha política realizada pelo legislador constituinte originário, a guarda da Constituição Federal.

Assim, uma vez que interprete a norma constitucional abstratamente, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, a Corte Suprema define seu significado e alcance, que deverá ser respeitado por todos os demais órgãos estatais, sob pena de desrespeito à sua função constitucional⁶⁴⁵.

⁶⁴³ Igualmente, o art. 282 da Constituição portuguesa prevê que "a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional" (cf. a respeito: NADAI, Antonio, VITORINO, António, CANAS, Vitalino. Lei sobre organização, funcionamento e processo do tribunal constitucional. Lisboa: AAFDL, 1984; CANA, Vitalino. Introdução às decisões de provimento do tribunal constitucional: os seus efeitos em particular. Lisboa: Cognition, 1984).

⁶⁴⁴ Nesse sentido, Fernandez Segado aponta que "a racionalidade do sistema concentrado de controle de constitucionalidade implica que a decisão ditada pela Corte Constitucional, atuando como juiz constitucional, tenha efeitos gerais - erga omnes -, de tal modo que a norma tachada de inconstitucional seja anulada e não possa aplicar-se nem para resolução do caso concreto, nem a nenhum outro", concluindo, ao analisar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal Constitucional Espanhol, que "as condutas jurídicas realizadas pelos demais poderes devem estar em conformidade com a solução dada ao caso de inconstitucionalidade" (GARCIA BELAUNDE, Domingo, FERNANDEZ SEGADO, Francisco. La jurisdicción constitucional en Iberoamerica. Madri: Dykinson, 1997. p. 381 e 671).

⁶⁴⁵ O STF declarou a constitucionalidade do art. 28 da Lei n.º 9.868, que prevê os efeitos vinculantes das ações diretas de inconstitucionalidade (Reclamação - AgR - questão de ordem - n.º 1.880/SP - Rel. Min. Maurício Corrêa, decisão: 6-11-2002. Informativo STF, n.º 289).

Importante, nesse sentido, lembrar a lição de Thomas Cooley, ao defender a força obrigatória dos precedentes da Corte Suprema norte-americana em sede de jurisdição constitucional, quando afirma que "os diversos departamentos governamentais são iguais em dignidade e autoridade, que é coordenada, não podendo nenhum deles submeter à outra a sua jurisdição, nem privar de qualquer porção de seu poder constitucional. Mas o poder judiciário é a autoridade suprema na interpretação da Constituição e na interpretação das leis, e as suas interpretações devem ser aceitas e observadas pelos outros departamentos... Suas sentenças tornam-se leis do país nos pontos decididos por eles, e a desobediência ou desatenção que sofram, tanto de um simples particular como de um funcionário público, produzirá nova controvérsia que em última instância virá a ser decidida da mesma maneira pelo poder judiciário".

10.9.1 Reclamações e garantia da eficácia das decisões do STF em sede de ação direta de inconstitucionalidade

Tradicionalmente, para garantir a autoridade de suas decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal sempre admitiu a utilização de reclamação⁶⁴⁶ (CF, art. 102, I, I) desde que ajuizada por um dos co-legitimados para a propositura da própria ação direta de inconstitucionalidade e com o mesmo objeto⁶⁴⁷. Como acentua o Pretório Excelso, a necessidade de garantir-se a eficácia das decisões em sede de ações diretas de inconstitucionalidade, "notadamente em face da notória insubmissão de alguns tribunais judiciários às teses jurídicas consagradas nas decisões proferidas pelo STF", autoriza o reconhecimento de legitimidade aos órgãos ativos ou passivamente legitimados à instauração do controle abstrato de constitucionalidade (CF, art. 103).

Não era admitida, porém, reclamação requerida por terceiros pretensamente interessados, cuja alegação fosse eventual prejuízo pelo descumprimento da decisão.

Em conclusão, era pacífico no Supremo Tribunal Federal, "hoje, a jurisprudência deste Tribunal tem se orientado no sentido de só admitir reclamação com fundamento em desrespeito à autoridade das suas decisões tomadas em ação direta nos casos em que é requerida por quem foi parte na respectiva ação direta e que tenha o mesmo objeto: RCL n.º 399-0, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 7-3-93, maioria, in DJU, de 24-3-95; RCLQO n.º 385-MA (medida liminar), Rel. Celso Mello, j. em 26-3-92, unânime, in RTJ, 146/416; RCLQO n.º 397-RJ (medida liminar), Rel. Min. Celso Mello, j. em 25-11-92, unânime, in RTJ, 147/31; RCL n.º 467-DF, Rel. Min. Celso Mello, 10-4-94, maioria, in DJU, de 9-12-94; RCL n.º 447-PE, Rel. Sydney Sanches, j. em 16-2-95, unânime, in 31-3-95".

Com o advento da Lei n.º 9.868/99 e a previsão de efeitos vinculantes, conforme já analisado, desde logo, entendemos que haveria ampliação da legitimidade para ajuizamento de reclamações, na hipótese de desrespeito dos demais órgãos do Poder Judiciário às decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade pelo STF, permitindo-se

⁶⁴⁶ STF - "EMENTA: Reclamação. Preliminar: Cabimento de reclamação por desrespeito a decisão do Supremo Tribunal Federal prolatada em ação direta de inconstitucionalidade. Mérito: Alcance da decisão prolatada na Adin n.º 598, quanto ao edital de concurso, e desconstituição e cassação de atos exorbitantes deste julgado" (STF - Pleno - Reclamação n.º 556-9/TO - Rel. Min. Maurício Corrêa).

⁶⁴⁷ RTJ 131/11. Conferir, ainda: "O eventual descumprimento, por juízes ou Tribunais, de decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal, especialmente quando proferidas com efeito vinculante (CF, art. 102, § 2.º), ainda que em sede de medida cautelar, torna legítima a utilização do instrumento constitucional da reclamação, cuja específica função processual - além de impedir a usurpação da competência da Corte Suprema - também consiste em fazer prevalecer e em resguardar a integridade e a eficácia subordinante dos comandos que emergem de seus atos decisórios" (STF - Pleno - ARR n.º 1.723-1/CE - Rel. Min. Celso de Mello - Diário da Justiça, Seção I, 6 abr. 2001, p. 71).

ao interessado, no caso concreto, a utilização desse instrumento para a concretização dos efeitos vinculantes.

Esse posicionamento foi consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, ao decidir que "todos aqueles que forem atingidos por decisões contrárias ao entendimento firmado pelo STF no julgamento de mérito proferido em ação direta de inconstitucionalidade sejam considerados parte legítima para a propositura de reclamação".

11 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE INTERVENTIVA

Previsão:	
GENÉRICA - Art. 102, I, a	INTERVENTIVA - Art. 34, VII
Legitimidade:	
GENÉRICA - Art. 103, I a IX	INTERVENTIVA - Art. 36, III
Finalidade:	
GENÉRICA – Jurídica	INTERVENTIVA - Jurídica e política
Objeto:	
GENÉRICA - Lei ou ato normativo estadual ou federal contrários à constituição federal.	INTERVENTIVA - Lei ou ato normativo estadual contrário aos princípios sensíveis da Constituição Federal

O art. 18 da Constituição Federal afirma que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos. Assim, a regra é a autonomia entre os entes federativos, porém, excepcionalmente, a constituição permite a intervenção, nos casos taxativos previstos nos sete incisos do art. 34.

Uma das hipóteses de decretação da intervenção federal da União nos Estados e no Distrito Federal, prevista no art. 34, VII, da Constituição Federal, fundamenta-se na defesa da observância dos chamados princípios sensíveis:

- a. forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- b. direitos da pessoa humana;
- c. autonomia municipal;
- d. prestação de contas da administração pública, direta e indireta;
- e. aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de receitas de transferência, na manutenção e desenvolvimento do ensino⁶⁴⁸ e nas ações e serviços públicos de saúde⁶⁴⁹.

São denominados princípios sensíveis constitucionais, pois sua inobservância pelos Estados-membros ou Distrito Federal no exercício de suas competências legislativas, administrativas ou tributárias, pode acarretar a sanção politicamente mais grave existente em um Estado Federal, a intervenção na autonomia política.

Assim, qualquer lei ou ato normativo do Poder Público, no exercício de sua competência constitucionalmente deferida que venha a violar um dos princípios sensíveis constitucionais, será passível de controle concentrado de constitucionalidade, pela via da ação interventiva.

⁶⁴⁸ Redação dada pelo art. 1.º da Emenda Constitucional n.º 14, de 12 set. 1996. O art. 6.º da referida EC n.º 14 determina sua entrada em vigor a primeiro de janeiro do ano subsequente ao de sua promulgação (1.º-1-97).

⁶⁴⁹ Redação dada pela EC n.º 29, de 13 de set. 2000.

Nessa hipótese, porém, a chamada intervenção normativa dependerá de provimento pelo Supremo Tribunal Federal, da ação direta de inconstitucionalidade interventiva, proposta pelo Procurador-Geral da República, que detém legitimação exclusiva. Note-se que o fato de a Constituição Federal referir-se à representação do Procurador-Geral da República, não altera sua natureza jurídica de ação, pois como lembrava Alfredo Buzaid, “o poder de submeter ao julgamento do Supremo Tribunal Federal o ato argüido de inconstitucionalidade representa o exercício de direito de ação”.

O Procurador-Geral, no exercício de suas atribuições e com base na independência funcional do Ministério Público, não está obrigado nem poderá ser compelido a ajuizar, perante o Supremo Tribunal Federal, a citada ação, tornando-se, como lembra Celso de Mello, “perfeitamente lícito ao PGR determinar o arquivamento de qualquer representação que lhe tenha sido dirigida. O PGR atua discricionariamente”.

A ação direta interventiva possui dupla finalidade, pois pretende a declaração de inconstitucionalidade formal ou material da lei ou ato normativo estadual (finalidade jurídica) e a decretação de intervenção federal no Estado-membro ou Distrito Federal (finalidade política), constituindo-se, pois, um controle direto, para fins concretos, o que torna inviável a concessão de liminar⁶⁵⁰.

Uma vez julgada procedente a ação interventiva, e após seu trânsito em julgado, o Supremo comunicará a autoridade interessada, bem como o Presidente da República, para as providências constitucionais (RiSTF, art. 175, parágrafo único).

A decretação da intervenção federal será sempre realizada pelo Presidente da República (CF, art. 84, X), porém na presente hipótese dependerá de requisição do Supremo Tribunal Federal, cujo Decreto se limitará a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade.

Caso não seja suficiente, será decretada a intervenção, rompendo-se momentaneamente com a autonomia do Estado-membro.

Trata-se, portanto, de espécie de intervenção provocada por requisição. Uma vez decretada a intervenção, não haverá controle político, pois a Constituição Federal exclui a necessidade de apreciação pelo Congresso Nacional. Sua duração, bem como os limites serão fixados no Decreto presidencial, até que ocorra o retorno da normalidade do pacto federativo.

12 AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

12.1 Finalidade

A Constituição Federal prevê que, declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias.

O objetivo pretendido pelo legislador constituinte de 1988, com a previsão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, foi conceder plena eficácia às normas constitucionais, que dependessem de complementação infraconstitucional. Assim, tem cabimento a presente ação, quando o poder público se abstém de um dever que a Constituição lhe atribuiu.

⁶⁵⁰ A liminar é expressamente proibida pela Lei n.º 4.337/64.

12.2 Objeto

As hipóteses de ajuizamento da presente ação não decorrem de qualquer espécie de omissão do Poder Público, mas em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo⁶⁵¹, em que a constituição investe o Legislador na obrigação de expedir comandos normativos. Além disso, as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade⁶⁵², por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade, são suscetíveis de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

12.3 Inconstitucionalidade por omissão

Na conduta negativa consiste a inconstitucionalidade. A constituição determinou que o Poder Público tivesse uma conduta positiva, com a finalidade de garantir a aplicabilidade e eficácia da norma constitucional. O Poder Público omitiu-se, tendo, pois, uma conduta negativa.

A incompatibilidade entre a conduta positiva exigida pela constituição e a conduta negativa do Poder Público omissa, configura-se na chamada inconstitucionalidade por omissão.

Portanto, só há o cabimento da presente ação quando a constituição obriga o Poder Público a emitir um comando normativo e este queda-se inerte, pois, como ressalta Canotilho, "a omissão legislativa (e ampliamos o conceito também para a administrativa) só é autônoma e juridicamente relevante quando se conexiona com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislador para dar fundamento a uma omissão constitucional. Um dever jurídico-constitucional de ação existirá quando as normas constitucionais tiverem a natureza de imposições concretamente impositivas".

Note-se que esta omissão poderá ser absoluta (total) ou relativa (parcial), como afirma Gilmar Mendes Ferreira, pois "a total ausência de normas, como também a omissão parcial, na hipótese de cumprimento imperfeito ou insatisfatório de dever constitucional de legislar". O que se pretende é preencher as lacunas inconstitucionais, para que todas as normas constitucionais obtenham eficácia plena .

Para combater esta omissão, denominada doutrinariamente de síndrome de inefetividade por acarretar a inaplicabilidade de algumas normas constitucionais, a constituição Federal trouxe-nos a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

12.3. Legitimidade e procedimento

São legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, as Mesas das Assembleias Legislativas e da Câmara Legislativa, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, partidos políticos com representação no Congresso Nacional, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional⁶⁵³.

O procedimento a ser seguido pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão é o mesmo da ação de inconstitucionalidade genérica.

⁶⁵¹ Por exemplo, art. 128, § 5.º, que estabelece a necessidade de edição de lei complementar para estabelecer a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público.

⁶⁵² Por exemplo, o art. 7.º, XI, da Constituição Federal prevê a participação dos empregados nos lucros, ou resultados da empresa, conforme definido em lei.

⁶⁵³ CF, art. 103, incisos I a IX. Cf. comentários sobre legitimidade da ação direta de inconstitucionalidade genérica.

Importante salientar que inexistente prazo para a propositura da presente ação, havendo porém necessidade de aferir-se caso a caso a existência do transcurso de tempo razoável, que já houvesse permitido a edição da norma faltante.

Não é obrigatória a oitiva do Advogado Geral da União, nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, uma vez que inexistente ato impugnado a ser defendido. O Ministério Público, porém, sempre deverá se manifestar, antes da análise do Plenário sobre a ação proposta.

12.4 Decisão do Supremo Tribunal Federal

Declarando o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade por omissão, por ausência de medida legal que torne a norma constitucional efetiva, deverá dar ciência ao Poder ou órgão competente para:

1. Órgão administrativo: adoção de providências necessárias em 30 dias. A fixação de prazo permite a futura responsabilização do Poder Público administrativo, caso a omissão permaneça.

2. Poder Legislativo: ciência para adoção das providências necessárias, sem prazo preestabelecido. Nessa hipótese, o Poder legislativo tem a oportunidade e a conveniência de legislar, no exercício constitucional de sua função precípua, não podendo ser forçado pelo Poder Judiciário a exercer seu munus, sob pena de afronta a separação dos Poderes, fixada pelo art. 2.º da Carta Constitucional⁶⁵⁴. Como não há fixação de prazo para a adoção das providências cabíveis, igualmente, não haverá possibilidade de responsabilização dos órgãos legislativos. Declarada, porém, a inconstitucionalidade e dada ciência ao Poder Legislativo, fixa-se judicialmente a ocorrência da omissão, com efeitos retroativos ex tunc e erga omnes, permitindo-se sua responsabilização por perdas e danos, na qualidade de pessoa de direito público da União Federal, se da omissão ocorrer qualquer prejuízo.

Dessa forma, a natureza da decisão nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão tem caráter obrigatório ou mandamental, pois o que se pretende constitucionalmente é a obtenção de uma ordem judicial dirigida a outro órgão do Estado.

12.5 Adin por omissão e medida liminar

É incompatível com o objeto da referida demanda a concessão da liminar. Se nem mesmo o provimento judicial último pode implicar o afastamento da omissão, como salientou o próprio Supremo Tribunal Federal, o que se dará quanto ao exame preliminar.

13 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

13.1 Previsão

A emenda constitucional n.º 3, de 17-3-1993, introduziu em nosso ordenamento jurídico constitucional uma nova espécie dentro do controle de constitucionalidade: a ação declaratória de constitucionalidade.

Alterou-se o art. 102, I, a; e foram criados o § 2.º ao art. 102 e o § 4.º ao art. 103, da Constituição Federal.

⁶⁵⁴ Para José Tarcízio de Almeida Neto (Op. cit. p. 171), para conciliar o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais haveria necessidade da existência de um Tribunal Constitucional que fosse órgão comum dos Poderes Legislativo e Judiciário.

Compete, portanto, ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Apesar da ampla discussão doutrinária sobre a inconstitucionalidade da EC n.º 3, de 17-3-1993, no tocante à criação da ação declaratória de constitucionalidade⁶⁵⁵, o plenário do Supremo Tribunal Federal já declarou incidentalmente, tanto a sua constitucionalidade, como sua aplicabilidade imediata, sem necessidade de lei regulamentando seu procedimento.

Entretanto, a possibilidade de criação de uma ação declaratória de constitucionalidade de âmbito estadual divide a doutrina. José Afonso da Silva não admite tal possibilidade, por ausência de previsão constitucional, enquanto Nagib Slaibi Filho entende permitido ao Estado-membro, no exercício de sua competência remanescente, a criação dessa ação na esfera estadual, desde que respeitado o paradigma da Constituição Federal. Parece-nos que a razão está com Nagib Slaibi Filho, uma vez que é característica da Federação a autonomia dos Estados-membros, que engloba a capacidade de auto-organização por meio de suas respectivas Constituições estaduais. Assim, e desde que seguissem o modelo federal, nada estaria a impedir que o legislador constituinte-reformador estadual criasse por emenda constitucional uma ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual, em face da Constituição Estadual, a ser ajuizada no Tribunal de Justiça e tendo como co-legitimados o Governador do Estado, a Mesa da Assembléia Legislativa e o Procurador-Geral de Justiça.

13.2 Finalidade

A ação declaratória de constitucionalidade, que consiste em típico processo objetivo destinado a afastar a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal, busca preservar a ordem jurídica constitucional.

Ressalte-se que as leis e atos normativos são presumidamente constitucionais, porém esta presunção, por ser relativa, poderá ser afastada, tanto pelos órgãos do Poder Judiciário, por meio do controle difuso de constitucionalidade, quanto pelo Poder Executivo, que poderá recusar-se a cumprir determinada norma legal por entendê-la inconstitucional.

Neste ponto, situa-se a finalidade precípua da ação declaratória de constitucionalidade: transformar a presunção relativa de constitucionalidade em presunção absoluta, em virtude de seus efeitos vinculantes.

Portanto, o objetivo primordial da ação declaratória de constitucionalidade é transferir ao STF a decisão sobre a constitucionalidade de um dispositivo legal que esteja sendo duramente atacado pelos juízes e tribunais inferiores, afastando-se o controle difuso da constitucionalidade, uma vez que declarada a constitucionalidade da norma, o Judiciário e também o Executivo ficam vinculados à decisão proferida.

13.3 Legitimidade

⁶⁵⁵ O Ministro Marco Aurélio (Ação Declaratória n.º 1-1/DF) votou vencido pela inconstitucionalidade da ação declaratória de constitucionalidade. Diversos juristas manifestaram-se pela inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n.º 3, em virtude da criação da Ação declaratória de constitucionalidade (Celso Bastos, Ives Gandra, Ana Maria Scartezzini, Edvaldo Brito, Marcelo Figueiredo), por violação ao princípio do contraditório, dupla instância de julgamento, inafastabilidade do controle judicial e direito de acesso do cidadão ao Judiciário. Tendo outros se manifestado pela sua constitucionalidade (Gilmar Ferreira Mendes, Arnoldo Wald, Hugo de Brito Machado). Ver a respeito MENDES, Gilmar Ferreira, MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Ação declaratória de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 88.

A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República⁶⁵⁶, tendo a Constituição Federal lhes garantido a legitimação ativa universal, ou seja, pertinência temática absoluta para pleitearem a declaração de constitucionalidade de qualquer lei ou ato normativo federal. Note-se que a legitimidade é mais reduzida do que nas outras espécies de controle concentrado - ação direta de inconstitucionalidade genérica e por omissão (CF, art. 103, I a IX).

Ressalte-se que a segunda Ação Declaratória de constitucionalidade desde a edição da EC n.º 03, de 17-3-1993, de n.º 2-9, foi proposta pela Associação Brasileira da Indústria de Embalagens Plásticas Flexíveis, tendo, porém, o Ministro-relator Carlos Velloso negado seguimento à inicial por flagrante ilegitimidade de parte - CF, art. 103, § 4.º (STF - Diário da Justiça, Seção I, 19 jun. 1997, p. 28.264).

13.4 Objeto

Somente poderá ser objeto de ação declaratória de constitucionalidade a lei ou ato normativo federal, sendo, porém, pressuposto para seu ajuizamento a demonstração, juntamente com a petição inicial, de comprovada controvérsia judicial que coloque em risco a presunção de constitucionalidade do ato normativo sob exame, a fim de permitir ao Supremo Tribunal Federal o conhecimento das alegações em favor e contra a constitucionalidade, bem como o modo pelo qual estão sendo decididas as causas que envolvem a matéria⁶⁵⁷.

A comprovação da controvérsia exige prova de divergência judicial, e não somente de entendimentos doutrinários diversos, como na hipótese citada pelo Ministro Carlos Velloso, exigindo-se "existência de inúmeras ações em andamento em juízos ou tribunais, em que a constitucionalidade da lei é impugnada", pois, como afirmado pelo Ministro Néri da Silveira, "não se trata de consulta à Suprema Corte, mas de ação com decisão materialmente jurisdicional, impõe-se, à instauração da demanda em exame, que se faça comprovada, desde logo, a existência de controvérsia em torno da validade ou não da lei ou ato normativo federal".

Ainda, como ressalta o Supremo Tribunal Federal, "a delimitação do objeto da ação declaratória de constitucionalidade não adstringe aos limites do objeto fixado pelo autor, mas estes estão sujeitos aos lindes da controvérsia judicial que o autor tem que demonstrar".

13.5 Procedimento e julgamento

O Supremo Tribunal Federal declarando a imediata aplicabilidade da ação declaratória de constitucionalidade, fixou seu procedimento até a edição de lei regulamentando-a, seguindo o voto do Ministro-relator Moreira Alves, que com a devida venia será transcrito parcialmente: "A Emenda Constitucional n.º 3, de 1993, ao instituir a ação declaratória de constitucionalidade, já estabeleceu quais são os legitimados para propô-la e quais são os efeitos de sua decisão definitiva de mérito. Silenciou, porém, quanto aos demais aspectos processuais a serem observados com referência a essa ação. Tendo em vista, porém, que a natureza do processo relativo a essa ação é a mesma da ação direta de

⁶⁵⁶ Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz Tucci, analisando a presente ação sob o ângulo processual do interesse de agir, concluem que somente "o Procurador-Geral da República, exatamente, por não ter tido oportunidade para fiscalizar, em seu iter de formação, a constitucionalidade de determinada lei, é que, em tese, possuiria interesse processual para a propositura da denominada ação declaratória" (Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira, MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Ação declaratória de constitucionalidade. Op, cit. p. 147).

⁶⁵⁷ Lei n.º 9.868/99, art. 14, III.

inconstitucionalidade, é de adotar-se a disciplina desta nesse particular, exceto no que se diferenciam pelo seu fim imediato, que é oposto - a ação direta de inconstitucionalidade visa diretamente à declaração de inconstitucionalidade do ato normativo, ao passo que a ação declaratória de constitucionalidade visa diretamente à declaração de constitucionalidade do ato normativo -, e que acarreta a impossibilidade da aplicação de toda a referida disciplina.

Atento a esta diretriz, já determinei aos requerentes da presente ação - que atenderam a essa exigência - a juntada da documentação relativa ao processo legislativo da Emenda Constitucional em causa para que o Tribunal, que tem de examinar a constitucionalidade dela sob todos os seus ângulos, disponha dos elementos que dizem respeito à sua constitucionalidade formal. Por outro lado, partindo do pressuposto de que é ínsita à propositura dessa ação a demonstração, em sua inicial - com a juntada de sua comprovação -, da controvérsia judicial que põe risco a presunção de constitucionalidade do ato normativo sob exame, observo que, no caso, esse requisito está devidamente preenchido, permitindo à Corte o conhecimento das alegações em favor da constitucionalidade e contra ela, e do modo como estão sendo decididas num ou noutro sentido. Não sendo indispensável, em processo objetivo, que haja legitimado passivo para contestar a ação, parece-me que só a lei poderá, para a colheita de mais alegações (ou para o fortalecimento das já conhecidas) em favor da inconstitucionalidade do ato normativo em causa, determinar que todos os legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade, ou alguns deles, possam intervir no processo relativo à ação declaratória de constitucionalidade. (...) No processo da ação declaratória de constitucionalidade, por visar à preservação da presunção de constitucionalidade do ato normativo que é seu objeto, não há razão para que o Advogado-Geral da União atue como curador dessa mesma presunção. Aliás, o silêncio da Emenda Constitucional n.º 3 a esse respeito, não obstante tenha incluído um § 4.º no artigo 103 da Carta Magna, é um silêncio eloqüente, a afastar a idéia de que houve omissão, a propósito, por inadvertência. Também na ação declaratória de constitucionalidade faz-se mister o parecer do Procurador-Geral da República, como órgão do Ministério Público como custos legis em sentido amplo. Por fim, o julgamento dessa ação declaratória observará, por inteiramente aplicável, a disciplina do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, inclusive quanto ao quorum para a declaração da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade do ato normativo em causa."

A Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, estabeleceu o procedimento da ação declaratória de constitucionalidade, seguindo os preceitos básicos fixados pelo Supremo Tribunal Federal.

A petição inicial será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato normativo questionado e dos documentos necessários para comprovação da procedência do pedido de declaração de constitucionalidade e indicará o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido. Além disso, deverá individualizar o pedido, com suas especificações e, conforme já analisado, demonstrar a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.

A Lei n.º 9.868/99, seguindo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, exige instrumento de procuração quando a petição inicial for subscrita por advogado.

A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator, cabendo agravo ao plenário do Tribunal.

A Lei n.º 9.868/99 autorizou o relator, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, a requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para que, em audiência pública, sejam ouvidos depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. A lei, ainda, autoriza o relator a solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais em relação à aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição. Em qualquer das hipóteses, o prazo para manifestação será de 30 dias, a partir da solicitação do relator.

Previu-se, ainda, que uma vez proposta a ação declaratória, não se admitirá desistência.

Resumidamente, poderíamos estabelecer o seguinte procedimento para as ações declaratórias de constitucionalidade, fixados, inicialmente, pelo STF e depois regulamentado pela Lei n.º 9.868/99:

- adoção da disciplina da ação direta de inconstitucionalidade;
- necessidade de juntada da documentação relativa ao processo legislativo do ato normativo envolvido, se for alegado vício formal no processo legislativo;
- demonstração de controvérsia judicial que ponha em risco a presunção de constitucionalidade da lei ou do ato normativo federal⁶⁵⁸;
- impossibilidade de desistência;
- impossibilidade de admissão de terceiros na relação processual, pela inexistência de sujeito passivo⁶⁵⁹;
- desnecessidade da oitiva do Advogado-Geral da União;
- oitiva do Procurador-Geral da República, na qualidade de custos legis, no prazo de 15 dias;
- aplicação do quorum relativo à ação direta de inconstitucionalidade.

Ainda, relacionando-se com o procedimento, não nos parece que haja vedação à concessão de liminar que assegure a plena aplicação da lei controvertida até a pronúncia da decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, ressalvando-se, porém, que a liminar não produziria efeitos vinculantes, em face da clareza e taxatividade da afirmação da Constituição: decisões definitivas de mérito⁶⁶⁰.

Não foi esse, porém, o entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal que, por maioria de votos, conheceu do pedido de medida cautelar, com efeitos vinculantes, por

⁶⁵⁸ Como salientado pelo Supremo Tribunal Federal, "o ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, que faz instaurar processo objetivo de controle normativo abstrato, supõe a existência de efetiva controvérsia judicial - fundada em razões jurídicas idôneas e consistentes - em torno da legitimidade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal" (STF - Pleno - Ação declaratória de constitucionalidade n.º 8/DF - medida liminar - Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 4-8-99. Informativo STF n.º 160). Conferir, ainda: RTJ 157/371, RTJ 408-409.

⁶⁵⁹ Entendendo a necessidade de estabelecer-se um contraditório na ação declaratória de constitucionalidade, os Ministros Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão votaram vencidos pela necessidade de citação editalícia dirigidas aos entes que são constitucionalmente legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (STF - Ação Declaratória de Constitucionalidade 1-1/DF). Esse entendimento foi confirmado pelo artigo 18 da Lei n.º 9.869/99.

⁶⁶⁰ No mesmo sentido do texto, ressalte-se a posição do Ministro Marco Aurélio, minoritária no Supremo Tribunal Federal: "no citado parágrafo tem-se o efeito vinculante relativamente às decisões definitivas de mérito e com estas são inconfundíveis as liminares, sempre precárias e efêmeras, sempre submetidas à condição resolutiva, ou seja, à possibilidade de, no julgamento de fundo, vir-se a concluir de forma diametralmente oposta" (STF - Pleno - Reclamação n.º 1.197-6/PB - medida liminar - diário da Justiça, Seção I, 22 nov. 1999, p. 2).

entender possível o exercício, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, do poder geral de cautela⁶⁶¹.

Dessa forma, no julgamento da ação declaratória de constitucionalidade n.º 4-6, o Tribunal concedeu a medida cautelar⁶⁶², com eficácia ex nunc e com efeitos vinculantes, até o final julgamento da ação⁶⁶³.

O Ministro Celso de Mello salientou, em defesa da possibilidade da concessão de liminar em sede de ação declaratória de constitucionalidade com efeitos vinculantes, que "impõe-se reconhecer, no âmbito desse novo instrumento de direito processual constitucional, que se revela admissível o exercício, pelo STF, do poder cautelar de que se acha naturalmente investido, quer como Tribunal judiciário, quer, especialmente, como Corte Constitucional", uma vez que "os provimentos de natureza cautelar acham-se instrumentalmente vocacionados a conferir efetividade ao julgamento final resultante do processo principal, assegurando, desse modo, plena eficácia à tutela jurisdicional de conhecimento ou de execução, inclusive às decisões que emergem do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade", para então concluir no sentido de que "o exercício do poder geral de cautela, pelo STF, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, destina-se a garantir a própria utilidade da prestação jurisdicional a ser efetivada no processo de controle normativo abstrato, em ordem a impedir que o eventual retardamento na apreciação do litígio constitucional culmine por afetar e comprometer o resultado definitivo do julgamento"⁶⁶⁴.

Dessa forma, uma vez concedida a liminar em ação declaratória de constitucionalidade, não haverá mais possibilidade do afastamento, por inconstitucionalidade, da incidência da lei ou ato normativo federal por parte dos demais órgãos do Poder Judiciário ou por parte do Executivo, que deverão submeter-se ao integral cumprimento da norma analisada liminarmente pelo Supremo Tribunal Federal, em face dos efeitos vinculantes⁶⁶⁵.

A efetividade dos efeitos vinculantes da decisão do STF será preservada, se necessário, pelo instrumento da reclamação, uma vez que não haverá possibilidade de insurgência contra a aplicação da lei ou ato normativo federal declarado, liminarmente, constitucional.

Em conclusão, poderíamos apontar os seguintes aspectos sobre a concessão de medida liminar nas ações declaratórias de constitucionalidade:

⁶⁶¹ Votaram vencidos, ou seja, pela impossibilidade de conhecimento do pedido cautelar em ação declaratória de constitucionalidade, os Ministros Marco Aurélio e Ilmar Galvão.

⁶⁶² Igualmente, no mérito, os Ministros Marco Aurélio e Ilmar Galvão votaram vencidos pelo seu indeferimento, enquanto o Ministro Néri da Silveira votou parcialmente vencido, pois deferia a liminar em menor extensão.

⁶⁶³ STF - Pleno - Ação declaratória de constitucionalidade n.º 4-6 - medida liminar - Rel. Min. Sydney Sanches, Diário da Justiça, Seção I, 13 fev. 1998 - Capa - Decisão: "O Tribunal, por votação majoritária, deferiu, em parte, o pedido de medida cautelar, para suspender, com eficácia ex nunc e com efeito vinculante, até o final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada, contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1.º da Lei n.º 9.494, de 10-9-97, suspendendo, ainda, com a mesma eficácia, os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias de tutela proferidas contra a Fazenda Pública, vencidos, em parte, o Ministro Néri da Silveira, que deferia a medida cautelar em menor extensão, e, integralmente, os Ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que a indeferiram." (Conferir, ainda, Informativo STF n.º 96 - Ação declaratória e medida liminar).

⁶⁶⁴ STF - Petição n.º 1.404-8 - União Federal - Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 12 mar. 1998, p. 13; Informativo STF n.º 101, 12 mar. 1998 - ADC: Extensão dos efeitos da liminar - Pet. 1.402-5/MS (medida liminar) - Ministro Celso de Mello; STF - n.º 1.402-5/MS - Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 16 mar. 1998, p. 27. No mesmo sentido: STF - Pleno - ADC n.º 8/DF - medida cautelar - Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 13-10-99 - Informativo STF n.º 166.

⁶⁶⁵ Em relação aos efeitos vinculantes em sede de liminar em ação declaratória de constitucionalidade, conferir, ainda, a ADC n.º 5, "nesse julgamento, o STF por maioria, deferiu o pedido de liminar para, com eficácia ex nunc e efeito vinculante, suspender, até decisão final da ação, a prolação de qualquer decisão, assim 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.º, 3.º e 5.º da Lei n.º 9.534/97, que prevê a gratuidade do registro civil de nascimento, do assento de óbito, bem como da primeira certidão respectiva" (STF - Pleno - Ação declaratória de constitucionalidade n.º 5/DF - medida liminar - Rel. Min. Nelson Jobim, decisão: 17-11-99. Informativo STF n.º 171). No mesmo sentido: STF - Pleno - Ação declaratória de constitucionalidade n.º 8/DF - Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 13-10-99. Informativo STF n.º 166.

- possibilidade do exercício do poder geral de cautela por parte do Supremo Tribunal Federal em sede de ação declaratória de constitucionalidade;
- liminar com efeitos erga omnes, ex nunc e vinculantes, havendo comunicação a todos os Tribunais Superiores, Tribunais Regionais Federais e Tribunais Estaduais;
- impossibilidade de, a partir da concessão da liminar, os demais órgãos do Poder Judiciário e o Poder Executivo deixarem de observar a lei ou ato normativo federal objeto de análise, por entendê-los inconstitucionais, em face dos efeitos vinculantes;
- utilização do instrumento da reclamação (CF, art. 102, inciso I, I) para garantir os efeitos vinculantes de liminar concedida pelo STF em ação declaratória de constitucionalidade.

A Lei n.º 9.868/99 estabeleceu, ainda, em relação a medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade, a possibilidade do Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, deferir pedido de medida cautelar consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal deverá proceder a publicação de sua parte dispositiva em seção especial do Diário Oficial da União, no prazo de 10 dias, e proceder o julgamento da ação no prazo máximo de cento e oitenta dias, sob pena de perda da eficácia da medida provisória.

13.6 Efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal

As decisões definitivas de mérito (sejam pela procedência ou pela improcedência), proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

Assim, se o Supremo Tribunal Federal concluir que a lei ou ato normativo federal é constitucional, então expressamente fará a declaração, julgando procedente a ação, que produzirá efeitos ex tunc, erga omnes e vinculantes a todos os órgãos do Poder Executivo e aos demais órgãos do Poder Judiciário.

Da mesma forma, se considerar improcedente a ação, julgará a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, com os mesmos efeitos.

Poderão ocorrer, ainda, duas outras possibilidades. A primeira ocorrerá quando o Supremo julgar parcialmente procedente a norma, significando, pois, que a declarou constitucional em parte, devendo o restante da norma, declarada inconstitucional, retirar-se do ordenamento jurídico ex tunc.

A segunda, quando o Tribunal julgando procedente a ação, declarar a constitucionalidade da norma, desde que interpretada de determinada maneira - interpretação conforme à constituição - tornando aquela interpretação vinculante para os demais órgãos judiciais e para as autoridades administrativas em geral.

Em relação aos efeitos da decisão da ação declaratória de constitucionalidade, a Lei n.º 9.868/99 estabeleceu as mesmas regras referentes à ação direta de inconstitucionalidade, já analisadas no presente capítulo, no item 10.9.

Declarada a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal em ação declaratória de constitucionalidade, não há a possibilidade de nova análise contestatória da matéria, sob a alegação da existência de novos argumentos que ensejariam uma nova interpretação no sentido de sua inconstitucionalidade. Ressalte-se, que o motivo impeditivo dessa nova análise decorre do fato do Supremo Tribunal Federal, como já visto anteriormente, quando analisa concentradamente a constitucionalidade das leis e atos normativos, não estar vinculado a causa de pedir, tendo, pois, cognição plena da matéria, examinando e esgotando todos os seus aspectos constitucionais.

14 ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A Constituição Federal determina que a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

Trata-se, portanto, de norma constitucional de eficácia limitada, que depende de edição de lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição⁶⁶⁶.

O Congresso Nacional editou a Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999, em complementação ao art. 102, § 1.º, da Constituição Federal.

A lei regulamentou a argüição de descumprimento de preceito fundamental da seguinte forma:

- órgão competente para o processo e julgamento: Supremo Tribunal Federal;
- legitimados ativos⁶⁶⁷: são os mesmos co-legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, I a IX), ou seja, o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa do Senado Federal, as Mesas das Assembleias Legislativas, os Governadores de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB, Partidos políticos com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;
- hipóteses de cabimento: a lei possibilita a argüição de descumprimento de preceito fundamental em três hipóteses - para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder Público; para reparar lesão 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 ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição⁶⁶⁸;

⁶⁶⁶ Como salientou o Ministro Sydney Sanches, "...para argüição de descumprimento de preceito fundamental dela decorrente, perante o STF, exige lei formal, não autorizando, à sua falta, a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito" (STF - Agravo Regimental em Petição n.º 1.140-7 - Rel. Min. Sydney Sanches, Diário da Justiça, 31 maio 1996, p. 18.803). No mesmo sentido: STF - Petição n.º 1.369-8 - Rel. Min. Ilmar Galvão, Diário da Justiça, Seção I, 8 out. 1997, p. 50.468.

⁶⁶⁷ O Presidente da República vetou o inciso II, do parágrafo único, do art. 1.º, da Lei n.º 9.882/99 que permitia a propositura ampla da argüição de descumprimento de preceito fundamental, por qualquer prejudicado, nos termos do recurso de amparo previsto no ordenamento jurídico alemão, espanhol e argentino. Conferir, nesse sentido, decisão do STF que negou legitimatio ad causam ativa para eventual prejudicado: STF - ADPF n.º 11/SP - Rel. Min. Carlos Velloso - Informativo STF n.º 216, p. 4; STF - Pleno - ADPF n.º 27-1/RJ - Rel. Min. Néri da Silveira, Diário da Justiça, Seção I, 1.º abr. 2002, p. 3; STF - Pleno - ADPF n.º 31-9/DF - Rel. Min. Maurício Corrêa, Diário da Justiça, Seção I, 1.º abr. 2002, p. 3; STF - ADPF n.º 30-1/DF - Rel. Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça, Seção I, 26 mar. 2002, p. 39.

⁶⁶⁸ O Supremo Tribunal Federal, examinando questão de ordem, não conheceu de argüição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil contra ato do Prefeito Municipal do Rio de Janeiro que, ao vetar, parcialmente, de forma imotivada, projeto de lei aprovado pela Câmara Municipal - que eleva o valor do IPTU para o exercício financeiro de 2000 -, teria violado o princípio constitucional da separação dos Poderes (CF, art. 2.º). Conforme se verifica na decisão, "considerou-se incabível na espécie a argüição de descumprimento de preceito fundamental, dado que o veto constitui ato político do Poder Executivo, insuscetível de ser enquadrado no conceito de ato do Poder Público, previsto no art. 1.º da Lei 9.882/99" (STF - Pleno - ADPF (QO) n.º 1/RJ - Rel. Min. Néri da Silveira, decisão: 3-2-2000. Informativo STF n.º 176).

- caráter subsidiário: a lei expressamente veda a possibilidade de argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade⁶⁶⁹. Obviamente, esse mecanismo de efetividade dos preceitos fundamentais não substitui as demais previsões constitucionais que tenham semelhante finalidade, tais como o habeas corpus, habeas data; mandado de segurança individual e coletivo; mandado de injunção; ação popular; ações diretas de inconstitucionalidade genérica, interventiva e por omissão e ação declaratória de constitucionalidade. Como ressaltou o Supremo Tribunal Federal, "é incabível a argüição de descumprimento de preceito fundamental quando ainda existente medida eficaz para sanar a lesividade"⁶⁷⁰;
- procedimento: A petição inicial será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação e deverá conter a indicação do preceito fundamental que se considera violado; a indicação do ato questionado; a prova da violação do preceito fundamental e o pedido, com suas especificações. A argüição realizada na hipótese de controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, deverá vir acompanhada de comprovação dessa controvérsia judicial. A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de argüição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum requisito legal ou for inepta, cabendo dessa decisão agravo ao Plenário. Analisado o pedido de liminar, se houver, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias e, entendendo necessário, poderá ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Conforme estabelece a lei, poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo. Decorrido o prazo das informações, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento;
- concessão de medida liminar: por decisão da maioria absoluta de seus membros, o STF poderá deferir pedido de medida liminar, salvo em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, no recesso, quando a liminar poderá ser deferida pelo Ministro relator, ad referendum do Plenário. A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes de coisa julgada;
- participação do Ministério Público: Não bastasse o § 1.º, do art. 103, da Constituição Federal que determina que o Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal, a Lei n.º 9.882/99

⁶⁶⁹ Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal: "No caso dos autos, a impugnação suscitada pela mesa da assembléia legislativa de São Paulo poderia ser manifestada por meio de ação direta de inconstitucionalidade, meio eficaz bastante para sanar eventual lesividade do provimento sob enfoque. Registre-se, por outro lado, que o mencionado provimento n.º 747/2000 é objeto da ADI 2415, de que sou relator, formalizada pela Assoc. dos Notários e Registradores do Brasil - ANOREG. Evidente, desse modo, a ausência do requisito no referido art. 4.º, § 1.º, da Lei n.º 9.882/99, uma vez que os efeitos lesivos do ato impugnado podem ser sanados por meio eficaz que não a argüição de descumprimento de preceito fundamental. Ante o exposto, indefiro liminarmente a inicial, na forma do art. 4.º, caput, da Lei n.º 9.882/99, determinando o arquivamento do feito" (STF - ADPF n.º 13-1 - Rel. Min. Ilmar Galvão).

⁶⁷⁰ STF - Pleno - ADFP n.º 3/CE - questão de ordem - Rel. Min. Sydney Sanches, decisão: 18-5-2000. Informativo STF n.º 189. No mesmo sentido: STF - "A argüição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no artigo 102, § 1.º, da Carta da República e regulada pela Lei n.º 9.882/99, é ação de natureza constitucional cuja admissão é vinculada à inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade do ato de poder atacado" (STF - Pleno - Argüição de descumprimento de preceito fundamental n.º 12-2/DF - Rel. Min. Ilmar Galvão -Diário da Justiça, Seção 1, 26 mar. 2001, p. 3).

previu no parágrafo único de seu art. 7.º, que o Ministério Público, nas arguições que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações;

- quorum para instalação da sessão e para a decisão: Conforme estabelece o art. 8.º, da Lei n.º 9.882/99, a decisão sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros. A lei não estabelece quorum qualificado para a votação, porém se houver necessidade de declaração de inconstitucionalidade do ato do Poder Público que tenha descumprido preceito fundamental, nos termos do art. 97 da Constituição Federal, haverá necessidade de maioria absoluta;

- efeitos da decisão: a decisão terá eficácia contra todos - erga omnes - e efeitos vinculantes relativamente aos demais órgãos do Poder Público, cabendo, inclusive, reclamação para garantia desses efeitos. Em relação à amplitude e efeitos temporais da decisão, a Lei n.º 9.882/99, prevê em seu art. 11 que ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Em relação a esses efeitos conferir nesse capítulo item 10.9, onde essas inovações foram tratadas;

- comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados: julgada a ação, as autoridades ou órgãos responsáveis serão comunicados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental;

- irrecorribilidade da decisão: a decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória.

14.1 Arguição de descumprimento de preceito fundamental preventiva e repressiva

Caberá, preventivamente, arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal com o objetivo de se evitar lesões a princípios, direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, ou, repressivamente, para repará-las, quando causadas pela conduta comissiva ou omissiva de qualquer dos poderes públicos⁶⁷¹.

Nessa hipótese, o nosso ordenamento jurídico foi menos generoso que o argentino, pois somente possibilita a arguição quando se pretenda evitar ou cessar lesão, decorrente de ato praticado pelo Poder Público, a preceito fundamental previsto na Constituição, diferentemente do direito de Amparo argentino, que é admissível contra toda ação ou omissão de autoridades públicas ou de particulares, que de forma atual ou iminente, lesionem, restrinjam, alterem ou ameacem, com arbitrariedade ou manifesta ilegalidade, direitos e garantias reconhecidos pela Constituição, pelos tratados e leis.

⁶⁷¹ Trata-se de norma semelhante ao recurso de amparo. O art. 161, b, da Constituição espanhola prevê que o "Tribunal Constitucional tem jurisdição em todo o território espanhol e é competente para conhecer do recurso de amparo por violação dos direitos e liberdades referidos no artigo 53.2, da Constituição, nos casos e formas que a lei estabelecer". Conforme aponta Francisco Rubio Lioriente, citando inúmeros precedentes, o Tribunal Constitucional espanhol somente admite o recurso de amparo se houver ameaça ou ferimento a um direito ou garantia constitucional (Derechos fundamentales y principios constitucionales. Barcelona: Ariel, 1995. p. 80 e ss).

Independentemente dessa restrição, o mecanismo previsto pelo § 1.º, do art. 102, da CF e regulamentado pela Lei n.º 9.882/99, possibilita uma maior efetividade no controle das ilegalidades e abusos do Poder Público e na concretização dos direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal poderá, de forma rápida, geral e obrigatória - em face da possibilidade de liminar e da existência de efeitos erga omnes e vinculantes - evitar ou fazer cessar condutas do poder público que estejam colocando em risco os preceitos fundamentais da República, e em especial, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1.º, III) e os direitos e garantias fundamentais.

Note-se que, em face do art. 4.º, caput e § 1.º, da Lei n.º 9.882/99, que autoriza a não admissão da arguição de descumprimento de preceito fundamental, quando não for caso ou quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade, foi concedida certa discricionariedade ao Supremo Tribunal Federal, na escolha das arguições que deverão ser processadas e julgadas, podendo, em face de seu caráter subsidiário, deixar de conhecê-las quando concluir pela inexistência de relevante interesse público, sob pena de tornar-se uma nova instância recursal para todos os julgados dos tribunais superiores e inferiores⁶⁷².

Dessa forma, entendemos que o STF poderá exercer um juízo de admissibilidade discricionário para a utilização desse importantíssimo instrumento de efetividade dos princípios e direitos fundamentais, levando em conta o interesse público e a ausência de outros mecanismos jurisdicionais efetivos.

Importante ressaltar que essa discricionariedade concedida ao Supremo Tribunal Federal, decorre do fato de que toda Corte que exerce a jurisdição constitucional não é somente um órgão judiciário comum, mas sim órgão político diretivo das condutas estatais, na medida em que interpreta o significado dos preceitos constitucionais, vinculando todas as condutas dos demais órgãos estatais e como tal deve priorizar os casos de relevante interesse público.

Como ressalta Bernard Schwartz, ao analisar esse poder de escolha da Corte Suprema norte-americana, "o seu poder facultativo de determinar os casos em que ela própria pode julgar resultou no fato de que ela deixou de ser simplesmente um órgão judiciário comum. É um tribunal de recurso especial, apenas para a solução de questões consideradas como envolvendo um interesse público substancial e não os interesses exclusivos de algumas pessoas privadas".

14.2 Arguição de descumprimento de preceito fundamental por equiparação

Essa hipótese de arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no parágrafo único do art. 1.º, da Lei n.º 9.882/99, distanciou-se do texto constitucional, uma vez que, o legislador ordinário, por equiparação legal, também considerou como descumprimento de preceito fundamental qualquer controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

O texto constitucional é muito claro quando autoriza à lei o estabelecimento, exclusivamente da forma pela qual o descumprimento de um preceito fundamental poderá ser argüido

⁶⁷² Para evitar esse problema, a Suprema Corte norte-americana, em relação aos recursos interpostos dos julgados dos demais tribunais, realiza rigoroso e discricionário juízo de admissibilidade, concedendo a poucos casos o writ of certiorari. Lawrence Baum, nos informa que a Corte "julga somente uma minúscula proporção dos casos que chegam dos tribunais federais e estaduais. Mesmo dentro do sistema de tribunais federais, a Corte julga menos de 1 por cento dos casos de que tratam os tribunais distritais" (BAUM, Lawrence. A suprema corte americana. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987, p. 26).

perante o Supremo Tribunal Federal. Não há qualquer autorização constitucional para uma ampliação das competências do STF.

Controvérsias entre leis ou atos normativos e normas constitucionais, relevantes que sejam, não são hipóteses idênticas ao descumprimento pelo Poder Público de um preceito fundamental, e devem ser resolvidas em sede de controle de constitucionalidade, tanto difuso quanto concentrado.

O legislador ordinário utilizou-se de manobra para ampliar, irregularmente, as competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal, que conforme jurisprudência e doutrina pacíficas, somente podem ser fixadas pelo texto magno. Manobra essa eivada de flagrante inconstitucionalidade, pois deveria ser precedida de emenda à Constituição.

Note-se que foi criada pela Lei n.º 9.882/99 a possibilidade de um dos co-legitimados argüir ao Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, fora das hipóteses cabíveis no controle concentrado, quais sejam - controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo municipal e controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal anteriores à Constituição Federal.

Em ambas as hipóteses o Supremo Tribunal Federal já havia decidido faltar-lhe competência para essa análise, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, por ausência de previsão expressa na Constituição Federal, não sendo admissível que o legislador ordinário, por meio de uma manobra terminológica amplie essa competência sem alterar o art. 102, I, a, da CF⁶⁷³.

Relembre-se, ainda, que a legitimação para a arguição de descumprimento de preceito fundamental e para a ação direta de inconstitucionalidade são idênticas (art. 2.º, I, da Lei n.º 9.882/99), sendo, igualmente, idênticos seus efeitos erga omnes e vinculantes (art. 10, § 3.º, da Lei n.º 9.882/99 e art. 28, parágrafo único, da Lei n.º 9.868/99); o que, iguala ambas as hipóteses, demonstrando, claramente, a tentativa da legislação ordinária em ampliar, repita-se, de forma inconstitucional, a competência do Supremo Tribunal Federal em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

Em conclusão, entendemos que essa hipótese legal, por não se constituir descumprimento de preceito fundamental, contraria o art. 102, § 1.º, da Constituição Federal, sendo, portanto, inconstitucional.

13 DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

1 ESTADO DE DEFESA E ESTADO DE SÍTIO

A Constituição Federal prevê a aplicação de duas medidas excepcionais para restauração da ordem em momentos de anormalidade - Estado de defesa e Estado de sítio, possibilitando inclusive a suspensão de determinadas garantias constitucionais, em lugar específico e por certo tempo, possibilitando ampliação do poder repressivo do Estado, justificado pela gravidade da perturbação da ordem pública.

É o chamado sistema constitucional das crises, consistente em um conjunto de normas constitucionais, que informadas pelos princípios da necessidade e da temporariedade, têm

⁶⁷³ Em relação à impossibilidade de controle concentrado de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal conferir nesse capítulo, item 10.2.1. Em relação à impossibilidade de controle concentrado de leis ou atos normativos editados antes da Constituição, conferir, também nesse capítulo, item 10.2.6.

por objeto as situações de crises e por finalidade a manutenção ou o restabelecimento da normalidade constitucional.

A gravidade de ambas as medidas, cuja finalidade será sempre a superação da crise e o retorno ao status quo ante, exige irrestrito cumprimento de todas as hipóteses e requisitos constitucionais, sob pena de responsabilização política, criminal e civil dos agentes políticos usurpadores.

O Estado de defesa é uma modalidade mais branda de estado de sítio e corresponde às antigas medidas de emergência do direito constitucional anterior e não exige para sua decretação, por parte do Presidente da República, autorização do Congresso Nacional. O decreto presidencial deverá determinar o prazo de sua duração; especificar as áreas abrangidas e indicar as medidas coercitivas, nos termos e limites constitucionais e legais.

O Estado de sítio corresponde a suspensão temporária e localizada de garantias constitucionais, apresentando maior gravidade do que o Estado de defesa e obrigatoriamente o Presidente da República deverá solicitar autorização da maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para decretá-lo.

Em ambas as hipóteses serão ouvidos, sem caráter vinculativo, os Conselhos da República e da Defesa Nacional, para que aconselhem e opinem ao Presidente da República.

A possibilidade do controle jurisdicional do Estado de Defesa e do Estado de Sítio envolve diversos problemas, mas a doutrina e a jurisprudência direcionam-se para a possibilidade do controle da legalidade. Assim, será possível ao Poder Judiciário reprimir eventuais abusos e ilegalidades cometidas durante a execução das medidas do Estado de Defesa ou de Sítio, inclusive por meio de mandado de segurança e habeas corpus, pois a excepcionalidade da medida não possibilita a total supressão dos direitos e garantias individuais, e tampouco configura um salvo-conduto aos agentes políticos para total desrespeito à constituição e às leis. Em relação, porém, à análise do mérito discricionário do Poder Executivo (no caso do Estado de defesa) e desse juntamente 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 decretação⁶⁷⁴.

1.1 Quadro comparativo: estado de defesa e estado de sítio			
Previsão legal:		Hipóteses:	
Estado de Defesa Art. 136, caput		Estado de Defesa	1. ordem pública ou paz social ameaçada,
Estado de Sítio Art. 137, I			2. instabilidade institucional,
Estado de Sítio Art. 137, II			3. calamidade natural
Atribuição para a decretação:		Estado de Sítio - Art. 137, I	1. comoção nacional,
Estado de Defesa	Presidente da República (art. 84, IX, da CF)		2. ineficácia do Estado de Defesa
Estado de Sítio - Art.	Presidente da	Estado de Sítio - Art.	1. Declaração de

⁶⁷⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários... Op. cit. v. 3. p. 68-69, inclusive citando Acórdão do Supremo Tribunal Federal n.º 3.556, de 10-6-1914, onde se afirmou que "tratando-se de ato de natureza essencialmente política, o Judiciário não pode entrar na apreciação dos fatos que o motivaram".

137, I	República (art. 84, IX, da CF)	137, II	guerra,
Estado de Sítio - Art. 137, II	Presidente da República (art. 84, IX, da CF)		2. Reposta à agressão armada estrangeira
Procedimento:			
Estado de Defesa Presidente verifica a hipótese legal, solicita pareceres dos Conselhos da República (CF, art. 89) e de Defesa Nacional (CF, art. 91). Com os pareceres, decidirá se decreta ou não o Estado de Defesa.			
Estado de Sítio - Art. 137, I Presidente verifica a hipótese legal, solicita pareceres dos Conselhos da República (CF, art. 89) e de Defesa Nacional (CF, art. 91). Com os pareceres, solicita ao Congresso Nacional autorização para decretação do Estado de Sítio, expondo os motivos determinantes do pedido. O Congresso Nacional somente poderá autorizar por maioria absoluta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Com a autorização, o Presidente poderá decretar o Estado de Sítio.			
Estado de Sítio - Art. 137, II -> IDEM O PROCEDIMENTO ANTERIOR DE DECRETAÇÃO DE ESTADO DE SÍTIO.			
Prazo:			
Estado de Defesa Máximo de 30 dias, prorrogado por mais 30 (trinta) dia uma única vez.			
Estado de Sítio - Art. 137, I Máximo de 30 dias, prorrogado por mais 30 dias, de cada vez.			
Estado de Sítio - Art. 137, II O tempo necessário da guerra ou para repelir a agressão armada estrangeira.			
Áreas abrangidas:			
Estado de Defesa Locais restritos e determinados (CF, art. 136, caput).			
Estado de Sítio - Art. 137, I Âmbito nacional. Após o Decreto, o Presidente especificará as medidas específicas e as áreas abrangidas (CF, art. 138, caput).			
Estado de Sítio - Art. 137, II Âmbito nacional. Após o Decreto, o Presidente especificará as medidas específicas e as áreas abrangidas (CF, art. 138, caput).			
Restrições a direitos e garantias individuais ⁶⁷⁵ :			
Estado de Defesa Poderão ser restringidos (CF, art. 136) as previsões do art. 5.º, XII (sigilo de correspondência e de comunicações telegráficas e telefônicas), XVI (direito de reunião) e LXI (exigibilidade de prisão somente em flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente).			
Estado de Sítio - Art. 137, I Poderão ser restringidos (CF, 139) as previsões do art. 5.º, XI (inviolabilidade domiciliar), XII (sigilo de correspondência e de comunicações telegráficas e telefônicas), XVI (direito de reunião), XXV (direito de propriedade), LXI (exigibilidade de prisão somente em flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente) e também o art. 220 (liberdade de manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação).			
Estado de Sítio - Art. 137, II Poderão ser restringidos, em tese, todas as garantias constitucionais, desde que presentes três requisitos constitucionais:			
1. Necessidade de efetivação da medida			
2. Tenham sido objeto de deliberação por parte do Congresso Nacional no momento de autorização da medida			

⁶⁷⁵ A título comparativo, consultar Paolo Barile, op. cit. p. 450-452, que disserta sobre as hipóteses de suspensão temporária de determinadas liberdades constitucionais, em virtude de intervenções governamentais de urgência.

3. Devem estar expressamente previstos no Decreto presidencial. Nacional (CF, art. 138, caput, c.c. 139, caput).	
Controle político sobre a decretação:	
Estado de Defesa É posterior. Decretado o Estado de defesa ou sua prorrogação, o Presidente da República, dentro de 24 horas, submeterá o ato com a respectiva justificativa ao Congresso Nacional, que somente aprovará a decretação por maioria absoluta e ambas as Casas Legislativas (CF, art. 136, § 4.º), editando o respectivo Decreto Legislativo (CF, art. 49, IV).	
Estado de Sítio - Art. 137, I O Controle Congressional é prévio, uma vez que há necessidade de autorização para que o Presidente o decrete.	
Estado de Sítio - Art. 137, II O Controle Congressional é prévio, uma vez que há necessidade de autorização para que o Presidente o decrete.	
Fiscalização Política sobre as medidas:	
Estado de Defesa A mesa do Congresso Nacional, ⁶⁷⁶ ouvidos os líderes partidários, designará Comissão composta de cinco de seus membros para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas referentes ao estado de defesa e ao estado de sítio.	
Estado de Sítio - Art. 137, I IDEM	Estado de Sítio - Art. 137, II IDEM
Atividade parlamentar:	
Estado de Defesa O Congresso Nacional permanecerá em funcionamento até o término das medidas coercitivas (CF, art. 136, § 6.º). Em hipótese alguma permite-se o constrangimento do Poder Legislativo, sob pena de crime de responsabilidade (CF, art. 85, II).	
Estado de Sítio - Art. 137, I IDEM (CF, art. 138, § 3.º). Além disso, no Estado de Sítio não se incluirá a possibilidade de restrição à liberdade de informação, a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.	
Estado de Sítio - Art. 137, II IDEM (CF, art. 138, § 3.º). Além disso, no Estado de Sítio não se incluirá a possibilidade de restrição à liberdade de informação, a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.	
Responsabilidade:	
Estado de Defesa -> Cessado o estado de defesa ou o estado de sítio, cessarão também seus efeitos, sem prejuízo da responsabilidade pelos ilícitos cometidos por seus executores ou agentes (CF, art. 141, caput).	
Estado de Sítio - Art. 137, I IDEM	Estado de Sítio - Art. 137, II IDEM
Prestação de contas:	
Estado de Defesa -> Cessada a situação excepcional, 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 (CF, art. 141, parágrafo único).	
Estado de Sítio - Art. 137, I IDEM	Estado de Sítio - Art. 137, II IDEM
Desrespeito dos requisitos e pressupostos constitucionais por parte do Presidente da República:	
Estado de Defesa Crime de responsabilidade (CF, art. 85), sem prejuízo das	

⁶⁷⁶ A Mesa do Congresso Nacional, como já visto, é composta de sete membros: Presidente do Senado Federal, 1.º Vice-Presidente da Câmara dos Deputados, 2.º Vice-Presidente do Senado Federal, 1.º Secretário da Câmara dos Deputados, 2.º Secretário do Senado Federal, 3.º Secretário da Câmara dos Deputados, 4.º Secretário do Senado Federal.

responsabilidades civis e penais.	
Estado de Sítio - Art. 137, I IDEM	Estado de Sítio - Art. 137, II IDEM

2 FORÇAS ARMADAS

As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República (CF, art. 84, XIII), e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Os membros das Forças Armadas são denominados militares e estão sob a chefia do Presidente da República.

A Emenda Constitucional n.º 23, promulgada em 2-9-1999, estabeleceu com status constitucional os cargos de Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, que serão nomeados pelo Presidente da República (CF, art. 84, XIII). Ressalte-se que a citada emenda, apesar de criar o Ministério de Estado da Defesa, a ser ocupado privativamente por brasileiros natos (CF, art. 12, § 3.º, VII), em substituição aos antigos Ministérios Militares, manteve o mesmo status de Ministros de Estado para os Comandantes das três armas, como se verifica pelas previsões de foro privilegiado no Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade (CF, art. 102, I, c) e no Senado Federal, nos crimes de responsabilidade conexos com os do Presidente da República (CF, art. 52, I). Além disso, de forma idêntica às previsões referentes aos Ministros de Estado, estabeleceu a EC n.º 23/99 competir ao Superior Tribunal de Justiça o processo e julgamento dos mandados de segurança e os habeas data contra ato dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, e os habeas corpus quando o coator for Comandante da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

Compete ao Presidente, ainda, a iniciativa de lei para a fixação ou modificação dos efetivos das Forças Armadas (CF, art. 61, § 1.º, I) e para as leis que disponham sobre militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria (CF, art. 61, § 1.º, II, f)⁶⁷⁷.

A Constituição Federal prevê que o Congresso Nacional deve editar lei complementar estabelecendo as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas. Porém, desde logo, determina que o serviço militar é obrigatório nos termos da lei⁶⁷⁸, salvo para as mulheres e os eclesiásticos, que estarão isentos em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir. Compete, ainda, às Forças Armadas, na forma da lei⁶⁷⁹, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar (CF, art. 5.º, VIII - escusa de consciência).

Anote-se, finalmente, que aos membros das Forças Armadas aplicam-se as seguintes disposições constitucionais, além do que vier a ser fixado em lei⁶⁸⁰:

⁶⁷⁷ Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 18, de, 5 de fevereiro de 1998.

⁶⁷⁸ Lei n.º 4.375, de 17-8-1964, regulamentada pelo Decreto n.º 57.654, de 20-1-1966.

⁶⁷⁹ Lei n.º 8.239, de 4-10-1991, regulamentada pela Portaria n.º 2.681 - Cosemi, de 28-7-1992, aprovando o Regulamento da Lei de Prestação do Serviço Alternativo ao Serviço Militar Obrigatório.

⁶⁸⁰ Conferir observações no Capítulo 9 - Administração pública - itens 17 a 19.

- as patentes, com prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes, são conferidas pelo Presidente da República e asseguradas com plenitude aos oficiais da ativa, da reserva ou reformados, sendo-lhes privativos os títulos e postos militares e, juntamente com os demais membros, o uso dos uniformes das Forças Armadas;
- o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente será transferido para a reserva, nos termos da lei;
- o militar da ativa que, de acordo com a lei, tomar posse em cargo, emprego ou função pública civil temporária, não eletiva, ainda que da administração indireta, ficará agregado ao respectivo quadro e somente poderá, enquanto permanecer nessa situação, ser promovido por antigüidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a reserva, sendo depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não, transferido para a reserva, nos termos da lei.
- ao militar são proibidas a sindicalização e a greve;
- o militar, enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos;
- o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra;
- o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença judicial transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior;
- aplica-se aos militares o disposto no art 7.º, incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV e no art. 37, incisos XI, XIII, XIV e XV;
- aplica-se aos militares e a seus pensionistas o disposto no art. 40, §§ 7.º e 8.º;
- a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.

3 SEGURANÇA PÚBLICA

A Constituição Federal preceitua que a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, sem contudo reprimir-se abusiva e inconstitucionalmente a livre manifestação de pensamento, por meio dos seguintes órgãos:

- polícia federal: deve ser instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira. Destina-se a: apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas

áreas de competência; exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras⁶⁸¹; exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

- polícia rodoviária federal: é órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais;
- polícia ferroviária federal: órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais;
- polícias civis: deverão ser dirigidas por delegados de polícia de carreira, são incumbidas, ressalvada a competência da União, das funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto das infrações militares;
- polícias militares: sua atribuição é de polícia ostensiva, para preservação da ordem pública⁶⁸²;
- corpos de bombeiros militares: além das atribuições definidas em lei, são incumbidos da execução de atividades de defesa civil.

A polícia, como conceitua Guido Zanobini, é "a atividade da administração pública dirigida a concretizar, na esfera administrativa, independentemente da sanção penal, as limitações que são impostas pela lei à liberdade dos particulares ao interesse da conservação da ordem, da segurança geral, da paz social e de qualquer outro bem tutelado pelos dispositivos penais", sendo usual a classificação da polícia em dois grandes ramos: polícia administrativa e polícia judiciária, conforme salienta André Laubadère. A polícia administrativa é também chamada de polícia preventiva, e sua função consiste no conjunto de intervenções da administração, conducentes a impor à livre ação dos particulares a disciplina exigida pela vida em sociedade.

Esta classificação foi adotada pela Constituição Federal de 1988, ao prever taxativamente no art. 144, que a segurança pública, dever do Estado, é exercida para a preservação da ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio da polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis e polícias militares e corpos de bombeiros.

A multiplicidade dos órgãos de defesa da segurança pública, pela nova Constituição, teve dupla finalidade: o atendimento aos reclamos sociais e a redução da possibilidade de intervenção das Forças Armadas na segurança interna.

O art. 144, § 6.º, da Constituição Federal localiza as polícias militares e os corpos de bombeiros militares como forças auxiliares e reserva do Exército, subordinando-os, juntamente com as polícias civis, aos governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios⁶⁸³.

⁶⁸¹ Redação dada pela emenda Constitucional n.º 19, promulgada em 4-6-1998 e publicada no Diário Oficial da União em 5-6-1998. Ressalte-se que o art. 34 da própria Emenda Constitucional estabeleceu que sua entrada em vigor seria na data de sua promulgação.

⁶⁸² A EC n.º 38, promulgada em 12-6-2002, determinou a incorporação dos Policiais Militares do extinto território Federal de Rondônia aos quadros da União, desde que, comprovadamente, se encontrassem no exercício regular de suas funções prestando serviços àquele exterritório na data em que foi transformado em Estado.

⁶⁸³ STF - "Distrito Federal: polícia civil e militar: organização e manutenção da União: significado. Ao prescrever a Constituição (art. 21, XIV) que compete à União organizar e manter a polícia do Distrito Federal - apesar do contra-senso de entregá-la depois ao comando do Governador (art. 144, § 6.º) - parece não poder a lei distrital dispor sobre o essencial do verbo manter, que é prescrever quanto custará pagar os quadros de servidores policiais: desse modo a liminar do Tribunal de Justiça local, que impõe a equiparação de vencimentos entre

Por fim, a Constituição Federal concedeu aos Municípios a faculdade, por meio do exercício de suas competências legislativas, de constituição de guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei, sem, contudo, reconhecer-lhes a possibilidade de exercício de polícia ostensiva ou judiciária.

O art. 144, § 7.º, determina que a lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades. Como salientado por Tercio Sampaio Ferraz Jr., "faz mister uma política nacional de segurança pública, para além da transitoriedade dos governos e arredada de toda instrumentalização clientelística", concluindo que "devemos conscientizar-nos de que os temas da segurança pública não pertencem apenas às polícias, mas dizem respeito a todos os órgãos governamentais que se integram, por via de medidas sociais de prevenção ao delito. A comunidade não deve ser afastada, mas convidada a participar do planejamento e da solução das controvérsias que respeitem a paz pública".

Ressalte-se que a remuneração dos servidores policiais citados será fixada na forma do § 4.º do art. 39 (conferir Capítulo 9, item 14).

14 ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA

O Direito Constitucional moderno ampliou as tradicionais dimensões da Constituição, incluindo entre outras matérias, normas referentes à ordem econômica e financeira, no Título VII, que foi subdividido em quatro capítulos: dos princípios Gerais da Atividade Econômica (CF, arts. 170 a 181); da política urbana (CF, arts. 182 e 183); da política agrícola e fundiária e da reforma agrária (CF, arts. 184 a 191) e do sistema financeiro nacional (CF, art. 192).

Como ressaltado por José Alfredo de Oliveira Baracho, a "relação entre Constituição e Sistema Econômico ou mesmo Regime Econômico, é freqüente nas constituições modernas, que contemplam pautas fundamentais em matéria econômica. Chega-se a falar que, ao lado de uma constituição política, reconhece-se a existência de uma Constituição econômica".

1 DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

A ordem econômica constitucional (CF, arts. 170 a 181), fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos expressamente previstos em lei e tem por fim assegurar a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios previstos no art. 170.

Conforme salienta Raul Machado Horta, "no enunciado constitucional, há princípios - valores: Soberania nacional, propriedade privada, livre concorrência. Há princípios que se confundem com intenções: reduções das desigualdades regionais, busca do pleno emprego; tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte (alterado pela EC n.º 6/95); função social da propriedade. Há princípios de ação política: defesa do consumidor, defesa do meio ambiente".

São princípios gerais da atividade econômica:

policiais - servidores mantidos pela União - e servidores do Distrito Federal parece que, ou impõe a este despesa que cabe à União ou, se a imputa a esta, emana de autoridade incompetente e, em qualquer hipótese, acarreta risco de grave lesão à ordem administrativa" (RTJ 165/500).

- soberania nacional: repetição do princípio geral da soberania (CF, art. 1.º, I e 4.º), com ênfase na área econômica;
- propriedade privada: corolário dos direitos individuais previstos no art. 5.º, XXII, XXIV, XXV, XXVI da Carta Magna;
- função social da propriedade: corolário da previsão do art. 5.º, XXIII, e art. 186, da Constituição Federal;
- livre concorrência: constitui livre manifestação da liberdade de iniciativa, devendo, inclusive, a lei reprimir o abuso de poder econômico que visar a dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (CF, art. 173, § 4.º);
- defesa do consumidor;
- defesa do meio ambiente: a Constituição Federal trata de forma ampla a defesa do meio ambiente no Título VIII - Da ordem social; capítulo VI (art. 225);
- redução das desigualdades regionais e sociais: constitui também um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF, art. 3.º, III);
- busca do pleno emprego;
- tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras que tenham sua sede e administração no País: a Emenda Constitucional n.º 6, de 15-8-1995, alterou a redação dos arts. 170, IX, 176, § 1.º; revogou o art. 171, e criou o art. 246, na Constituição Federal, trazendo novidades em relação ao tratamento das empresas brasileiras. A redação anterior previa como um dos princípios da ordem econômica, o "tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte". Por sua vez, o art. 171⁶⁸⁴ que trazia as definições de empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional foi revogado, inexistindo qualquer diferenciação ou benefício nesse sentido, inclusive, em relação à pesquisa e à lavra de recursos minerais e aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica; em face da alteração da redação originária do art. 176, § 1.º, da Constituição Federal, basta que sejam empresas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

2 INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONOMICO

Apesar do texto constitucional de 1988 ter consagrado uma economia descentralizada, de mercado, autorizou o Estado a intervir no domínio econômico como agente normativo e regulador, com a finalidade de exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento indicativo ao setor privado, sempre com fiel observância aos princípios constitucionais da ordem econômica, pois como ressaltado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a ordem econômica está "sujeita a uma ação do Estado de caráter normativo e regulador".

⁶⁸⁴ Antiga redação do art. 171 (Revogado): "São consideradas: I - empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País; II - empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residências no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades. § 1.º A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional: I - conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País; II - estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisito: a) a exigência de que o controle referido no inciso II do caput se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absolver tecnologia; b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno. § 2.º Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional."

Miguel Reale Júnior aponta que "esta atuação do Estado como agente normativo ou regulador é de ser concretizada com respeito aos princípios que regem a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, visando a assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170 da CF) “.

Dentro dessa possibilidade de regulação da ordem econômica, o texto constitucional estabeleceu, em seu art. 149, a competência exclusiva da União para instituir contribuições de intervenção no domínio econômico, cuja natureza jurídica é tributária⁶⁸⁵.

A EC n.º 33/01 permitiu, especificamente, a incidência de contribuição de intervenção de domínio econômico sobre a importação de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível (CF, art. 149, § 2.º, II), prevendo que a lei que as instituí-las deverá atender a determinados requisitos (CF, art. 177, § 4.º).

Assim, a alíquota da contribuição poderá ser diferenciada por produto ou uso ou reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, independentemente do princípio da anterioridade (CF, art. 150, III, b).

Igualmente, a EC n.º 33/01 direcionou os recursos arrecadados com a cobrança dessa contribuição de intervenção no domínio econômico, determinando que deverão ser destinados ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo; ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e gás e ao financiamento de programas de infraestrutura de transportes.

3 DA POLÍTICA URBANA

3.1 Competência para estabelecimento de políticas de desenvolvimento urbano

O tema já foi tratado conjuntamente com as competências legislativas dos Municípios.

3.2 Usucapião constitucional de área urbana

Aquele que possuir como sua área urbana de até 250 metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Nessa hipótese, o título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. A Constituição Federal veda a possibilidade de reconhecimento desse direito ao mesmo possuidor mais de uma vez (CF, art. 183).

Importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que, para os fins previstos no art. 183, não se considera o tempo de posse anterior à promulgação da Carta de 1988, não se aplicando o entendimento da Súmula 445 do STF ("A Lei n.º 2.437, de 7-3-55, que reduz prazo prescricional é aplicável às prescrições em curso na data de sua vigência (1-1-56), salvo quanto aos processos então pendentes").

Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

4 DA POLÍTICA AGRÍCOLA E FUNDIÁRIA E DA REFORMA AGRÁRIA

4.1 Preceitos da política agrícola

⁶⁸⁵ Conferir histórico feito por Ives Gandra sobre as contribuições (Comentários... Op. cit. 6 v..t. 1, p. 127 ss). Pinto Ferreira, igualmente, enumera extensa doutrina nacional e estrangeira nesse sentido (Comentários... Op. cit. p. 308-309). Na jurisprudência: STF - Pleno – Rextr. n.º 138.284/UF - Rel. Min. Carlos Velloso, decisão: 1.º-7-1992 - trecho do voto do ministro-relator in RDA 190/82.

A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente, os seguintes preceitos: os instrumentos creditícios e fiscais; os preços compatíveis com os custos de produção e a garantia de comercialização; o incentivo à pesquisa e à tecnologia; a assistência técnica e extensão rural; o seguro agrícola; o cooperativismo; a eletrificação rural e irrigação; a habitação para o trabalhador rural.

4.2 Destinação das terras públicas e devolutas

Nesta linha política de continuidade das constituições anteriores, o legislador constituinte de 1988 determinou que a destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária, bem como que a alienação ou a concessão, a qualquer título, de terras públicas com área superior a 2.500 hectares a pessoa física ou jurídica, ainda que por interposta pessoa, dependerá de prévia aprovação do Congresso Nacional, exceto se as alienações ou as concessões forem para fins de reforma agrária.

Terras devolutas, na definição de Hely Lopes Meirelles, são "todas aquelas que, pertencentes ao domínio público de qualquer das entidades estatais, não se acham utilizadas pelo Poder Público, nem destinadas a fins administrativos específicos. São bens públicos patrimoniais ainda não utilizados pelos respectivos proprietários. Tal conceito nos foi dado pela Lei Imperial 601, de 18-9-1850 e tem sido aceito uniformemente pelos civilistas. Estas terras, até a proclamação da República, pertenciam à Nação; pela Constituição de 1891 foram transferidas aos Estados-membros (art. 64) e alguns destes as transpassaram, em parte, aos Municípios. Constituem, todavia, domínio da União as terras devolutas dos Territórios Federais e as que forem por lei declaradas indispensáveis à segurança e ao desenvolvimento nacionais, nos termos do art. 4.º, I, da Constituição da República. Dentre estas últimas estão as terras devolutas situadas na faixa de cem quilômetros de largura em cada lado do eixo das rodovias da Amazônia legal, que o Decreto-lei n.º 1.164/71 declarou indispensáveis à segurança e ao desenvolvimento nacionais e incorporou ao patrimônio da União (arts. 1.º e 2.º)".

Ressalte-se, como ensina Celso de Mello, que "a inexistência de registro imobiliário não é suficiente para a caracterização do domínio público. Essa circunstância não induz à presunção de que as terras sejam devolutas. O fato de o imóvel não se achar registrado em nome de um particular não o converte em terra devoluta (RTJ 65/856, 99/234, 81/191; RJTJSP 19/54, 23/ 260, 26/246; RT 405/153, 411/120, 419/129, 490/65, 551/110, 520/141, 549/204). Nesse mesmo sentido: Pontes de Miranda, Tratado de direito privado, Borsoi, v. 12, § 1.419. Em sentido contrário: Considera-se devoluta toda a terra sobre a qual não recaia título registrado no Registro de Imóveis (RF 159/71, 116/470; RT 388/ 619, 307/260, 257/465). Trata-se de posição atualmente minoritária (RDA 134/ 208). Registre-se, ainda, que não basta a mera alegação de ser, a terra, devoluta. É necessário que o Poder Público prove que o imóvel é de sua propriedade: RT 537/ 77, 541/131, 555/223, 558/95".

4.3 Reforma agrária

A Constituição Federal concedeu à União a competência para desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural. Reforma agrária deve ser entendida como o conjunto de notas e planejamentos estatais mediante intervenção do Estado na economia

agrícola com a finalidade de promover a repartição da propriedade⁶⁸⁶ e renda fundiária. Esse procedimento expropriatório para fins de reforma agrária deverá respeitar o devido processo legal, havendo necessidade de vistoria e prévia notificação ao proprietário, uma vez que haverá privação de bens particulares.

São exigidos, entretanto, os seguintes requisitos permissivos para a reforma agrária:

- imóvel não estiver cumprindo sua função social: A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos (CF, art. 186): aproveitamento racional e adequado; a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho; exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. Dessa forma, o legislador constituinte manteve na Constituição de 1988 a expropriação-sanção como modalidade especial e excepcional de intervenção do poder público na esfera da propriedade privada, quando essa não estiver cumprindo sua função social.
- prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até 20 anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei. Observe-se que o orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício;
- indenização em dinheiro das benfeitorias úteis e necessárias;
- edição de decreto que:
 - a. declare o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária;
 - b. autorize a União a propor a ação de desapropriação;
- isenção de impostos federais, estaduais e municipais para as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.

A análise dos requisitos constitucionais leva à conclusão de que a finalidade do legislador constituinte foi garantir um tratamento constitucional especial à propriedade produtiva, vedando-se sua desapropriação e prevendo a necessidade de edição de lei que fixe requisitos relativos ao cumprimento de sua função social.

Note-se que a Constituição veda a desapropriação da propriedade produtiva que cumpra sua função social.

Assim, são insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária (CF, art. 185):

- a pequena e média propriedade rural⁶⁸⁷, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

⁶⁸⁶ Conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça: "Reforma Agrária. Movimento Sem-Terra. Movimento popular visando a implantar a reforma agrária não caracteriza crime contra o patrimônio. Configura direito coletivo, expressão da cidadania, visando a implantar programa constante da Constituição da República. A pressão popular é própria do Estado de Direito Democrático" (HC n.º 5.574/SP – 6.ª T. - Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 8-4-97).

⁶⁸⁷ Em relação às pequenas e médias propriedades, importante destacar que o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, concedeu mandado de segurança impetrado contra decreto presidencial que declarou de interesse social para fins de reforma agrária imóvel rural que houvera se transformado em média-propriedade somente após sua vistoria para fins expropriatórios. O STF considerou lícita a argumentação de tratar-se de média propriedade e, portanto, insuscetível de reforma agrária. Note-se que nesse julgado, a maioria do Tribunal (vencidos os Ministros Nelson Jobim, Ilmar Galvão, Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Néri Silveira) entendeu ser direito do proprietário do imóvel repartir sua propriedade, mesmo após a vistoria do imóvel para fins de reforma agrária, devendo eventual divisão

- a propriedade produtiva⁶⁸⁸.

Os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária, homens ou mulheres, independentemente do estado civil, receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de 10 anos (CF, art. 189).

4.4 Usucapião constitucional de área rural

A Constituição Federal criou o chamado usucapião constitucional ou pro labore, em favor daquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a 50 hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família e tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. Em contrapartida, porém, vedou qualquer possibilidade de usucapião em imóveis públicos.

5 DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:

- a autorização para o funcionamento das instituições financeiras, assegurando às instituições bancárias oficiais e privadas acesso a todos os instrumentos do mercado financeiro bancário, sendo vedada a essas instituições a participação em atividades não previstas na autorização de que trata este inciso;
- autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador e do órgão oficial ressegurador;
- a autorização referida nos dois itens anteriores será inegociável e intransferível, permitida a transmissão do controle da pessoa jurídica titular e concedida sem ônus, na forma da lei do sistema financeiro nacional, a pessoa jurídica cujos diretores tenham capacidade técnica e reputação ilibada e que comprove capacidade econômica compatível com o empreendimento;
- as condições para a participação do capital estrangeiro nas instituições a que se referem os itens anteriores, tendo em vista, especialmente:
 - a. os interesses nacionais;
 - b. os acordos internacionais;
- a organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central e demais instituições financeiras públicas e privadas;
- os requisitos para a designação de membros da diretoria do Banco Central e demais instituições financeiras, bem como seus impedimentos após o exercício do cargo;

fraudulenta ser examinada em ação própria e jamais em sede de mandado de segurança (Informativo STF n.º 80 - MS n.º 22.591 - Rel. Min. Moreira Alves, 20-8-97; tendo sido citados os seguintes precedentes: MS n.º 21.010 e MS n.º 22.645).

⁶⁸⁸ Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, em relação à produtividade: "Produtividade - Reforma agrária. Decorrendo das peças dos autos obstáculo criado pelo Poder Público à exploração do imóvel, como é a tentativa de desapropriação rechaçada no âmbito do Judiciário, impõe-se a declaração de insubsistência do decreto desapropriatório" (STF - Pleno - MS n.º 22.859-8/MG - Rel. Min. Marco Aurélio - Diário da Justiça, Seção 1, 30 mar. 2001, p. 81).

- a criação de fundo ou seguro, com o objetivo de proteger a economia popular, garantindo créditos, aplicações e depósitos até determinado valor, vedada a participação de recursos da União;
- os critérios restritivos da transferência de poupança de regiões com renda inferior à média nacional para outras de maior desenvolvimento;
- o funcionamento das cooperativas de crédito e os requisitos para que possam ter condições de operacionalidade e estruturação próprias das instituições financeiras;
- os recursos financeiros relativos a programas e projetos de caráter regional, de responsabilidade da União, serão depositados em suas instituições regionais de crédito e por elas aplicados;
- as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a 12% ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar (CF, art. 192, § 3.º). A jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, à partir da Adin n.º 4, julgada pelo Plenário em 7-3-1991, relator o Ministro Sydney Sanches, firmou-se no sentido de que o § 3.º do art. 192 da Constituição Federal não é auto-aplicável, necessitando da edição da lei complementar referida no caput do artigo.

15 ORDEM SOCIAL

A base constitucional da Ordem Social é o primado do trabalho, e o objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

A Constituição Federal disciplinou no Título VIII a Ordem Social, dividindo-a em oito capítulos: Disposição Geral (CF, art. 193); seguridade social (CF, arts. 194 a 204); educação, cultura e desporto (CF, arts. 205 a 217); ciência e tecnologia (CF, arts. 218 e 219); comunicação social (CF, arts. 220 a 224); meio ambiente (CF, art. 225); família, criança, adolescente e idoso (CF, arts. 226 a 230); índios (CF, arts. 231 a 232).

1 SEGURIDADE SOCIAL

A seguridade social foi constitucionalmente subdividida em normas sobre a saúde, previdência social e assistência social, regendo-se pelos princípios da universalidade da cobertura e do atendimento, da igualdade ou equivalência dos benefícios, da unidade de organização pelo Poder Público e pela solidariedade financeira, uma vez que é financiada por toda a sociedade.

1.1 Parte geral

1.1.1 Conceito

A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Determinou a Constituição que a seguridade será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

- do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados - a qualquer

título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício -, a receita ou o faturamento; o lucro;

- do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal⁶⁸⁹. Dessa forma, a partir da EC n.º 20/98 é inadmissível a incidência de contribuição sobre proventos de inatividade e pensões.

- sobre a receita de concursos de prognósticos.

O art. 195 e incisos da Constituição Federal, ao disporem sobre o custeio da seguridade social, não prevê contribuição a cargo dos aposentados e pensionistas, sendo vedado aos Estados-membros ou Municípios editarem disciplina em contrário, seja nas Constituições Estaduais, seja nas respectivas Leis Orgânicas Municipais.

1.1.2 Objetivos

A Constituição Federal determina competir ao Poder Público a organização, nos termos da lei, da seguridade social, com a observância obrigatória dos seguintes objetivos:

- universalidade da cobertura e do atendimento;
- uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- irredutibilidade do valor dos benefícios;
- equidade na forma de participação no custeio;
- diversidade da base de financiamento;
- caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, mediante a gestão quadripartite, com a participação dos trabalhadores, dos empregados, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

1.2 Saúde

1.2.1 Conceito

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (CF, art. 196), sendo de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (CF, art. 197).

1.2.2 Diretrizes e preceitos constitucionais relacionados à saúde

O art. 198 da Constituição Federal estabelece que as ações e os serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes e preceitos:

⁶⁸⁹ Antes da Emenda Constitucional n.º 20/98, o art. 195, ao dispor sobre o custeio da seguridade social, possibilitava a cobrança de contribuição do inativo (STF - Pleno - Adin n.º 1.441/DF - medida liminar - Rel. Min. Octávio Gallotti, Informativo STF n.º 49), porém, não impedia os Estados-membros de isentarem de contribuição os aposentados e os pensionistas (STF - Pleno - Adin n.º 1.433-1/GO - medida liminar - Rel. Min. Ilmar Galvão, Diário da Justiça, Seção I, 1.º jul. 1996, p. 23.861).

- descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- participação da comunidade;
- financiamento do Sistema único de Saúde nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. A Emenda Constitucional n.º 20/98 estabeleceu que a lei definirá os critérios de transferência de recursos para o sistema único de saúde e ações de assistência social da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e dos Estados para os Municípios, observada a respectiva contrapartida de recursos (CF, art. 195, § 10);
- liberdade na assistência à saúde para a iniciativa privada;
- possibilidade de as instituições privadas participarem de forma complementar do Sistema único de Saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos;
- vedação a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos;
- vedação à participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no país, salvo nos casos previstos em lei.

1.2.3 Atribuições constitucionais do Sistema único de Saúde

Ao Sistema único de Saúde, além de outras atribuições, nos termos da lei compete:

- controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;
- fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

1.3 Previdência social

1.3.1 Plano de previdência social

O art. 201 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998, estabelece que a previdência social será organizada sob a

forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. Prevê, ainda, que a previdência social atenderá, nos termos da lei, os seguintes preceitos:

- cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
- proteção à maternidade, especialmente à gestante;
- proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
- salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
- pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

A Emenda Constitucional n.º 20/98, dando nova redação ao § 1.º do art. 201, veda a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar⁶⁹⁰.

A Constituição Federal ainda garante que todos os salários de contribuição considerados para o cálculo do benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei, e assegura o reajustamento dos benefícios, no intuito de preservar-lhe, em caráter permanente, o valor real.

Veda-se, por fim, a filiação ao regime geral de previdência social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência.

A EC n.º 20/98 manteve as previsões de que nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo (art. 201, § 2.º)⁶⁹¹ e de que a gratificação natalina dos aposentados e pensionistas terá por base o valor dos proventos do mês de dezembro de cada ano (art. 201, § 6.º).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já havia pacificado a auto-aplicabilidade dessas normas, entendendo que a garantia jurídico-previdenciária prevista nessas normas "deriva de norma provida de eficácia plena e revestida de aplicabilidade direta e imediata. Esse preceito da Lei Fundamental qualifica-se como estrutura jurídica dotada de suficiente densidade normativa, a tornar prescindível qualquer mediação legislativa concretizadora do comando nele positivado. Essa norma constitucional - por não reclamar a interpositio legislatoris - opera, em plenitude, no plano jurídico, todas as suas virtualidades eficaciais, revelando-se aplicável, em consequência, desde a data da promulgação da Constituição Federal de 1988. A exigência inscrita no art. 195, § 5.º, da Carta Política traduz comando que tem, por destinatário exclusivo, o próprio legislador ordinário, no que se refere à criação, majoração ou extensão de outros benefícios ou serviços da seguridade social".

1.3.2 Regras sobre aposentadoria

⁶⁹⁰ O art. 15 da EC n.º 20/98 estabelece: "Até que a lei complementar a que se refere o art. 201, § 1.º, da Constituição Federal, seja publicada, permanece em vigor o disposto nos arts. 57 e 58 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, na redação vigente à data da publicação desta Emenda".

⁶⁹¹ Trata-se do antigo art. 201, § 5.º, da CF.

A Constituição Federal prevê em seu art. 201, § 7.º, que será assegurada, nos termos da lei⁶⁹², a aposentadoria no regime geral de previdência social, desde que obedecidas as seguintes condições não cumulativas:

- 35 anos de contribuição⁶⁹³, se homem, e 30 anos de contribuição, se mulher;
- 65 anos de idade, se homem, e 60 anos de idade, se mulher;
- 60 anos de idade, se homem, e 55 anos de idade, se mulher, para os trabalhadores rurais e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal;
- no caso de professor, 30 anos de contribuição, se homem, e 25 anos de contribuição, se mulher; desde que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

A Emenda Constitucional n.º 20/98 estabeleceu um limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social, fixando-o em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais)⁶⁹⁴, e previu a obrigatoriedade de seu reajuste, a partir da data de sua publicação, para preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado-o pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.

Esse limite máximo para os valores dos benefícios do regime geral de previdência social, porém, conforme entendimento unânime do Supremo Tribunal Federal, "não se aplica à licença maternidade a que se refere o art. 7.º, XVIII, da CF, respondendo a Previdência Social pela integridade do pagamento da referida licença", pois, "tendo em vista que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (CF, art. 60, § 4.º, IV)", o Tribunal afastou "a exegese segundo a qual a norma impugnada imputaria o custeio da licença-maternidade ao empregador, concernente à diferença dos salários acima de R\$ 1.200,00, porquanto esta propiciaria a discriminação por motivo de sexo, ofendendo o art. 7.º, XXX, que é um desdobramento do princípio da igualdade entre homens e mulheres (CF, art. 5.º, I). Levou-se em consideração também que, entre os objetivos fundamentais da República do Brasil, está o de promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3.º, IV)".

1.3.3 Regra de transição de aposentadoria voluntária integral e proporcional

A EC n.º 20/98, em seu art. 9.º, possibilitou, ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas para o regime geral de previdência social, o direito à aposentadoria ao segurado que se tenha filiado ao regime geral de previdência social, até a

⁶⁹² Na vigência do texto original do art. 202 da CF ("É assegurada a aposentadoria, nos termos da lei,..."), o Supremo Tribunal Federal havia decidido pela ausência de auto-aplicabilidade da norma constitucional, que dependeria de integração legislativa, que somente foi implementada a partir das Leis n.ºs 8.212 e 8.213, ambas de 1991, que aprovaram os Planos de Custeio e de Benefícios de Previdência Social (STF – 2.º T. - Rextr. n.º 195.940-1- Rel. Min. Ilmar Galvão, Diário da Justiça, Seção I, 21 jun. 1996, p. 22.304. No mesmo sentido: STF – 1.ª T – Rextr. n.º 206.072-1/SP - Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 6 jun. 1997, p. 24.897).

⁶⁹³ O § 9.º, do art. 201, da CF, com a redação dada pela EC n.º 20/98 prevê: "Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural ou urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei."

⁶⁹⁴ Note-se que esse posicionamento de estabelecimento de um teto máximo para o valor dos benefícios na Constituição Federal nunca foi consenso no Congresso Nacional, pois como salientou o então relator das propostas revisionais aos arts. 40, 194, 195, 201, 202, 203, 204, 239, 240 e 245, ex-deputado federal e atual Ministro do STF, Nelson Jobim, em seu parecer n.º 78, de 1994-RCF: "Ao contrário do atual texto constitucional, não definimos o limite mínimo de valor, hoje estabelecido em um salário mínimo. Acreditamos que o piso e o teto de benefícios não devem ser tratados no texto constitucional."

data de sua publicação, desde que preencha cumulativamente os seguintes requisitos (verificar exemplos no Capítulo 9, item 15.1):

- 53 anos de idade, se homem, e 48 anos de idade, se mulher;
- tempo de contribuição igual, no mínimo, a soma de:
 - a. 35 anos, se homem, e 30 anos, se mulher; e
 - b. um período adicional de contribuição equivalente a 20% do tempo que, na data da publicação da EC n.º 20/98, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.

Em razão da cumulatividade dos requisitos, a regra de transição fixou idades mínimas para a aposentadoria integral do homem (53 anos) e da mulher (48 anos).

A EC n.º 20/98 permitiu, ainda, que o segurado possa aposentar-se com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições:

- 53 anos de idade, se homem, e 48 anos de idade, se mulher;
- tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:
 - a. 30 anos, se homem, e 25 anos, se mulher; e
 - b. um período adicional de contribuição equivalente a 40% do tempo de que, na data da publicação da EC n.º 20/98, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.

A aposentadoria proporcional corresponderá a 70% do valor máximo que o servidor poderia obter com a aposentadoria integral. Esse valor de 65%, será acrescido de 5% por ano de contribuição que supere a soma acima referida do tempo mínimo de contribuição, até o limite máximo de 100%.

1.3.4 Regra de transição para professor

A EC n.º 20/98 determinou a possibilidade de o professor, que, até a data de sua publicação tivesse exercido atividade de magistério, optar por aposentar-se na forma já descrita no item 1.3.3. Caso haja essa opção, o professor terá o tempo de serviço exercido até a publicação da EC n.º 20/98 contado com o acréscimo de 17%, se homem, e de 20%, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício das funções de magistério.

1.3.5 Regime de previdência privada de caráter complementar

A Emenda Constitucional n.º 20/98 inovou em termos constitucionais, trazendo a previsão do regime de previdência privada que será baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado.

O regime de previdência privada apresenta algumas características constitucionais:

- caráter complementar;
- organização autônoma em relação ao regime geral de previdência social;
- independência financeira em relação ao Poder Público: a Constituição Federal veda o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas. Excepcionalmente, somente, a possibilidade, nos termos de lei complementar, de qualquer dos entes federativos patrocinar entidade de previdência privada,

desde que sua contribuição normal não exceda a do segurado⁶⁹⁵⁶⁹⁶. Essa lei complementar, igualmente, estabelecerá os requisitos para a designação dos membros da diretoria das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação;

- facultatividade;
- regulamentação por lei complementar;
- publicidade de gestão: a lei complementar que regulamentará o regime de previdência privada assegurará aos participantes de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos.

Nos termos do art. 202, § 2.º, com a redação dada pela EC n.º 20/98, as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei.

Ressalte-se, por fim, que a EC n.º 20/98 determinou um prazo de 90 dias da data de sua publicação para que os projetos de leis complementares previstos para a regulamentação do regime de previdência privada de caráter complementar fossem apresentados ao Congresso Nacional.

1.4 Assistência social

A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição, pois não apresenta natureza de seguro social, sendo realizada com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizada com base na descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; e na participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Apresenta os seguintes objetivos constitucionais:

- a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
- o amparo às crianças e adolescentes carentes;
- a promoção da integração ao mercado de trabalho;
- a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
- a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

⁶⁹⁵ O § 5.º, do art. 202, com a redação dada pela EC n.º 20/98, amplia essa regulamentação ao afirmar: "A lei complementar de que trata o parágrafo anterior, aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada."

⁶⁹⁶ CF/67-69 - art. 8.º, XIV: "Compete à União estabelecer e executar planos nacionais de educação e de saúde, bem como planos regionais de desenvolvimento" e art. 8.º, XVII, q, - "legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional; normas gerais sobre desportos".

2 EDUCAÇÃO, CULTURA E DESPORTO

2.1 Educação

2.1.1 Conceito

A Constituição Federal proclama que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Assim como previsto na constituição anterior, é competência privativa da União legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (CF, art. 22, XXIV).

O conceito de educação, conforme ensina Celso de Mello, "é mais compreensivo e abrangente que o da mera instrução. A educação objetiva propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade do educando. O processo educacional tem por meta: a) qualificar o educando para o trabalho; e b) prepará-lo para o exercício consciente da cidadania. O acesso à educação é uma das formas de realização concreta do ideal democrático", devendo a qualidade do ensino ser analisada a partir dos fatores internos de avaliação e dos externos, pela análise da compatibilidade com a necessidade e os padrões da comunidade.

2.1.2 Princípios constitucionais do ensino

O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios (CF, art. 206):

- igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber. A liberdade de cátedra é um direito do professor, que poderá livremente exteriorizar seus ensinamentos aos alunos, sem qualquer ingerência administrativa, ressalvada, porém, a possibilidade da fixação do currículo escolar pelo órgão competente;
- pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
- gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- valorização dos profissionais do ensino, garantidos, na forma da lei, planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos⁶⁹⁷;
- gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
- garantia de padrão de qualidade.

⁶⁹⁷ "É inconstitucional o dispositivo da Constituição de Santa Catarina que estabelece o sistema eletivo, mediante voto direto e secreto, para a escolha dos dirigentes dos estabelecimentos de ensino. É que os cargos públicos ou são providos mediante concurso público, ou, tratando-se de cargo em comissão, mediante livre nomeação e exoneração do Chefe do Poder Executivo, se os cargos estão na órbita deste (CF art. 37, II, art. 84, XXV)" - STF - Pleno - Adin n.º 123-0/SC - Rel. Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça, Seção I, 12 set. 1997, p. 43.713. Nesse mesmo sentido, decidiu o STF: "As nomeações para os cargos da Administração, ressalvadas as hipóteses inscritas na Constituição, são da competência do Chefe do Poder Executivo (CF, art. 84, XXV), facultadas as delegações indicadas no parágrafo único do mesmo artigo 84, CF, II - Cautelar deferida para suspensão da eficácia, no § 1.º do art. 230 da Constituição do Ceará, que cuida da nomeação dos membros do Conselho de Educação, das expressões: indicados na seguinte proporção: um terço pelo Secretário de Educação do Ceará e dois terços pelo Legislativo" (STF - Pleno - Adin n.º 143-4/CE - Rel. Min. Carlos Velloso - Diário da Justiça, Seção 1, 30 mar. 2001, p. 80).

2.1.3 Objetivos constitucionais da educação (art. 214 da CF)

É competência do Congresso Nacional a edição de lei que estabeleça o plano nacional de educação, de duração plurianual, visando à articulação e ao desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis e à integração das ações do Poder público que conduzam à:

- erradicação do analfabetismo;
- universalização do atendimento escolar;
- melhoria da qualidade do ensino;
- formação para o trabalho;
- promoção humanística, científica e tecnológica do país.

2.1.4 Universidades

As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão (CF, art. 207) financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, sendo-lhes facultado, bem como às instituições de pesquisa científica e tecnológica, a admissão de professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei.

2.1.5 Preceitos constitucionais sobre a educação

O dever do Estado com a educação será efetivado com a observância dos seguintes preceitos constitucionais (CF, arts. 208, 209, 210):

- ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria;
- progressiva universalização do ensino médio gratuito;
- atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
- atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;
- acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
- oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
- atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde;
- fixação de conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais;
- previsão de existência de ensino religioso, de matrícula facultativa, constituindo disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental. O ensino religioso deverá ser ministrado de acordo com a fé religiosa do aluno;
- obrigatoriedade de o ensino fundamental regular ser ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

Dessa forma, o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo e o não-oferecimento pelo poder público, ou sua oferta insuficiente e irregular, poderá importar responsabilidade da autoridade competente (CF, art. 208, VII, §§ 1.º e 2.º).

A Constituição Federal afirmando que a educação é direito de todos, não obstante prever a liberdade de ensino à iniciativa privada (CF, art. 209)⁶⁹⁸, consagra a opção pelo ensino público.

2.1.6 Organização dos sistemas de ensino

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino⁶⁹⁹.

A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

2.1.7 Aplicação obrigatória de recursos à educação

A Constituição Federal determina, com caráter de obrigatoriedade, que a União aplicada que, anualmente, nunca menos de 18%, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios 25%, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e no desenvolvimento do ensino, excluindo-se a parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios.

Conforme já visto, a aplicação dos recursos constitucionalmente previstos na área da educação, a partir da Emenda Constitucional n.º 14, de 12-9-1996, com entrada em vigor, no primeiro de ano subsequente, tornou-se princípio sensível da Constituição Federal (CF, art. 34, VII, e), cuja inobservância pelo Estado-membro ou Distrito Federal possibilitará a intervenção federal.

2.2 Cultura

O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais, devendo proteger as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional, bem como fixar as datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

A própria Constituição Federal já define o conteúdo do patrimônio cultural brasileiro como os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da

⁶⁹⁸ Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais da educação nacional; II - autorização e avaliação de qualidade pelo poder público.

⁶⁹⁹ Nova redação dada pela Emenda Constitucional n.º 14, de 12-9-1996, cuja vigência é prevista pelo seu art. 6.º - "Esta emenda entrará em vigor a primeiro de janeiro do ano subsequente ao de sua promulgação".

sociedade brasileira; estabelece a obrigatoriedade do poder público, com a colaboração da comunidade, de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Além disso, enumera exemplificativamente um rol de elementos pertencentes ao patrimônio cultural brasileiro:

- as formas de expressão;
- os modos de criar, fazer e viver;
- as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
- as obras, os objetos, os documentos, as edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
- os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico;
- os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, que ficaram tombados pela Constituição Federal.

2.3 Desporto

2.3.1 Preceitos constitucionais

O art. 217 da Constituição Federal prevê como dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um, observados os seguintes preceitos.

- a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e seu funcionamento;
- a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;
- o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não profissional;
- a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

2.3.2 Justiça desportiva

A própria Constituição Federal exige, excepcionalmente, o prévio acesso às instâncias da justiça desportiva, nos casos de ações relativas à disciplina e às competições desportivas, reguladas em lei (CF, art. 217, § 1.º), sem porém condicionar o acesso ao Judiciário ao término do processo administrativo, pois, a justiça desportiva terá o prazo máximo de 60 dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final (CF, art. 217, § 2.º). O poder disciplinar da Justiça Desportiva tem seu exercício limitado à prática dos desportos e às relações dela decorrentes.

3 CIÊNCIA E TECNOLOGIA

Compete, constitucionalmente, ao Estado promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas (CF, art. 218), sendo, inclusive, facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica. Como ressalta Manoel

Gonçalves Ferreira Filho, "o texto visa a abrir uma exceção ao disposto no art. 167, IV, que, em princípio, proíbe a vinculação de receita orçamentária. Veja-se que essa vinculação não é permitida em relação à União e ao Município".

A Constituição Federal prevê duas espécies de pesquisas: científica e tecnológica. A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências. A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

4 COMUNICAÇÃO SOCIAL

A garantia constitucional de liberdade de comunicação social, prevista no art. 220, é verdadeiro corolário da norma prevista no art. 5.º, IX, que consagra a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

O que se pretende proteger nesse novo capítulo é o meio pelo qual o direito individual constitucionalmente garantido será difundido, por intermédio dos meios de comunicação de massa. Essas normas, apesar de não se confundirem, completam-se, pois a liberdade de comunicação social refere-se aos meios específicos de comunicação.

Pode-se entender meio de comunicação como toda e qualquer forma de desenvolvimento de uma informação, seja através de sons, imagens, impressos, gestos. A Constituição Federal, porém, regulamenta o sentido mais estrito da noção de comunicação: jornal, revistas, rádio e televisão.

O texto constitucional consagra a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, de maneira privativa, aos brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou às pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras que tenham sede no país⁷⁰⁰.

A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão restrição, observado o disposto na Constituição, que proíbe:

- a edição de lei que contenha dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5.º, IV, V, X, XIII e XIV;
- toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística;
- a exigência de licença de autoridade para publicação de veículo impresso de comunicação; permite-se, porém, a sujeição da propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias a restrições legais, bem como se necessário, a advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

⁷⁰⁰ A possibilidade de a pessoa jurídica ser proprietária foi introduzida pela EC n.º 36, de 28 de maio de 2002, que, porém, exige que pelo menos 70% do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverão pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação.

Apesar da vedação constitucional da censura prévia, há necessidade de compatibilizar a comunicação social com os demais preceitos constitucionais, como, por exemplo, a proteção dos direitos da criança e do adolescente (CF, arts. 226 a 230)⁷⁰¹

Dessa forma, o legislador constituinte conferiu à União a competência para edição de lei federal para:

- regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao poder público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;
- estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

4.1 Comunicação social e liberdade de informação

A manifestação do pensamento, a criação, a expressão, a informação e a livre divulgação dos fatos, consagradas constitucionalmente no inciso XIV do art. 5.º da Constituição Federal, devem ser interpretadas em conjunto com a inviolabilidade à honra e à vida privada (CF, art. 5.º, X), bem como com a proteção à imagem (CF, art. 5.º, XXVII, a), sob pena de responsabilização do agente divulgador por danos materiais e morais (CF, art. 5.º, V e X).

O direito de receber informações verdadeiras é um direito de liberdade e caracteriza-se essencialmente por estar dirigido a todos os cidadãos, independentemente de raça, credo ou convicção político-filosófica, com a finalidade de fornecimento de subsídios para a formação de convicções relativas a assuntos públicos.

A proteção constitucional às informações verdadeiras também engloba aquelas eventualmente errôneas ou não comprovadas em juízo, desde que não tenha havido comprovada negligência ou má-fé por parte do informador.

A Constituição Federal não protege as informações levemente não verificadas ou astuciosas e propositadamente errôneas, transmitidas com total desrespeito à verdade, pois as liberdades públicas não podem prestar-se à tutela de condutas ilícitas.

A proteção constitucional à informação é relativa, havendo a necessidade de distinguir as informações de fatos de interesse público, da vulneração de condutas íntimas e pessoais, protegidas pela inviolabilidade à vida privada, e que não podem ser devassadas de forma vexatória ou humilhante.

Jean François Revel faz importante distinção entre a livre manifestação de pensamento e o direito de informar, apontando que a primeira deve ser reconhecida inclusive aos mentirosos e loucos, enquanto o segundo, diferentemente, deve ser objetivo, proporcionando informação exata e séria.

O campo de interseção entre fatos de interesse público e vulneração de condutas íntimas e pessoais é muito grande, quando se trata de personalidades públicas.

⁷⁰¹ "Mandado de segurança - Liberdade de Imprensa assegurada pelo art. 220 da CF e os Direitos da Criança e do Adolescente conferidos pelo art. 227 da Carta Magna - No conflito entre direitos, tem primazia os direitos da criança e do adolescente, insito no ataque ao pudor, não integra a liberdade de informação. Afirmar que um direito é absoluto significa que ele é inviolável pelos limites que lhe são assinalados pelos motivos que o justificam" (TJSP - Cam. Esp. MS 13.176-0/2-SP - Des. Denio Garia, j. 8-8-91, v.u.).

Nessas hipóteses, a interpretação constitucional ao direito de informação deve ser alargada, enquanto a correspondente interpretação em relação à vida privada e intimidade deve ser restringida, uma vez que por opção pessoal as assim chamadas pessoas públicas (políticos, atletas profissionais, artistas etc.) colocaram-se em posição de maior destaque e interesse social.

No entanto, mesmo em relação às pessoas públicas, a incidência da proteção constitucional à vida privada, intimidade, dignidade e honra permanece intangível, não havendo possibilidade de ferimento por parte de informações que não apresentem nenhuma relação com o interesse público ou social, ou ainda, com as funções exercidas por elas. Os responsáveis por essas informações deverão ser integralmente responsabilizados.

4.2 Garantia constitucional do sigilo da fonte

A Constituição Federal, ao proclamar a inviolabilidade do sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional, tem por finalidade garantir a toda a sociedade a ampla e total divulgação de fatos e notícias de interesse público, auxiliando, inclusive, a fiscalização da gestão da coisa pública e pretendendo evitar as arbitrariedades do Poder Público, que seria proporcionado pela restrição do acesso às informações.

Dessa forma, a livre divulgação de informações, resguardando-se o sigilo da fonte, surge como corolário da garantia constitucional do livre acesso à informação, por constituir uma dupla garantia ao Estado Democrático de Direito: proteção à liberdade de imprensa e proteção ao acesso das informações pela sociedade.

Como entendeu o Supremo Tribunal Federal, "a proteção constitucional que confere ao jornalista o direito de não proceder à disclosure da fonte de informação ou de não revelar a pessoa de seu informante desautoriza qualquer medida tendente a pressionar ou a constranger o profissional da Imprensa a indicar a origem das informações a que teve acesso, eis que - não custa insistir - os jornalistas, em tema de sigilo da fonte, não se expõem ao poder de indagação do Estado ou de seus agentes e não podem sofrer, por isso mesmo, em função do exercício dessa legítima prerrogativa constitucional, a imposição de qualquer sanção penal, civil ou administrativa".

5 MEIO AMBIENTE

5.1 Constituição e proteção ao meio ambiente

Não obstante a preocupação com o meio ambiente seja antiga em vários ordenamentos jurídicos, inclusive nas Ordenações Filipinas que previam no Livro Quinto, Título LXXV, pena gravíssima ao agente que cortasse árvore ou fruto, sujeitando-o ao açoite e ao degredo para a África por quatro anos, se o dano fosse mínimo, caso contrário, o degredo seria para sempre; as nossas Constituições anteriores, diferentemente da atual que destinou um capítulo para sua proteção, com ele nunca se preocuparam. Como destaca Édis Milaré, essa previsão atual é um "marco histórico de inegável valor, dado que as Constituições que precederam a de 1988 jamais se preocuparam da proteção do meio ambiente de forma específica e global. Nelas sequer uma vez foi empregada a expressão 'meio ambiente', a revelar total despreocupação com o próprio espaço em que vivemos".

Adotou-se, portanto, a tendência contemporânea de preocupação com os interesses difusos, e em especial com o meio ambiente, nos termos da Declaração sobre o Ambiente Humano, realizada na Conferência das Nações Unidas em Estocolmo, Suécia, em junho de 1972, em

que consagrou-se solenemente: "O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar e é portador solene de obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras. A esse respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o `apartheid`, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira permanecem condenadas e devem ser eliminadas. Os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração adequados. Deve ser mantida e, sempre que possível, restaurada ou melhorada a capacidade da Terra de produzir recursos renováveis vitais. O homem tem a responsabilidade especial de preservar e administrar judiciosamente o patrimônio representado pela flora e fauna silvestres, bem assim o seu `habitat`, que se encontram atualmente em grave perigo, por uma combinação de fatores adversos. Em consequência, ao planificar o desenvolvimento econômico, deve ser atribuída importância à conservação da natureza, incluídas a flora e a fauna silvestres."

Dessa forma, consagra-se a proteção administrativa, legislativa e judicial aos interesses difusos, no sentido que lhes empresta a conceituação de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, "são interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor. O problema básico que eles apresentam - a razão de sua natureza difusa - é que ninguém tem o direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação".

Para possibilitar a ampla proteção, a Constituição Federal previu diversas regras, divisíveis em quatro grandes grupos:

- regra de garantia: qualquer cidadão é parte legítima para a propositura da ação popular, visando anulação de ato lesivo ao meio ambiente (CF, art. 5.º, LXXIII);
- regras de competência: a Constituição Federal determina ser de competência administrativa comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (CF, art. 23) proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (inciso III); bem como proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (inciso VI); preservar as florestas, a fauna e a flora (inciso VII).

Além disso, existe a previsão de competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal (CF, art. 24) para proteção das florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (inciso VI); proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (inciso VII); responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (inciso VIII). Igualmente, o Ministério Público tem como função institucional promover o inquérito civil e a ação civil pública, inclusive para a proteção do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, III);

- regras gerais: a Constituição estabelece difusamente diversas regras relacionadas à preservação do meio ambiente (CF, arts. 170, VI; 173, § 5.º; 174, § 3.º; 186, II; 200, VIII; 216, V; 231, § 1.º);
- regras específicas: encontram-se no capítulo da Constituição Federal destinado ao meio ambiente.

Tais regras consagram constitucionalmente o direito a um meio ambiente saudável, equilibrado e íntegro, constituindo sua proteção, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, "prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social".

5.2 Regras constitucionais específicas sobre meio ambiente

A Constituição proclama que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225); prescrevendo as seguintes normas obrigatórias de atuação da Administração Pública e dos particulares, uma vez que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (CF, art. 225, § 3.º)⁷⁰²

- preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais e provimento do manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
- preservação à diversidade e a integridade do patrimônio genético do país e fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
- definição, em todas as unidades da Federação, de espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente por meio de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
- exigência, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, de estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade. Analisando esse tema, o Supremo Tribunal Federal declarou, liminarmente, a inconstitucionalidade do art. 182, § 3.º, da Constituição do Estado de Santa Catarina, que excluía a obrigatoriedade de estudos prévios de impacto ambiental, em relação às áreas florestadas ou objeto de reflorestamento para fins empresariais. Assim se manifestou, entendendo que se revelava juridicamente relevante a tese de inconstitucionalidade da norma estadual que dispensa o estudo prévio de impacto ambiental no caso de áreas de florestamento ou reflorestamento para fins empresariais, pois "mesmo que se admitisse a possibilidade de tal restrição, a lei que poderia viabilizá-la estaria inserida na competência do legislador federal, já que a este cabe disciplinar, através de normas gerais, a conservação da natureza e a proteção do meio ambiente (art. 24, inc. VI, da CF), não sendo possível, ademais, cogitar-se da competência legislativa a que se refere o § 3.º do

⁷⁰² Cf. Lei n.º 9.605, de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

art. 24 da Carta Federal, já que esta busca suprir lacunas normativas para atender às peculiaridades locais, ausentes na espécie".

- controle sobre a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;
- promoção da educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
- proteção à fauna e à flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. Em relação à essa proteção constitucional aos animais, decidiu o Supremo Tribunal Federal que "a obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional, denominado 'farra do boi'";
- obrigatoriedade, por parte daquele que explorar recursos minerais, de recuperar o meio ambiente.

A Constituição Federal consagra a proteção à Floresta Amazônica brasileira, à Mata Atlântica, à Serra do Mar, ao Pantanal Mato-Grossense e à Zona Costeira, definindo-os como patrimônio nacional, e determinando que sua utilização será regulamentada por lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

Observe-se, porém, como o fez o Supremo Tribunal Federal, que "o preceito consubstanciado no art. 225, § 5.º, da Carta da República, além de não haver convertido em bens públicos os imóveis particulares abrangidos pelas florestas e pelas matas nele referidas (Mata Atlântica, Serra do Mar, Floresta Amazônica brasileira), também não impede a utilização pelos próprios particulares, dos recursos naturais existentes naquelas áreas que estejam sujeitas ao domínio privado, desde que observadas as prescrições legais e respeitadas as condições necessárias à preservação ambiental".

6 FAMÍLIA, CRIANÇA, ADOLESCENTE E IDOSO

6.1 Conceituação

A família é a base da sociedade e, constitucional e legalmente, tem especial proteção do Estado.

Como acentua Arx Tourino, "o conceito de família pode ser analisado sob duas acepções: ampla e restrita. No primeiro sentido, a família é o conjunto de todas as pessoas, ligadas pelos laços do parentesco, com descendência comum, englobando, também, os afins - tios, primos, sobrinhos e outros. É a família distinguida pelo sobrenome: família Santos, Silva, Costa, Guimarães e por aí afora, neste grande país. Esse é o mais amplo sentido da palavra. Na acepção restrita, família abrange os pais e os filhos, um dos pais e os filhos, o homem e a mulher em união estável, ou apenas irmãos... É na acepção stricto sensu que mais se utiliza o termo família, principalmente do ângulo do jus positum...".

A Constituição Federal garantiu ampla proteção à família, definindo três espécies de entidades familiares:

- a constituída pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis (CF, art. 226, §§ 1.º e 2.º);
- a constituída pela união estável entre o homem e a mulher devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (CF, art. 226, § 3.º);
- a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF, art. 226, § 4.º).

6.2 Regras de regência das relações familiares

A partir da fixação do conceito de entidade familiar, a Constituição estabeleceu algumas regras de regência das relações familiares:

- cabeça do casal: os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher;
- dissolução do casamento: o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. A Constituição Federal de 1988 previu a possibilidade do divórcio direto, sem qualquer limitação de vezes, em norma constitucional auto-aplicável, tendo exigido um único requisito para sua ocorrência, o prazo de dois anos de separação de fato, sendo absolutamente desnecessária qualquer imputação de culpa para a efetivação do divórcio;
- planejamento familiar⁷⁰³: fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas;
- adoção: a adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros;
- filiação: os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Essa norma constitucional tem aplicabilidade imediata, garantindo-se imediata igualdade, sem que possa resistir qualquer prejuízo ao filho adotivo ou adulterino, que poderá, inclusive, ajuizar ação de investigação de paternidade e ter sua filiação reconhecida⁷⁰⁴, além de ter o direito de utilização do nome do pai casado;
- assistência mútua: os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

6.21 Princípio da paternidade responsável e exame do DNA

Em face da relatividade dos direitos e garantias fundamentais e aplicando-se os princípios da convivência das liberdades públicas e da concordância das normas constitucionais, não se pode deixar de observar que o texto constitucional ao proclamar expressamente o princípio da paternidade responsável (CF, art. 226, § 7.º) deverá ser compatibilizado com o princípio da dignidade humana (CF, art. 1.º, III) durante a produção probatória para fins de investigação de paternidade, permitindo-se a realização do necessário exame de DNA, por

⁷⁰³ Cf. Lei n.º 9.263, de 12 de janeiro de 1996; regula o § 7.º do art. 226, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidade e dá outras providências.

⁷⁰⁴ Nesse sentido: "Filho adulterino reconhecido pelo pai, em registro de nascimento. Nulidade inócurrenente. Aplicação do direito novo, em face do que dispõe o art. 227, § 6.º, da CF recentemente promulgada., Embargos infringentes rejeitados por unanimidade" (TJ/RS – 3.º Grupo de Câmaras Cíveis - El n.º 587.036.567 - Rel. Des. Sérgio Pilla da Silva). Conferir, ainda, RJTJSP 119/112 e TJ/MG – 5.ª Câmara - AC 79.678/5 - Rel. Des. Artur Mafra, decisão: 21 dez. 1989.

meio de métodos não invasivos, como por exemplo, coleta de fios de cabelo ou mesmo de saliva.

Nesse sentido, Francisco Llorente nos aponta decisão do Supremo Tribunal Constitucional espanhol que entendeu que os direitos constitucionais à intimidade e à integridade física não podem converter-se em previsão que consagre a impunidade, com desconhecimento das obrigações e deveres resultantes de uma conduta que teve uma íntima relação com o respeito a possíveis vínculos familiares⁷⁰⁵.

6.3 Tutela das crianças e dos adolescentes

É dever constitucional da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade⁷⁰⁶, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O Estado, no cumprimento de sua obrigação constitucional, promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo aos seguintes preceitos: aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

A proteção especial às crianças e aos adolescentes abrangerá os seguintes aspectos⁷⁰⁷:

- idade mínima de 16 anos para admissão ao trabalho, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos, nos termos da nova redação do art. 7.º, XXXIII, dada pela EC n.º 20/98;
- garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;
- garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola;
- garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

⁷⁰⁵ LLORENTE, Francisco Rubio. *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1995. p. 152 e 178). Ressalte-se, porém, que não é esse o entendimento da maioria do Supremo Tribunal Federal (vencidos quatro ministros) ao afirmar que "discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, 'debaixo de vara', para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos" (Pleno - HC n.º 71373/RS - Rel. Min. Francisco Rezek, Diário da Justiça, Seção I, 22 nov. 1996, p. 45.686). No mesmo sentido: STF - 1.ª T. - HC n.º 76.0604/SC - medida liminar - Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 9 out. 1997, p. 50.666.

⁷⁰⁶ "Direito à própria imagem - Contrato firmado com menor para divulgação de sua nudez - Nulidade - Indenização devida. A responsabilidade civil relativa ao contrato firmado com menores surge da vedação legal deles (púberes ou impúberes) não poderem firmar avença sem representação ou assistência de seus genitores ou representantes legais, ainda mais se tal contrato é para divulgação, em calendários de nudez. Dessa forma, tal avença é nula e gera para a empresa contratante o dever de reparar os prejuízos que causou a imagem do menor" (TJMT 3.ª Câmara. Ap n.º 16.991-MT; Rel. Des. José Tadeu Cury; 28-2-1996; v.u. ementa) - MSP n.º 1987 - Ementário - 22 a 28 jan. 1997, p. 7-e.

⁷⁰⁷ Cf. no ordenamento jurídico ordinário a aplicação da doutrina da proteção integral, como sendo aquela que abrange todas as necessidades do ser humano para o pleno desenvolvimento de sua personalidade (SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 13).

- obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;
- estímulo do poder público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;
- programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.

A Constituição Federal ainda prevê duas outras regras de proteção às crianças e aos adolescentes, ao prever que a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente (CF, art. 227, § 4.º) e que são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às normas da legislação especial (CF, art. 228).

6.4 Tutela aos idosos

A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida, inclusive por meio de programas de amparo aos idosos que, preferencialmente, serão executados em seus lares.

O direito subjetivo dos idosos à gratuidade do transporte coletivo urbano vem assegurado pelo art. 230, § 2.º, da Constituição Federal, tratando-se de norma constitucional de eficácia plena, que, por conseguinte, independe de qualquer complementação infraconstitucional. Ocorre, porém, que os destinatários desse direito devem, por óbvio, demonstrar sua condição de idoso (maior de 65 anos), para usufruírem da previsão constitucional. O fato de a legislação pretender facilitar essa identificação, por meio da inscrição "MAIOR DE 65 ANOS", na cédula de identidade não apresenta nenhum caráter ilegal ou mesmo discriminatório. Em relação à legalidade da medida, importante salientarmos que a Lei n.º 7.116, de 29-8-1983, em seu art. 3.º, prevê quais os elementos obrigatórios que devam constar na carteira de identidade. A mesma lei, no § 1.º do art. 4.º, estipula que "o Poder Executivo Federal poderá aprovar a inclusão de outros dados opcionais na Carteira de Identidade".

O Poder Executivo Federal, no exercício do poder regulamentar previsto no art. 84 da Constituição Federal e com base no citado art. 4.º da Lei n.º 7.116/83, expediu o Decreto n.º 89.250, de 27-12-1983, posteriormente alterado pelo Decreto n.º 98.963, de 16-2-1990, que assim disciplina o assunto: "A Carteira de identidade conterà campos destinados ao registro dos números de inscrição do titular do Programa de Integração Social - PIS ou do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PASEP, no cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda - CPF, bem assim a expressão 'MAIOR DE 65 ANOS', logo acima do local destinado à assinatura do titular, quando for o caso."

7 ÍNDIOS

A Constituição reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. Além disso, prevê que os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses (CF, art. 109, XI), intervindo o Ministério Público em

todos os atos do processo; demonstrando a intenção constitucional de proteção aos interesses indígenas.

A competência constitucional da Justiça Federal nas causas que apresentem interesses dos índios engloba, inclusive, a ação penal em que imputada a figura do genocídio, praticado contra indígenas na disputa de terras, uma vez que na hipótese protege-se o direito à vida da pessoa enquanto integrante de comunidade indígena⁷⁰⁸. Observe-se que há a necessidade da proteção à vida do indivíduo enquanto integrante da comunidade indígena, pois nas demais hipóteses de homicídio praticado contra o índio, será competente a própria Justiça Estadual.

A garantia constitucional prevista para os índios, em relação aos direitos originários sobre suas terras, tradição em nosso direito constitucional, vem pelos seguintes preceitos constitucionais:

- definição: são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições;
- propriedade: são bens da União (CF, art. 20, XI);
- posse permanente: é dos próprios índios. Indispensável a lição de José Afonso da Silva, que preleciona “A posse das terras ocupadas tradicionalmente pelos índios não é a simples posse regulada pelo direito civil; não é a posse como simples poder de fato sobre a coisa, para sua guarda e uso, com ou sem ânimo de tê-la como própria. É, em substância, aquela possessio ab origine que, no início, para os romanos, estava na consciência do antigo povo, e era não a relação material de homem com a coisa, mas um poder, um senhorio”;
- destinação: as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, compreendendo, pois, o uso e a fruição, quer se trate de minerais, de vegetais ou de animais. Além disso, são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis;
- aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais: só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. Não sendo, porém, permitida qualquer atividade garimpeira em cooperativa, e tampouco autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas indígenas (CF, art. 231, § 6.º);
- remoção dos índios: é vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, ad referendum do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no caso de interesse da soberania do País, após deliberação do

⁷⁰⁸ RTJ 158/736. No mesmo sentido: STF – 2.ª T. - MC n.º 71.835-3/MS - Rel. Min. Francisco Rezek, Diário da Justiça, Seção I, 22 fev. 1996, p. 45.687. No mesmo sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal competir à Justiça Federal Julgar assassinato cometido contra índio, no interior da aldeia a que ele pertencia, e que teve como causa a disputa sobre as terras ocupadas pela comunidade indígena, uma vez que considerou “que o crime de homicídio tivera relação direta com questão concernente a “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam...” (CF, art. 231) e que tais direitos encontram-se compreendidos na norma inscrita no art. 109, XI, da CF (“Aos juízes federais compete processar e julgar: ... XI - a disputa sobre direitos indígenas”). Precedentes citados: RREE 192.473-RR (DJU de 29-8-97), 206.608-RR (DJU de 17-9-99) e HC 71.835-MS (DJU de 22-11-96)” (STF - Pleno - RE n.º 270.379/MS - Rel. Min. Maurício Corrêa, 17-4-2001 - Informativo STF n.º 224, 16 a 20 abr. 2001, p. 2).

Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco (Princípio da irremovibilidade dos índios de suas terras).

Dessa forma, conforme definiu o Supremo Tribunal Federal, a Constituição Federal "confere competência à Justiça Federal para processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas, os quais são aqueles indicados no art. 231 da Constituição, abrangendo os elementos da cultura e os direitos sobre terras, não alcançando delitos isolados praticados sem qualquer envolvimento com a comunidade indígena".

Por fim, determinou a Constituição que são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere o art. 231, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto a benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF, art. 231, § 6.º).

Anexo A – Página 691 até 714

QUADRO COMPARATIVO DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS E COLETIVOS

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL

De 18 de setembro de 1946

Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos, sob a proteção de Deus, em Assembléia Constituinte para organizar um regime democrático, decretamos e promulgamos a seguinte CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL.

Art. 1.º Os Estados Unidos do Brasil mantêm, sob o regime representativo, a Federação e a República.

(...)

Todo poder emana do povo e em seu nome será exercido.

Art. 36. São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.

§ 2.º É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.

§ 1.º O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição.

Art. 4.º O Brasil só recorrerá à guerra se não couber ou se malograr o recurso ao arbitramento ou aos meios pacíficos de solução do conflito, regulados por órgão internacional de segurança, de que participe; e em caso nenhum empenhará em guerra de conquista, direta ou indiretamente, por si ou em aliança com outro Estado.

TÍTULO IV

Da declaração de Direitos

CAPÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Individuais

Art. 141:

§ 1.º Todos são iguais perante a lei.

Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2.º Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

§ 5.º É livre a manifestação do pensamento, (...) respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar, pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta (...) Não será, porém, propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.

ATO INSTIT. 2/65

§ 5.º É livre a manifestação do pensamento, (...) respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar, pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. (...) Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.

§ 7.º É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil.

§ 10. Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal. É permitido a todas as confissões religiosas praticar neles os seus ritos. As associações religiosas poderão, na forma da lei, manter cemitérios particulares.

§ 9.º Sem constrangimento dos favorecidos, será prestada por brasileiro (art. 129, n.ºs I e II) assistência religiosa às Forças Armadas e, quando solicitada pelos interessados ou seus representantes legais, também nos estabelecimentos de internação coletiva.

§ 8.º Por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política, ninguém será privado de nenhum dos seus direitos, salvo se a invocar para se eximir de obrigação, encargo ou serviço imposto pela lei aos brasileiros em geral, ou recusar os que ela estabelecer em substituição daqueles deveres, a fim de atender escusa de consciência.

§ 5.º É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar, pelos abusos que cometer. (...) A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do poder público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.

ATO INSTIT 2/65:

§ 5.º É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar, pelos abusos que cometer. (...) A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do poder público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.

§ 15 A casa é o asilo do indivíduo. Ninguém poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vítimas de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer.

§ 6.º É inviolável o sigilo da correspondência.

§ 14 É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.

Art. 142. Em tempo de paz, qualquer pessoa poderá com os seus bens entrar no território nacional, nele permanecer ou dele sair, respeitados os preceitos da lei.

Art. 143. O Governo Federal poderá expulsar do território nacional o estrangeiro nocivo à ordem pública, salvo se o seu cônjuge for brasileiro, e se tiver filho brasileiro (art. 129, n.ºs I e II) dependente da economia paterna.

Art. 141:

§ 11. Todos podem reunir-se, sem armas, não intervindo a polícia senão para assegurar a ordem pública. Com esse intuito, poderá a polícia designar o local para a reunião, contanto que, assim procedendo, não a frustre ou impossibilite.

§ 12. É garantida a liberdade de associação para fins lícitos. (...)

§ 12. (...) Nenhuma associação poderá ser compulsoriamente dissolvida senão em virtude de sentença judiciária.

§ 16. É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação (...).

§ 16. É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. (...)

EM CONST. 10/64:

§ 16. É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, com a exceção prevista no § 1.º do art. 147 (...)

§ 16. (...) Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.

§ 19. Aos autores de obras literárias, artísticas ou científicas pertence o direito exclusivo de reproduzi-las. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei fixar.

§ 17. Os inventos industriais pertencem aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou, se a vulgarização convier à coletividade, concederá justo prêmio.

§ 18. É assegurada a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do uso do nome comercial.

Art. 165. A vocação para suceder em bens de estrangeiro existentes no Brasil será regulada pela lei brasileira e em benefício do cônjuge ou de filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a lei nacional do de cujos.

Art. 141:

§ 35. A lei assegurará:

I - o rápido andamento dos processos nas repartições públicas;

II - a ciência aos interessados dos despachos e das informações a que eles se referam;

§ 36. A lei assegurará:

III - a expedição das certidões requeridas para defesa de direito;

IV - a expedição das certidões requeridas para esclarecimento de negócios administrativos, salvo se o interesse público impuser sigilo.

§ 37. É assegurado a quem quer que seja o direito de representar, mediante petição dirigida aos poderes públicos, contra abusos de autoridades, e promover a responsabilidade delas.

§ 4.º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

§ 3.º A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

§ 26. Não haverá foro privilegiado nem juízes e tribunais de exceção.

§ 28. É mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

§ 27. Ninguém será processado nem sentenciado senão (...) na forma de lei anterior.

§ 29. A lei penal (...) só retroagirá quando beneficiar o réu.

§ 30. Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente.

§ 29. A lei penal regulará a individualização da pena e (...).

§ 31. Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. A lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica.

§ 33. Não será concedida a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião e, em caso nenhum, a de brasileiro.

§ 27. Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (...).

§ 25. É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, (...), será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória.

§ 20. Ninguém será preso senão em flagrante delito ou, por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei.

§ 22. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente (...).

§ 25. É assegurada aos acusados plena defesa, (...), desde a nota de culpa, (...), com os nomes do acusador e das testemunhas (...).

§ 22. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará se não for legal e, nos casos previstos em lei, promoverá a responsabilidade da autoridade coatora.

§ 21. Ninguém será levado à prisão ou nela detido se prestar fiança permitida pela lei

§ 32. Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso de depositário infiel e o de inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei.

§ 23. Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe o habeas corpus.

§ 24. Para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

§ 38. Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.

§ 35. O poder público na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados.

Art. 144. A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

ATO INSTIT. 64:

Art. 8.º Os inquéritos e processos visando à apuração da responsabilidade pela prática de crime contra o Estado ou seu patrimônio e a ordem política e social ou de atos de guerra revolucionária poderão ser instaurados individual ou coletivamente.

CONSTITUIÇÃO DO BRASIL

De 24 de janeiro de 1967

O Congresso Nacional, invocando a proteção de Deus, decreta e promulga a seguinte CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

Art. 1.º O Brasil é uma República Federativa, constituída sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 1.º Todo poder emana do povo e em seu nome é exercido.

Art. 6.º São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Parágrafo único. Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; o cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.

Art. 7.º Os conflitos internacionais deverão ser resolvidos por negociações diretas, arbitragem e outros meios pacíficos, com a cooperação dos organismos internacionais de que o Brasil participe.

Parágrafo único. É vedada a guerra de conquista.

TÍTULO II

Da Declaração de Direitos
CAPÍTULO IV
Dos Direitos e Garantias Individuais

Art. 150:

§ 1.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas.

(...)

Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2.º Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

§ 8.º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e (...), respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta (...) Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.

§ 5.º É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes.

§ 7.º Sem constrangimento dos favorecidos, será prestada por brasileiros, nos termos da lei, assistência religiosa às Forças Armadas e auxiliares e, quando solicitada pelos interessados ou seus representantes legais, também nos estabelecimentos de internação coletiva.

§ 6.º Por motivo de crença religiosa, ou de convicção filosófica ou política, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo se a invocar para eximir-se de obrigação legal imposta a todos, caso em que a lei poderá determinar a perda dos direitos incompatíveis com a escusa de consciência.

§ 8.º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição a censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. (...) A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.

§ 10. A casa é o asilo do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer.

§ 9.º São invioláveis a correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas.

§ 23. É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.

§ 26. Em tempo de paz, qualquer pessoa poderá entrar com seus bens no território nacional, nele permanecer ou dele sair, respeitados os preceitos da lei.

§ 27. Todos podem reunir-se sem armas, não intervindo a autoridade senão para manter a ordem. A lei poderá determinar os casos em que será necessária a comunicação prévia à autoridade, bem como a designação, por esta, do local da reunião.

§ 28. É garantida a liberdade de associação. (...).

§ 28. (...). Nenhuma associação poderá ser dissolvida, senão em virtude de decisão judicial.

§ 22. É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação (...).

§ 22. É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, § 1.º (...).

§ 22. (...) Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

§ 25. Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertence o direito exclusivo de utilizá-las. Esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar.

§ 24. A lei garantirá aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização e assegurará a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do nome comercial.

§ 33. A sucessão de bens de estrangeiros situados no Brasil será regulada pela lei brasileira, em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a lei nacional do de cujus.

§ 34. A lei assegurará a expedição de certidões requeridas às repartições administrativas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações.

§ 30. É assegurado a qualquer pessoa o direito de representação e de petição aos poderes públicos, em defesa de direitos ou contra abusos de autoridade.

§ 4.º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

§ 3.º A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

§ 15. (...) Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção.

§ 18. São mantidas a instituição e a soberania do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

§ 16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.

§ 1.º (...) O preconceito de raça será punido pela lei.

§ 13. Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. A lei regulará a individualização da pena.

Art. 150:

§ 11. Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, nem de confisco. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação militar aplicável em caso de guerra externa. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública.

ATO INSTIT. 14/69:

§ 11. Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar. Esta disporá também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na administração pública, direta ou indireta, ressalvada a legislação penal.

ATO INSTIT. 5/68:

Art. 8.º O Presidente da República, após investigação, decretará o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

Parágrafo único. Provada a legitimidade da aquisição dos bens far-se-á sua restituição.

ATO INSTIT. 14/69:

Art. 2.º Continuam em vigor os atos institucionais, atos complementares, leis, decretos-leis, decretos e regulamentos que dispõem sobre o confisco de bens em casos de enriquecimento ilícito.

ATO INSTIT. 13/69:

Art. 1.º O Poder Executivo poderá, mediante proposta dos Ministros de Estado da Justiça, da Marinha de Guerra, do Exército ou da Aeronáutica Militar, banir do território nacional o brasileiro que, comprovadamente, se tornar inconveniente, nocivo ou perigoso à segurança nacional.

Parágrafo único. Enquanto perdurar o banimento, ficam suspensos o processo ou a execução da pena a que, porventura, esteja respondendo o condenado ou banido, assim como a prescrição da ação ou da condenação.

§ 14. Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário.

§ 19. Não será concedida a extradição do estrangeiro por crime político ou de opinião, nem, em caso algum, a de brasileiro.

§ 15. A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. (...).

§ 16. A instrução criminal será contraditória, (...)

§ 12. Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. (...) A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, (...).

§ 12. (...). A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará se não for legal.

§ 12. Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. (...).

§ 17. Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso de depositário infiel, ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei.

§ 20. Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não caberá habeas corpus.

ATO INSTIT. 5/68:

Art. 10. Fica suspensa a garantia de habeas corpus nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

Art. 150:

§ 21. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito individual líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

§ 31. Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas.

§ 32. Será concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei.

§ 35. A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

Art. 151. Aquele que abusar dos direitos individuais previstos nos §§ 8.º, 23, 27 e 28 do artigo anterior e dos direitos políticos para atentear contra a ordem democrática ou praticar a corrupção incorrerá na suspensão destes últimos direitos pelo prazo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal cabível, assegurada ao paciente a mais ampla defesa.

Parágrafo único. Quando se tratar de titular de mandato eletivo federal, o processo dependerá de licença da respectiva Câmara, nos termos do art. 34, § 3.º.

EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 1

De 17 de outubro de 1969

Os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, usando das atribuições que lhes confere o art. 3.º do Ato Institucional n.º 16, de 14 de outubro de 1969, combinado com o § 1.º do art. 2.º do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, (...) Promulgam a seguinte Emenda à Constituição de 24 de janeiro de 1967:

Art. 1.º A Constituição de 24 de janeiro de 1967 passa a vigorar com a seguinte redação:
O Congresso Nacional, invocando a proteção de Deus, decreta e promulga a seguinte
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Art. 1.º O Brasil é uma República Federativa, constituída sob o regime representativo, pela união dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 1.º Todo poder emana do povo e em seu nome é exercido.

Art. 6.º São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Parágrafo único. Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições: quem for investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.

Art. 7.º Os conflitos internacionais deverão ser resolvidos por negociações diretas, arbitragem e outros meios pacíficos, com a cooperação dos organismos internacionais de que o Brasil participe.

Parágrafo único. É vedada a guerra de conquista.

TÍTULO II
Da Declaração de Direitos
CAPÍTULO IV
Dos Direitos e Garantias Individuais

Art. 153:

§ 1.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. (...)

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2.º Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

§ 8.º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, (...), respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. (...) Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, e subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, (...).

§ 5.º É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos que não contrariem a ordem pública e os bons costumes.

§ 7.º Sem caráter de obrigatoriedade, será prestada por brasileiros, nos termos da lei, assistência religiosa às Forças Armadas e auxiliares, e, nos estabelecimentos de internação coletiva, aos interessados que a solicitarem, diretamente ou por intermédio de seus representantes legais.

§ 6.º Por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo se o invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta, caso em que a lei poderá determinar a perda dos direitos incompatíveis com a escusa de consciência.

§ 8.º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. (...) A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.

§ 10. A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode penetrar nela à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer.

§ 9.º É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas.

§ 23. É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.

§ 26. Em tempo de paz, qualquer pessoa poderá entrar com seus bens no território nacional, nele permanecer ou dele sair, respeitados os preceitos da lei.

§ 27. Todos podem reunir-se sem armas, não intervindo a autoridade senão para manter a ordem. A lei poderá determinar os casos em que será necessária a comunicação prévia à autoridade, bem como a designação, por esta, do local da reunião.

§ 28. É assegurada a liberdade de associação para fins lícitos. (...).

§ 28. (...) Nenhuma associação poderá ser dissolvida, senão em virtude de decisão judicial.

§ 22. É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação. (...).

§ 22. É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária (...).

§ 22. (...) Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

§ 25. Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertence o direito exclusivo de utilizá-las. Esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar.

§ 24. A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como a propriedade das marcas de indústria e comércio e a exclusividade do nome comercial.

§ 33. A sucessão de bens de estrangeiros situados no Brasil será regulada pela lei brasileira, em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a lei pessoal do de cujus.

§ 35. A lei assegurará a expedição de certidões requeridas às repartições administrativas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações.

§ 30. É assegurado a qualquer pessoa o direito de representação e de petição aos poderes públicos, em defesa de direito ou contra abusos de autoridade.

§ 4.º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

EM. CONST. 7/7:

§ 4.º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido.

§ 3.º A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

§ 15. (...). Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção.

§ 18. É mantida a instituição do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

§ 16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.

§ 1.º (...) Será punido pela lei o preconceito de raça.

§ 13. Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. A lei regulará a individualização da pena.

Art. 153:

§ 11. Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva, nos termos que a lei determinar. Esta disporá, também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício do cargo, função ou emprego na administração pública, direta ou indireta.

EM. CONST 11/78:

§ 11. Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, nem de banimento. Quanto à pena de morte, fica aplicável em caso de guerra externa. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública.

Art. 182.

Continuam em vigor o Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, e os demais atos posteriormente baixados.

Parágrafo único. O Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, poderá decretar a cessação da vigência de qualquer desses atos ou dos seus dispositivos que forem considerados desnecessários.

EM. CONST. 11/78:

Art. 3.º São revogados os atos institucionais e complementares no que contrariarem a Constituição Federal, ressalvados os efeitos dos atos praticados com base neles, os quais estão excluídos de apreciação judicial.

§ 14. Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário.

§ 19. Não será concedida a extradição do estrangeiro por crime político ou de opinião, nem, em caso algum, a de brasileiro.

§ 15. A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. (...).

§ 16. A instrução criminal será contraditória, (...).

§ 12. Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. (...) A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, (...).

§ 12. (...). A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará se não for legal.

§ 12. Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. (...).

§ 17. Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso de depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei.

§ 20. Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não caberá habeas corpus.

Art. 182. Continuam em vigor o Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, e os demais atos posteriormente baixados.

Parágrafo único. O Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, poderá decretar a cessação da vigência de qualquer desses atos ou dos seus dispositivos que forem considerados desnecessários.

EM. CONST. 11/78:

Art. 3.º São revogados os atos institucionais e complementares, no que contrariarem a Constituição Federal, ressalvados os efeitos dos atos praticados com base neles, os quais estão excluídos de apreciação judicial.

§ 21. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

§ 31. Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas.

§ 32. Será concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei.

§ 36. A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

Art. 154. O abuso de direito individual ou político com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa.

Parágrafo único. Quando se tratar de titular de mandato eletivo, o processo não dependerá de licença da Câmara a que pertencer.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

De 5 de outubro de 1988

PREÂMBULO

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

TÍTULO I

Dos Princípios Fundamentais

Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático e de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 2.º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4.º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

TÍTULO II Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO I Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos

Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

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

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XVI - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país;

XXX - é garantido o direito de herança;

XXXI - a sucessão de bens de estrangeiros situados no país será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do de cujus;

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

a) a plenitude de defesa;

b) o sigilo das votações;

c) a soberania dos veredictos;

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade;

b) perda de bens;

c) multa;

d) prestação social alternativa;

e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLXI - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

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

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

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

LXXII - conceder-se-á habeas data:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

LXXVI - são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei:

- a) o registro civil de nascimento;
- b) a certidão de óbito;

LXXVII - são gratuitas as ações de habeas corpus e habeas data, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.

§ 1.º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2.º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

BIBLIOGRAFIA

- ACCIOLY, Hildebrando. Manual de direito internacional público. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.
- SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. Manual de direito internacional público. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ACKEL FILHO, Diomar. Writs constitucionais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- AGUILAR, Juan F. López. La justicia y sus problemas en la Constitución. Madri: Tecnos, 1996.
- ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. Competências na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1991.
- _____ Imunidades parlamentares. Brasília: Câmara dos Deputados, 1982.
- ALMEIDA FILHO, Amaro Alves. Estudo sobre o Ministério Público. *Justitia - Revista do Ministério Público do Estado de São Paulo*, n.º 45/13.
- ALVIM, Arruda. Competência dos Estados-membros para legislar sobre comércio interestadual. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 7.
- AMORTH Antonio. *Corso di diritto costituzionale comparato*. Milão: Antonino Giuffrè, 1947.
- ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. São Paulo: Dialética, 1992.
- ANDRADE, J. C. Vieira de. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: Vários autores. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- ARAÚJO JR., João Marcelo de. O espaço jurídico-criminal dos tribunais de contas: brevíssimas notas sobre o crime do art. 89 da lei 8.666, de 21 de junho de 1993. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 13, 1996.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência. Tese (Doutorado) CORDE - Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1994.
- ARISTÓTELES. *Política*. 4. ed. [S.1]: Laboulaye, s.d.
- ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- AVOLIO, Luiz Torquato. Provas ilícitas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- BACHA, Sérgio Reginaldo. Mandado de injunção. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n.º 11.
- BACHOF, Otto. Normas constitucionais inconstitucionais? Coimbra: Almedina, 1994.
- _____ *Jueces y constitución*. Madri: Civitas, 1987.

BADIA, Juan Ferrando. El Estado unitario, el Federal y el Estado regional. Madri: Tecnos, 1978.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Princípios da isonomia: desequiparações proibidas e permitidas. Revista Trimestral de Direito Público, n.º 1.

BANDRÉS, José Manuel. Poder Judicial y Constitución. Barcelona: Casa Editorial, 1987.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral das comissões parlamentares: comissões parlamentares de inquérito. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

_____ Processo constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____ Teoria geral da cidadania. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____ O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. Cadernos de direito constitucional e ciência política, n.º 19, p. 11.

BARBERA, Amato, BARBERA, Augusto (Coords.). Manuale di diritto pubblico. Bolonha: Il Molino, 1994.

BARBOSA, Ruy. Comentários à Constituição Federal brasileira. São Paulo: Saraiva, 1993. 3. v.

BARILE, Paolo. Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. Bolonha: Il Molino, 1984. BARRETO, Lauro. Direito eleitoral. Bauru: Edipro, 1994.

BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. Usucapião constitucional urbano e rural. São Paulo: Atlas, 1998.

BARTHÉLEMY, Joseph. Le rôle du pouvoir exécutif dans les républiques modernes. Paris: Giard et Brière, 1906.

BASTOS, Celso. Curso de direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. BASTOS, Celso. Curso de direito financeiro e de direito tributário. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____ Dicionário de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____ Estudos e pareceres de direito público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____ Emendas à Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 67.

_____ O Município: Sua evolução histórica e suas atuais competências. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 1.

_____ Transporte rodoviário coletivo (linhas intermunicipais). Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 5.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1988. 6 v.

BAUM, Lawrence. A suprema corte americana. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

BERMUDES, Sérgio. O mandado de injunção. RT 642/24.

- BIELSA, Rafael. Compendio de derecho público. Buenos Aires: Depalma, 1952.
- BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). O direito de família e a Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989. BLACK, Henry Campbell. The relation of the executive power to legislation. Princeton: Princeton University Press, 1919.
- BOAVENTURA, Edivaldo M. A Constituição e a educação brasileira. Revista de Informação Legislativa, n.º 127/34.
- BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. São Paulo: Paz e Terra Política, 1986.
- _____ Igualdade y libertad. Barcelona: Paidós, 1993.
- BOGNETTI, Giovanni. Federalismo. Torino: Utet, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. Ciência política. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- _____ Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BROSSARD, Paulo. Inelegibilidade fictícia. Folha de S. Paulo, 29 out. 1992.
- _____ A constituição e as leis a ela anteriores. Arquivo Ministério da Justiça, Brasília, 45 (180), jul./dez. 1992.
- _____ O impeachment. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- BUENO, Pimenta. Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império. Rio de Janeiro: Nova Edição, 1958.
- BULOS, Uadi Lamêgo. Da reforma à mutação constitucional. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, n.º 129, 1996.
- BURDEAU, Georges. Droit constitutionnel et institutions politiques. 7. ed. Paris: Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965.
- BUZAID, Alfredo. Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1958.
- BUZAID, Alfredo. O mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 1989.
- CAETANO, Marcelo. Princípios fundamentais de direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1996.
- _____ Direito constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 2.
- _____ Manual de direito administrativo. 9. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1970.
- CAHALI, Yussef Said. Estatuto do estrangeiro. São Paulo: Saraiva, 1983.
- CAMARGO, Heloisa Helena Tartarotti, KAIN, Maria de Lourdes de Medeiros. O Senado como controlador externo. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, n.º 125, 1995.
- CAMPANHOLE, Adriano, CAMPANHOLE, Hilton Lobo. Constituições do Brasil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- CAMPOS, Francisco. Comissão parlamentar de inquérito - poderes do congresso - direitos e garantias individuais. Revista Forense, n.º 195.

CANA, Vitalino. Introdução às decisões de provimento do tribunal constitucional: os seus efeitos em particular. Lisboa: Cognition, 1984.

CÂNDIDO, Joel J. Inelegibilidades no direito brasileiro. Bauru: Edipro, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____Direito constitucional. Coimbra: Almedina, 1993.

MOREIRA, Vital. Constituição da república portuguesa anotada. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

MOREIRA, Vital. Os poderes do Presidente da República. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1980.

_____La giurisdizione costituzionale delle libertà. Milão: Giuffrè, 1974.

GARTH, Bryant. Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. a general report. Traduzido para o português por Ellen Gracie Northfleet. Milão: Giuffrè, 1978.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CARVALHO, Aluísio Dardeau de. Nacionalidade e cidadania. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Técnica legislativa. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

CARVALHO, Virgílio de Jesus Miranda. Os valores constitucionais fundamentais: esboço de uma análise axiológico-normativa. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CASTRO, José Nilo. A defesa dos prefeitos e vereadores. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

CASTRO, Robinson Gonçalves. Considerações acerca da constitucionalidade na expedição de medidas provisórias versando matéria orçamentária pública. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, n.º 126, 1995.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. A Constituição Federal comentada. Rio de Janeiro: Forense, 1948.

_____Parecer do consultor geral da República. Revista de Direito Administrativo, n.º 45/426.

_____Princípios gerais de direito público. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Lei n.º 9.296/96 - interceptação telefônica. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n.º 45, ago. 1996.

CÉSAR, Afonso. Do poder regulamentar. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, n.º 128, 1996.

CHAVES, Antonio. Grande naturalização. Revista de Direito Público, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 14/77, 1970.

CHOUKE, Fauzi Hassan. Garantias constitucionais na investigação criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. RT 438/35.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. Temas de direito constitucional. São Paulo: Acadêmica, 1993.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____ As medidas provisórias e a CF de 1988. Curitiba: Juruá, 1991.

_____ Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

COELHO, Fernando. Lógica jurídica e interpretação das leis. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COMPARATO, Fábio Konder. Direito Público: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. Comissão parlamentar de inquérito. Revista Trimestral de Direito Público, n.º 10.

CONGRESSO REVISOR - Relatoria da Revisão Constitucional - Pareceres Produzidos (Histórico). Brasília: Senado Federal, 1994.

COOLEY, Thomas. Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CORRER, Oscar Dias. A defesa do Estado de Direito e emergência constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra Almedina.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. A jurisdição constitucional em Portugal. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

COSTA, Marcus Vinícius Americano. O direito do trabalho na Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CRETELLA JR., José. Os writs na Constituição de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

DALLARI, Adilson de Abreu. Lei orçamentária: processo legislativo. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, n.º 129, 1996.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 11. ed. São Paulo: Saraiva: 1985.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Competência municipal em matéria de saúde. RDP 92/174.

DANTAS, F. C. San Tiago. Igualdade perante a lei e due process of law: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. Revista Forense, Rio de Janeiro, 1948.

DANTAS, Ivo. Direito adquirido, emendas constitucionais e controle de constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

_____ Constituição Federal: teoria e prática. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

_____ Mandado de injunção. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Comentários à lei orgânica nacional do Ministério Público. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

_____ Direito à informação ambiental. Revista de Informação Legislativa, n.º 83/385.

DELMANTO, Roberto, DELMANTO JR., Roberto. A Permissão constitucional e a nova lei de interceptação telefônica. Boletim IBCCrim, n.º 47, out. 1996.

DEMERCIAN, Pedro Henrique, MALULY, Jorge Assaf. Juizados especiais criminais: comentários. São Paulo: Aide, 1996.

DENNEWITZ Boddo. Kommentar zum bonner grundgesetz: bonner kommeratar. Hamburg: Joachin Hestmann, 1950. art. 101.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionarietà administrativa na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1991.

_____ Direito administrativo. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

_____ Direito administrativo. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____ A instrumentalidade do processo. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

DINIZ, Maria Helena. Norma constitucional e seus efeitos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

DÓRIA, Sampaio. Comentários à Constituição de 1946. São Paulo: Saraiva, 1946.

DROMI, José Roberto. Derecho administrativo. 6. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.

_____ Federalismo y diálogo institucional. Tucuman: Unsta, 1981.

DUVERGER, Maurice. Instituciones políticas y derecho constitucional. Barcelona: Ariel, 1962.

EISENMANN, Charles. La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche. Paris: Économica - Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, PIZZOLO, Calogero. Habeas data: el derecho a la intimidad frente a la revolución informática. Buenos Aires: Depalma, 1996.

FAGUNDES, Seabra. Novas perspectivas do federalismo brasileiro. Revista de Direito Administrativo. n.º 9.

FALCÃO, Alcino Pinto. Da imunidade parlamentar. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

_____ et al. Comentários à Constituição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990. 3 v.

FAVOREU, Lois et al. Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

FAYT, Carlos S. Supremacia constitucional e independencia de los jueces. Buenos Aires: Depalma, 1994.

FERNANDES, Antonio Scarance. Interceptações telefônicas: aspectos processuais da lei. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n.º 45, ago. 1996.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Requisitos para ministro e conselheiro de tribunal de contas. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, n.º 126, 1995.

FERNANDEZ, Tomás Ramón. Arbitrariedad y discrecionalidad. Madri: Civitas, 1991.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Conflito entre poderes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. Poder constituinte do Estado-membro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

FERRAZ, Sérgio. Mandado de segurança. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Dispensa e inexigibilidade de licitação. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Interpretação e estudos da Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1990.

_____. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 01/77.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A democracia no limiar do século XXI. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. As medidas provisórias com força de lei. Repertório IOB de Jurisprudência, n.º 05/89, mar. 1989.

_____. Comentários à Constituição brasileira de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989-1995. 4 v.

_____. Curso de direito constitucional. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Do processo legislativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Estado de Direito e Constituição. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. O parlamentarismo. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. O poder constituinte. São Paulo: Saraiva, 1985.

_____. O estado federal brasileiro na constituição de 1988. Revista de Direito Administrativo, n.º 179.

FERREIRA, Pinto. Código eleitoral comentado. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. Comentários à Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989. 7 v.

_____. O Município e sua lei orgânica Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 10.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. A autoridade coatora e o sujeito passivo do mandado de segurança. São Paulo: RT, 1991.

- _____. Controle de administração pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- FIGUEIREDO, Marcelo. A medida provisória na Constituição. São Paulo: Atlas, 1991.
- FIGUEIREDO, Marcelo. O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- FIGUEIREDO, Paulo de. Educação e Constituinte. Revista de Informação Legislativa, n° 87/77.
- FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. Direito constitucional comparado. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- FRANÇA, R. Limongi. Reparação do dano moral. RT 631/29.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Curso de direito constitucional brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- Parecer: em defesa das garantias do Ministério Público. São Paulo: Imprensa Oficial, 1961.
- FRANCO, Alberto Silva. Medidas provisórias. Lex-RJTJESP 123/16.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. O princípio constitucional da moralidade administrativa. 2. ed. Curitiba: Genesis, 1993.
- FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, n.º 129, 1996.
- FRIEDRICH, Carl Joaquim. Gobierno constitucional y democracia. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1975.
- GARCIA BELAUNDE, Domingo, FERNANDEZ SEGADO, Francisco. La jurisdicción constitucional en Iberoamerica. Madri: Dykinson, 1997.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como norma y el tribunal constitucional. 3. ed. Madri: Civitas, 1994.
- _____. Princípio de legalidade na constituição espanhola. Revista de Direito Público, n.º 86.
- GETZEVICTH, Mirkine. As novas tendências do direito constitucional. São Paulo: Nacional, 1953.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei n.º 9.296/96. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n.º 45, Ago. 1996.
- _____. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GOMES, Luiz Flávio. Anotações sobre o mandado de injunção. RT 647/43.
- GOZAÍN, Osvaldo A. El derecho de amparo. Buenos Aires: Depalma, 1995.
- GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1991.
- _____. Tutela constitucional das liberdades. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. Interceptação telefônica. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GRECO, Marco Aurélio. Medidas provisórias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 37.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____ et al. *Juizados especiais criminais: comentários à lei n.º 9.099, de 26-9-1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Inviolabilidade do domicílio na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1993.

GUERZONI FILHO, Gilberto. *Burocracia, tecnocracia, pseudocracia e a Constituição de 1988: tentativas e perspectiva de formação de uma burocracia pública no Brasil*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, n.º 128, 1996.

GUIMARÃES, Ary Florêncio. *O mandado de segurança como instrumento de liberdade civil e de liberdade política*. In: *Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982. Vários autores.

HALL, Kamit L. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. New York: Oxford University Press, 1999.

HAMILTON, Alexandre, MADISON, James, JAY, John. *O federalista*. Trad. de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

HAURIOU, Maurice. *Derecho público y constitucional*. 2. ed. Madri: Reus, 1927.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição (Dia normativa Kraft der verfassung)*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

HORTA, Raul Machado. *A autonomia do Estado-membro no direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1964.

_____ *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

_____ *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n.º 107.

_____ *Tendências atuais da federação brasileira*. Cadernos de direito constitucional e ciência política, n.º 16.

_____ *Estruturação da federação*. Revista de Direito Público, n.º 81.

_____ *Limitações constitucionais dos poderes de investigação*. Revista de Direito Público, n.º 5, 1968.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

JESUS, Damásio E. *Questões Criminais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____ *Código de processo penal interpretado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____ *Código penal anotado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

JESUS, Damásio E. *Direito penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 4 v.

_____ *Lei dos juizados especiais criminais anotada*. São Paulo: Saraiva, 1996.

JUREMA, Aderbal. A educação e a cultura nas constituições brasileiras. Revista de Informação Legislativa, n.º 34/13.

KELSEN, Hans. General theory of law State. Londres: Harvard University Press, 1949.

_____ Teoria geral das normas. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____ Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

LAUBADÈRE, André. Traité de droit administratif. 9. ed. Paris: LGDJ, 1984.

LAVIÉ, Quiroga. Derecho constitucional. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993.

_____ Estudio analítico de la reforma constitucional. Buenos Aires: Depalma, 1994.

LAZZARINI, Álvaro. Estudos de direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil. São Paulo: RT, 1994.

LIMA, Jesus Costa. Comentários às súmulas do STJ. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1994.

LLORENTE, Francisco Rubio. Derechos fundamentales y principios constitucionales. Barcelona: Ariel Derecho, 1995.

LOEWENSTEIN, Karl. Teoria de la constitución. Trad. Alfredo G. Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1965.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Comentários à reforma administrativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____ Ética e Administração Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____ Poder constituinte reformador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____ Princípio da legalidade penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Mandado de injunção. São Paulo: Atlas, 2000.

MACHADO, Hugo Brito. Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1990.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Constituinte e meio ambiente. Revista de Informação Legislativa, n.º 93/329.

MAGANO, Octávio Bueno. Convenção 158 da OIT. O Estado de S. Paulo, 3 out. 1996.

MAÍLLO, Afonso Serrano. Valor de las escuchas telefónicas como prueba en el sistema español. Nulidad de la prueba obtenida ilegalmente. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 15, 1996.

MALHEIROS, Sylvia Helena Steiner. Princípio da reserva legal e o crime de tortura na legislação brasileira. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 13, 1996.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____ Recurso extraordinário e recurso especial. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINHO, Ilmar Penna. Tratado do estrangeiro no Brasil. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1909.

_____ Tratamento sobre a nacionalidade. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1956.

MARINHO, Josaphat. Direitos e garantias fundamentais. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, n.º 127, 1995.

_____ Inconstitucionalidade de lei. Representação ao Supremo Tribunal Federal. RDP 12/150.

_____ Rui Barbosa e a federação. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, n.º 130, 1996.

MARQUES, José Frederico. As ações Populares no direito brasileiro. RT 266/11.

_____ Da competência em matéria penal. São Paulo: Saraiva, 1953

MARREY, Luiz Antonio Guimarães, PAULA, Paulo Afonso Garrido, LIMA, Pedro Falabella Tavares. Ministério público e a tutela das liberdades públicas. Justitia - Revista do Ministério Público do Estado de São Paulo, n.º 47/317.

MARTINS. Ives Gandra da Silva. Direito constitucional interpretado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____ Repertório IOB de Jurisprudência, n.º 8/95, abr. 1995.

_____ (Coord.). A Constituição brasileira de 1988: interpretações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). Ação declaratória de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 1995.

MASAGÃO, Mário. Curso de direito administrativo. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

MATTOS, Thereza Baptista. A proteção do nascituro. RDC 52/34.

MAXIMILIANO, Carlos. Direito intertemporal. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946. MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____ O Ministério Público na Constituição de 1988. 3. ed. Saraiva: 1996.

_____ O Ministério Público no tribunal de contas. Justitia - Revista do Ministério Público do Estado de São Paulo, n.º 51/73.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____ Elementos de direito administrativo. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO FILHO, José Celso. Constituição Federal anotada. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____ Investigação parlamentar estadual: as comissões especiais de inquérito. Justitia - Revista do Ministério Público de São Paulo n.º 121/150.

_____A tutela judicial da liberdade. RT 526/291.

_____A imunidade dos deputados estaduais. Justitia, 43/114.

_____Medidas provisórias. Revista PGE/SP. jun. 1990.

MELO, José Tarcizio Almeida. Direito constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data. 18. ed. (atualizada por Arnaldo Wald). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____Direito administrativo brasileiro. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____Estudos e pareceres de direito público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. v. 9.

MENDES, Antonio Carlos. Introdução à teoria das inelegibilidades. São Paulo: Malheiros, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. Anteprojeto de lei sobre processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. Cadernos de direito constitucional e ciência política n.º 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____Jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____Controle de constitucionalidade: aspectos jurídico e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

MESSINEO, Francesco. Manuale di diritto civile e commerciale. Milão: Milano, 1958. 5. v.

MILARÉ, Édis (Coord.). Ação civil pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____Legislação ambiental do Brasil. São Paulo: APMP 1991. p. 03.

MIRABETE, Julio Fabrinni. Processo penal. São Paulo: Atlas, 1991.

_____Código de processo penal interpretado. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. 4 t.

MIRANDA, Pontes. Comentários à Constituição de 1946. Rio de Janeiro: Henrique Cahem, 1946. p. 303.

_____História e prática do habeas corpus. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. p. 74.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. O espírito das leis. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

_____Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Atlas, 1997.

_____Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais. São Paulo: Atlas, 2000.

_____Previdência social e os direitos adquiridos. RPS - Revista de Previdência Social, n.º 184, mar. 1996.

_____Competência, trânsito e transporte intermunicipal perante a Constituição Federal. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, IBDC, Revista dos Tribunais, n.º 12.

_____ Intervenção federal e estado de defesa - combate ao crime organizado no Rio de Janeiro. Tribuna do Direito, n.º 23, mar. 1995

_____ Racionalização da justiça criminal - juizados especiais criminais. Folha de S. Paulo, 14 out. 1995, p. 2-3.

_____ Interceptações telefônicas e gravações clandestinas: a divergência entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Boletim IBCrim, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n.º 44, ago. 1996.

MORAES, Germana de Oliveira. O controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo. São Paulo: Dialética, 1998.

MORAES, Walter. Se é viável indenização por dano moral a pessoa jurídica. Repertório IOB de Jurisprudência n.º 19/91.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O habeas data brasileiro e sua lei regulamentadora. Revista de Informação Legislativa n.º 138, p. 89, abr./jun. 1998.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. A advocacia de Estado e as novas competências federativas. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, n.º 129, 1996.

_____ Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MOREIRA, Vital. Constituição e revisão constitucional. Lisboa: Caminho, 1990.

_____ Fundamentos da constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

MOTA, Leda Pereira, SPITZCOVSKY, Celso. Direito constitucional. São Paulo: Terra, 1994.

NADAIS, Antonio, VITORINO, António, CANAS, Vitalino. Lei sobre organização, funcionamento e processo do tribunal constitucional. Lisboa: AAFDL, 1984.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Direito do trabalho na Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989.

NASCIMENTO, Tuinambá Miguel Castro. Lineamentos de direito eleitoral. São Paulo: Síntese, 1996.

NAZO, Georgette. Nacionalidade. Folha de S. Paulo, 23 abr. 1995, p. 3-2.

NEISS, Pedro Henrique Távora. Direitos políticos. 2. ed. Bauru: Edipro, 2000.

NEVES, A. Castanheira. O problema da constitucionalidade dos assentos. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

NERY, Regina Macedo. Competência legislativa do município. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 01.

NERY JR., Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NERY JR., Nelson, NERY, Rosa Maria. Código de processo civil e legislação processual civil extravagante em vigor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NICZ, Alvacir Alfredo. A liberdade de iniciativa na Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

NISS, Pedro Henrique Távora. Direitos políticos: condições de elegibilidade e inelegibilidade. São Paulo: Saraiva, 1994.

NISS, Pedro Henrique Távora. Habeas data. FMU DIREITO n.º 4/36.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Instrumentos de tutela e direitos constitucionais. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOHLEN, Dieter. Sistemas electorales del mundo. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do estado de direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

NOVELLI, Flávio Bauer. Norma Constitucional Inconstitucional? A propósito do art. 2.º, § 2.º, da EC 3/93. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 13.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Júri: princípios constitucionais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NUNES, Castro. Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. (Atualizada por José de Aguiar Dias.)

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Mandado de segurança e controle jurisdicional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

OTERO, Paulo. Conceito e fundamento da hierarquia administrativa. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

PACHECO, J. E. de Carvalho. Habeas corpus. Curitiba: Juruá, 1983.

PACHECO, José da Silva. O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PALOTTI JÚNIOR, Osvaldo. Medida provisória e direito penal: uma convivência impossível. In: vários autores. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PASSOS, Calmon. Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PAZZAGLINI FILHO, Marino, MORAES, Alexandre, SMANIO, Gianpaolo Poggio, VAGGIONE, Luiz Fernando. Juizado especial criminal: aspectos práticos da lei n.º 9.099/95. São Paulo: Atlas, 1996.

ROSA, Marcio Fernando Elias, FAZZIO JR., Waldo. Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. São Paulo: Atlas, 1996.

PELAYO, Manuel Garcia. Derecho constitucional comparado. 3. ed. Madri: Revista do Ocidente, 1953.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. Reforma administrativa: o Estado, o serviço público e o servidor. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

PIOVESAN, Flávia C. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 1996.

Proteção judicial contra omissões legislativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PONDÉ, Lafayette. Estudos de direito administrativo. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

PORTO, Odyr. Mandado de injunção. RJTJESP, Lex 115/8.

POUND, Roscoe. Liberdades e garantias constitucionais. 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1976.

QUEIROZ, Cristina M. M. Os actos políticos no estado de direito. Coimbra: Almedina, 1990.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. O controle de constitucionalidade por via de ação. São Paulo: Angelotti, 1994.

RAMOS, Elival Silva. A inconstitucionalidade das leis. São Paulo: Saraiva, 1994.

RAMOS, Saulo. Medida provisória. In: A nova ordem constitucional: aspectos polêmicos. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

RAÓ, Vicente. O direito e a vida dos direitos. São Paulo: Max Limonad, 1952.

REALE JR., Miguel. Casos de direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

Parlamentarismo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1962.

REALE JR., Miguel. Por uma Constituição brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

REVEL, Jean François. El conocimiento inútil. Barcelona: Planeta, 1989.

REZEK, Francisco. A nacionalidade à luz da obra de Pontes de Miranda. RF 263/7. Direito internacional público. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

Nacionalidade em lei ordinária uma questão constitucional. Revista de Direito Público, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 65/86, 1983.

Curso de direito constitucional público. São Paulo: Saraiva, 1996.

RIBEIRO, Vinício. Constituição da República portuguesa. Coimbra: Almedina, 1993.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Medida provisória em matéria penal. In: vários autores. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Controle de constitucionalidade das leis no Brasil. In: Vários autores. Constituição Federal de 1988. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, n.º 130, 1996.

RODAS, João Grandino. A nacionalidade da pessoa física. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

Tratados internacionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

RODRIGUES, Lêda Boechat. A corte suprema e o direito constitucional americano. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

RODRIGUES, Ernesto. O veto no direito comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ROLLO, Alberto, BRAGA, Enir. Inelegibilidade à luz da jurisprudência. São Paulo: Fiuza, 1995.

ROSA, Roberto. Limitações às comissões de inquérito do legislativo. Revista de Direito Público, n.º 12.

ROSAS, Roberto. Direito sumular. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. Trad. Antonio de P. Machado. Estudo crítico: Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Ediouro, 1994.

Direito constitucional: instituições de direito público. Trad: Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

RUBIO, Ricardo Medina. La función constitucional de las comisiones parlamentarias de investigación. Madri: Civitas.

RUFFIA, Paolo Biscaretti. Introduzione al diritto costituzionale comparato. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1970.

SALDANHA, Nelson. O poder constituinte. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

SAMPAIO, Nelson de Souza. O processo legislativo. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

O poder de reforma constitucional. 3. ed. Salvador: Nova Alvorada, 1995.

O poder de reforma constitucional moderno. 2. ed. Salvador: Imprensa Oficial, 1961.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. Direito civil: responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2000.

SANCHES, Sydney. Inovações processuais na Constituição de 1988, RT 635/48-55, n.º 44.

SANTAOLLA, Fernando. El parlamento y sus instrumentos de información. Madri: Edersa, 1982.

SANTOS, Alvacir Correa. Contratação temporária na administração pública. Curitiba: Genesis, 1996.

SANTOS, Moacyr Amaral. Mandado de injunção. RDP 17/11.

O poder constituinte. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon. Sigilo bancário e a administração tributária. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, n.º 125, 1995.

SARAIVA, Paulo Lopo. Federalismo regional. São Paulo: Saraiva, 1992.

SARTORI, Giovanni. Engenharia constitucional: como mudam as constituições. Brasília: UnB, 1996.

SCHMITI; Carl. La defensa de la constitución. Trad. Manuel Sanchez Sarto. Madri: Tecnos, 1983.

SCHWARTZ, Bernard. Direito constitucional americano. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SIDOU, J. M. Othon. Habeas data, mandado de injunção, habeas corpus, mandado de segurança e ação popular. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

Ação popular constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva. v. 3.

O Estado-membro na Constituição Federal. RDP 16/15.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira. Curso de direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

SLAIBI FILHO, Nagib. Ação declaratória de constitucionalidade. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Direito penal: parte especial. São Paulo: Atlas, 1999.

Interesses difusos e coletivos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

SOARES, José Ribamar Barreiros. O papel do ministério público no controle da administração pública à luz da Constituição de 1988. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, n.º 128, 1996.

SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. Direito civil: parte geral. São Paulo: Atlas, 1998.

STRASSER, Carlos. Teoria del Estado. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Impeachment. Brasília: Imprensa Nacional, 1996.

SWISHER, Carl Brent. Decisões históricas da Corte Suprema. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Medidas provisórias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

TAVARES, José. Administração pública e direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1992.

TAWIL, Guido Santiago. Administración y justicia. Buenos Aires: Depalma, 1993.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. Curso de direito constitucional. Atualização Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). As garantias do cidadão na justiça. São Paulo: Saraiva, 1993.

Recurso especial. Revista de Informação legislativa, Brasília, ano 27, n.º 107, jul./set. 1990.

TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

Constituição e política. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 16.

RPGE SP 30/13.

TORRES, Ricardo Lobo. O orçamento na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. 4. v.

TOURINO, Arx. A família e os meios de comunicação. Revista de Informação Legislativa, n.º 125/141.

TUCCI, Rogério Lauria, TUCCI, José Rogério Cruz e. Constituição de 1988 e processo. São Paulo: Saraiva, 1989.

VALENTE, Manoel Adam Lacayo. Cláusula de convalidação em medidas provisórias. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, n.º 130, 1996.

VALLADÃO, Haroldo. Direito internacional privado. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

VASCONCELOS, Edson Aguiar. Instrumento de defesa da cidadania na nova ordem constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VASCONCELOS, Vital Ramos. Proteção constitucional ao sigilo. Revista FMU-DIREITO, n.º 6.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As comissões parlamentares de inquérito e o sigilo das comunicações telefônicas. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n.º 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

Temas de direito público. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

VELOSO, Zeno. Controle jurisdicional de constitucionalidade. Belém: Cejup, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação civil pública. São Paulo: Atlas, 1997.

WALD, Arnaldo, FONSECA, Rodrigo Garcia. O habeas data na Lei n.º 9.507/97. Revista de Informação Legislativa, n.º 137, p. 303, fev./mar. 1998.

WALD, Arnaldo, MARTINS, Ives Gandra da Silva. A independência do Ministério Público. Folha de S. Paulo, 30 set. 1995. Caderno 3-2, coluna Data Venia.

WHEARE, Karl C. Modern constitutions. Londres: Oxford University Press, 1973.

ZANOBINI, Guido. Corso di diritto amministrativo. Bolonha: Il Molino, 1950. v. 5.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder Judiciário. Trad.: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.