



**UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE  
DEPARTAMENTO DE DIREITO  
Volta Redonda**

**MATERIAL DIDÁTICO  
DE  
DIREITO CONSTITUCIONAL III  
E DE  
DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL**

**Elaboração**

**Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Ana Alice De Carli**

**Colaboração**

**Bruno de Paula Soares**

**Volta Redonda**

**2020**



## APRESENTAÇÃO

O presente material didático objetiva dar subsídio cognitivo aos alunos das Turmas de Direito Constitucional III e de Processo Constitucional, do Curso de Direito do Departamento de Direito da Universidade Federal Fluminense, *campus* Aterrado, de Volta Redonda.

E, subsidiariamente, às Turmas de Direito Ambiental Global, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Tecnologia Ambiental, da Universidade Federal Fluminense, *campus* Vila, de Volta Redonda e da Pós-Graduação *Lato Sensu* em Residência Jurídica, UFF/VR.

## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	2
CAPÍTULO I.....	7
INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS .....	7
I.1. Ministério Público: breve intróito .....	7
I.1.1. Ministério Público: atribuições constitucionais .....	8
I.1.2. Do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP .....	21
I.2. Advocacia Pública.....	22
I.2.1. Advocacia Geral da União .....	23
I.2.2. Defensoria Pública .....	26
I.3. Advocacia Privada e a OAB .....	30
I.4. Tribunal de Contas .....	34
I. 5. ESTUDO DE CASO .....	45
I. 6. QUESTÕES OBJETIVAS:.....	45
REFERÊNCIAS DO CAPÍTULO I .....	47
CAPÍTULO II.....	50
ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO .....	50
II.1. Estrutura do Poder Judiciário.....	50
II.1.1. Noção introdutória .....	50
II.1.2. Funções típicas e atípicas.....	52
II.1.3. Tribunais e instâncias.....	52
II.1.4. Forma de investidura dos juízes de primeira instância e de segunda instância ...	61
II. 2. Formas de nomeação e atribuições dos Tribunais Superiores .....	64
II.2.1. Supremo Tribunal Federal- STF .....	64
II.2.2. Superior Tribunal de Justiça -STJ .....	69
II.2.3. Tribunal Superior do Trabalho – TST .....	71

II.2.4. Superior Tribunal Militar – STM.....	73
II.2.5. Tribunal Superior Eleitoral - TSE.....	74
II. 3. Conselho Nacional de Justiça– CNJ .....	75
II. 4. Quadro ilustrativo da Estrutura do Poder Judiciário Brasileiro.....	79
II.5. ESTUDO DE CASO.....	80
II.6. Questões objetivas .....	81
REFERÊNCIAS DO CAPÍTULO II.....	82
CAPÍTULO III .....	84
DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS .....	84
III.1. Evolução, aspectos conceituais.....	84
III. 2. Nomenclaturas dos direitos com características fundamentais .....	90
III.3. Dimensões dos Direitos Fundamentais .....	92
III. 4. Direitos e garantias na Constituição Federal de 1988 .....	96
III. 4.1. A dignidade da vida e o princípio da dignidade da pessoa humana.....	96
III.4.2. Diferenças semânticas entre direitos e garantias fundamentais .....	100
III. 5. Direitos da nacionalidade: perspectiva constitucional e sociológica. Aspectos normativos .....	105
III.5.1. Da perda da nacionalidade e da re aquisição da nacionalidade.....	116
III. 6. ESTUDO DE CASO .....	118
III. 7. QUESTÕES OBJETIVAS .....	119
REFERÊNCIAS DO CAPÍTULO III.....	121
CAPÍTULO IV .....	124
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE .....	124
IV. 1. O constitucionalismo e a força normativa das constituições.....	124
IV.2. Controle de constitucionalidade: aspectos gerais, conceituais e finalidade.....	125
IV. 3.Dos Sistemas de Controle de Constitucionalidade.....	135
IV. 3.1. Sistema Norte-americano (controle incidental, difuso, em concreto, via de exceção, via de defesa) .....	135

IV.3.2. Sistema Austríaco (europeu continental) .....	136
IV. 3.3. Sistema Francês .....	136
IV. 4. Brasil: Sistema Híbrido (misto) de Controle de Constitucionalidade .....	137
IV.4.1. O controle difuso de constitucionalidade (concreto, incidental ou incidenter tantum, via de defesa e via de exceção) no Brasil: aspectos gerais.....	137
IV.4.2. Do controle abstrato de constitucionalidade (em tese, concentrado) em solo brasileiro .....	139
IV.4.3. Técnicas (critérios) do controle de constitucionalidade .....	145
IV.4.3.1. Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto .....	145
IV. 4.3.2. Interpretação conforme a Constituição.....	149
IV.4.3.3. Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade .....	151
IV. 4.4.4. Declaração de inconstitucionalidade da norma ainda constitucional, mas em trânsito para a inconstitucionalidade .....	155
IV. 4.4.5. Novas construções de técnicas de decisão em sede de controle de constitucionalidade político e judicial: da declaração deinconstitucionalidade por agregação e a teoria do estado de coisas inconstitucional .....	158
IV.5. ESTUDO DE CASO .....	161
IV. 6. QUESTÕES OBJETIVAS .....	161
REFERÊNCIAS DO CAP. IV .....	165
CAPÍTULO V .....	168
REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS .....	168
V.I. Considerações iniciais .....	168
V.II. Espécies de remédios constitucionais .....	170
V.III. Referências do capítulo V.....	199
ANEXO I.....	201
GABARITO DAS QUESTÕES DOS CAPÍTULOS .....	201
GABARITOCAPÍTULO II.....	204
QUESTÕES OBJETIVAS .....	204

III. 6. Estudo de caso .....	204
ANEXO II .....	207
MODELO PEC.....	207
ANEXO III .....	209
PEÇAS PROCESSUAIS .....	209
1.ADPF.....	209
2.RECLAMAÇÃO .....	211
3. AÇÃO POPULAR.....	213
4. MANDADO DE INJUNÇÃO .....	215
5.MANDADO DE SEGURANÇA .....	217

# CAPÍTULO I

## INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

### I.1. Ministério Público: breve intróito

No Brasil, no ano de 1609, ou seja, início do Século XVII, instituiu-se, por meio do Alvará nº 7, o Tribunal de Relação da Bahia, surgindo os cargos de procurador dos feitos da Coroa e de promotor de justiça.

Depois, já em meados do Século XIX, com a edição do Código de Processo Criminal do Império de 1832, adveio a expressão "promotor da ação penal", surgindo desse modo, o Ministério Público, o qual passou a ser disciplinado pelo Decreto nº 120, de 21 de janeiro de 1843. Mas foi com o Decreto nº 1030 de 1890 que o órgão ministerial foi efetivamente implementado. Esclarece Uadi Lammêgo Bulos<sup>1</sup> que:

foi durante a primeira República, por obra do Ministro da Justiça do Governo Provisório, Campos Salles - o precursor da independência do Ministério Público pátrio -, que foi editado o Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, o qual veiculou a reforma da Justiça brasileira, atribuindo à instituição ministerial contornos de grande importância para a época.

Algumas mudanças ao longo do tempo foram modificando a fisionomia do Ministério Público brasileiro. Vale ressaltar que este órgão não aparecia na Constituição Imperial de 1824, tampouco na primeira Constituição republicana de 1891.

Foi a Constituição Federal de 1934 que contemplou o Ministério Público, tratando-o no Capítulo VI como um dos órgãos de cooperação das atividades governamentais, conforme se extrai dos arts. 95 a 98 da referida Carta. A Constituição republicana de 1937 trouxe outras regras disciplinadoras do Ministério Público, mas sem manter uma ordem sistemática.

Já com certo avanço no tocante ao papel institucional do Ministério Público, a Constituição Federal de 1946 definiu capítulo próprio ao Ministério Público (arts. 125 a 128), onde estavam estabelecidas as normas de organização, de ingresso por concurso público, as garantias de estabilidade e inamovibilidade, a forma de escolha do Procurador-Geral - a quem coube a missão de representação de inconstitucionalidade.

<sup>1</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 1399.

No devir da política e da vida em sociedade, após o golpe militar de 1964 sobreveio a Constituição Federal de 1967, e com ela mudanças estruturais no Ministério Público, que passou a integrar o capítulo dedicado ao Poder Judiciário (arts. 137-139). Depois, a partir da aprovação da Emenda à Constituição nº 1/69, o *Parquet* foi posicionado no capítulo do Poder Executivo (arts. 94-96), cabendo ao chefe do Poder Executivo nomear e demitir livremente o chefe da instituição.

Já com a Constituição Cidadã de 1988 o Ministério Público foi alçado ao patamar de ‘instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, encarregado de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis’, nos termos do art. 127, da mencionada Carta.

Sobre a importância institucional do Ministério Público preleciona Uadi Lammego Bulos<sup>2</sup>:

cumpre-lhe defender os interesses sociais e individuais indisponíveis, além de outrem que a lei considerar imprescindível a sua participação. A indisponibilidade do interesse, seja relativa, seja absoluta, é o *prius* da atuação funcional do *Parquet*. Até os interesses individuais, singulares, disponíveis, clássicos etc, sujeitam-se à sua competência, desde que a tutela a pleitear convenha à coletividade. E, para saber se o interesse é objeto de amparo ministerial, devemos recorrer à classificação dos interesses públicos em primários ou secundários. Os primários equivalem ao bem geral; já os secundários dizem respeito à Administração, ao modo como os órgãos governamentais vêem o interesse público. Quer dizer que nem sempre os interesses primário e secundário são coincidentes. Por isso, só os primários constituem alvo de amparo pelo *Parquet*, sejam eles sociais, sejam coletivos, difusos, individuais homogêneos. O que se busca é a satisfação de toda a sociedade.

De fato, o papel do Ministério Público como entidade democrática pode contribuir de forma significativa para a concretização dos direitos fundamentais plasmados ou não no corpo do texto constitucional.

### **I.1.1. Ministério Público: atribuições constitucionais**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 destaca o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe precipuamente a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos valores fundamentais.

<sup>2</sup> BULOS (2014), op. cit., p. 1400-1402.



O art. 128 da referida Carta Constitucional apresenta a estrutura basilar do Ministério Público, o qual 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 dos Territórios.
2. o **Ministério Público dos Estados**.

Acentua José Afonso da Silva<sup>3</sup>:

As normas constitucionais sobre o Ministério Público, lhe afirmam os princípios institucionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional e lhe asseguram autonomia administrativa, facultando-lhe, observado o disposto no art. 169, "propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso de provas e de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira. Dá-se-lhe, assim, o poder de iniciativa de lei nessas matérias. Cabe também a ele elaborar sua proposta orçamentária. Mas não se lhe dá aí o poder de iniciativa da proposta orçamentária, devendo esta, por isso, integrar-se no orçamento geral a ser submetido ao Poder Legislativo pelo Poder Executivo.

A Emenda à Constituição nº 45/2004, denominada de reforma do Poder Judiciário, trouxe para o texto da Constituição de 1988, as regras acerca da prerrogativa do Ministério Público para elaborar sua proposta orçamentária, conforme se verifica no seu art. 127, par. 3º.

O que pode ocorrer caso ele não envie sua proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na Lei de Diretrizes Orçamentárias? A resposta a esta indagação está expressa no par. 4º, do dispositivo em comento, *vide in verbis*:

§ 4º Se o Ministério Público não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

O Ministério Público da União tem como chefe o Procurador-Geral da República (PGR), o qual é nomeado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, sendo permitida recondução.

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 598.

Assim como a nomeação do PGR depende de manifestação do Senado, a sua destituição segue a mesma lógica, nos termos do art. 128, par. 2º: “a destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal”.

No tocante aos Ministérios Públicos dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios a Carta de 1988 prescreve outra forma de investidura da pessoa que assumirá o comando do *Parquet*<sup>4</sup>. Nos termos de lei específica uma lista tríplice trará os nomes dos candidatos ao cargo de comando desses órgãos. A nomeação será feita pelo Chefe do Poder Executivo. O escolhido terá mandato de 2 anos, e, ao revés do que estabelece a Constituição de 1988 para o PGR, aqui só se admite apenas uma recondução ao cargo, *ex vi* art. 128, par. 3º:

Os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios formarão lista tríplice dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.

Já no que diz respeito à destituição do Chefe do Ministério Público Estadual ou do DF, a Constituição prevê regra semelhante àquela aplicada ao PGR, ou seja, somente poderá ocorrer com aprovação por maioria absoluta da Casa Legislativa respectiva, conforme preceitua o par. 4º, do art. 128: “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”.

Quanto à investidura dos membros do Ministério Público, a mesma ocorre pela via do concurso público de provas e títulos, sendo assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização. Nesse sentido, vide art. 129, par. 3º, CF/88:

§ 3º O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e

<sup>4</sup>O termo *parquet* tem origem “na tradição francesa, assim como as expressões *magistrature débout* (magistratura de pé) e *les gens du roi* (as pessoas do rei). Os procuradores do rei (*daí les gens du roi*), antes de adquirirem a condição de magistrados e de terem assento ao lado dos juízes, tiveram inicialmente seus assentos dispostos sobre o assoalho (*parquet*) da sala de audiências, em vez de os terem sobre o estrado, lado a lado com a chamada ‘magistratura sentada’. Conservam, entretanto, a denominação de *parquet* ou *magistrature débout*” (Francisque Goyet, Le Ministère Public). In: NOVAIS, Cesar Danilo Ribeiro. **Promotor de Justiça:** na defesa da sociedade. Disponível em <http://promotordejustica.blogspot.com.br/2013/03/parquet.html>>. Acesso em 10.01.2017.

observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Para o cargo de promotor de justiça, no âmbito estadual, e para procurador da república, em nível federal, a Constituição impõe a formação em direito, com, no mínimo, três anos de atividade jurídica.

No que diz respeito às promoções na carreira e aposentadoria, o art. 93, II e VI, CF/88 – concernente às regras para a magistratura - também tem sua aplicabilidade para o Ministério Público. Com efeito, o cargo de procurador de justiça (Ministério Público Estadual e do CF) se dá por promoção na carreira e não por concurso público.

São garantias do ministério público, nos termos da Constituição Federal de 1988, art. 128, inciso I:

- a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado;
- b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- c) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Com relação à inamovibilidade, vale acrescentar que esta prerrogativa não significa a proibição absoluta de remoção do membro do Ministério Público, pois isso inviabilizaria a realização do interesse público. A remoção, no entanto, depende de decisão do órgão colegiado do *Parquet*, sendo assegurado o princípio da ampla defesa<sup>5</sup>.

A Carta de 1988 traz também algumas vedações aos membros do Ministério Público, consoante dispõe o art. 128, inciso II:

- II - as seguintes vedações:
  - a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;
  - b) exercer a advocacia;
  - c) participar de sociedade comercial, na forma da lei;
  - d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;
  - e) exercer atividade político-partidária; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
  - f) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

<sup>5</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 601.

A lei orgânica nacional do Ministério Público, art. 44, p.u., (Lei nº 8.625/93) estabelece, no tocante à vedação prevista na alínea *d* acima transcrita, que:

não constituem acumulação, para os efeitos do inciso IV deste artigo, as atividades exercidas em organismos estatais afetos à área de atuação do Ministério Público, em Centro de Estudo e Aperfeiçoamento de Ministério Público, em entidades de representação de classe e o exercício de cargos de confiança na sua administração e nos órgãos auxiliares.

Ainda, o mesmo diploma legal do Ministério Público prescreve que a proibição de participação em sociedade comercial não abrange a participação dos seus membros como cotistas ou acionistas de uma sociedade, *ex vi* art. 44, III.

O art. 129 da Carta Maior de 1988 traz as funções institucionais do Ministério Público, cabendo-lhe precipuamente a titularidade da ação penal, mas sua missão institucional vai além, porquanto o Constituinte originário de 1988 atribuiu-lhe várias atuações, como a defesa dos direitos e garantias fundamentais plasmados ou não no texto Constitucional, a tutela dos direitos indígenas, o controle externo da atividade policial, entre outras.

Conforme será estudado no capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais, há direitos materialmente constitucionais não positivados no texto constitucional, mas que são juridicamente reconhecidos e tutelados pelo *Parquet*.

Desse modo, para melhor compreensão e visualização da importância do Ministério Público em uma sociedade moderna e democrática, cabe transcrever o art. 129:

Art. 129. 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;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (grifo nosso).

Pelo que se extrai do dispositivo constitucional acima, a Constituição de 1988 delimitou a estrutura funcional do Ministério Público totalmente voltada “aos interesses mais elevados da convivência social e política, não apenas perante o Judiciário, mas também na ordem administrativa”<sup>6</sup>. Segundo alguns autores, o rol de competências do dispositivo acima transcrito é *números apertus*, ou seja, é exemplificativo<sup>7</sup>.

Assim como o Presidente e Vice-presidente da República, parlamentares, ministros, o Procurador-Geral da República (chefe do MP da União) também goza de foro por prerrogativa de função nos processos penais, conforme reza o art. 102, I, b, da CF/88.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, **precipua**mente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República.

O Procurador-Geral da República (PGR) é julgado pelo Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns.

Já os membros do Ministério Público da União que atuam nos tribunais respondem por crimes comuns perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), a quem compete também apreciar *habeas corpus* impetrado e que tenha como paciente ou como autoridade coatora esses membros. Nesse sentido, art. 105, CF/88:

**Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:**

**I - processar e julgar, originariamente:**

a) **nos crimes comuns**, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do **Ministério Público da União que oficiem perante tribunais** (sem grifo no original)

(...)

<sup>6</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 1039;

<sup>7</sup> BRANCO et al (2009), op. cit.,p. 1043.

c) os *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a", ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

A Carta de 1988 estabelece que os demais membros do Ministério Público da União serão julgados por crimes comuns perante os Tribunais Regionais Federais, consoante estabelecido no art. 108, I, a:

**Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:**

**I - processar e julgar, originariamente:**

a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (grifo nosso).

Comentado [AADC2]: ARRUMAR

Quanto aos procuradores de justiça e demais membros que integram o Ministério Público Estadual, estes têm o foro funcional definido pelo Tribunal de Justiça, segundo disposição do art. 96, III, da CF, sendo ressalvadas as hipóteses de competência da justiça eleitoral, as quais são de competência dos Tribunais Regionais Eleitorais, como prevê o artigo 108, I, da CF, já supracitado. Dipõe o art. 96, III, da CF, nesses termos:

Art. 96. Compete privativamente: (...) III - aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

A Lei nº 8.625/93, que institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, traz as normas gerais para a organização dos Ministérios Públicos dos Estados. E a Lei Complementar Federal nº 75/93<sup>8</sup> dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

Os princípios norteadores das atividades afetas ao Ministério Público são: unidade, indivisibilidade, independência funcional (art. 127, par. 1º, CF/88) e o do promotor natural.

O princípio da unidade caracteriza-se pela ideia de que todos os membros do Ministério Público compõem um só órgão sob a direção de um Procurador-geral. Para

<sup>8</sup> BRASIL. Lei Complementar Federal nº 75 de 20 de maio de 1993. Disponível em <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em 10.01.2017.

Hugo Nigro Mazzilli<sup>9</sup> a indivisibilidade, por seu turno, “significa que esses membros podem ser substituídos uns pelos outros, não arbitrariamente, porém, mas segundo a forma estabelecida na lei”. Enquanto o princípio da independência funcional, explica o autor<sup>10</sup>:

é atributo dos órgãos e agentes do Ministério Público, ou seja, é a liberdade que cada um destes tem de exercer suas funções em face de outros órgãos ou agentes da mesma instituição, subordinando-se por igual à Constituição e às leis.

Quanto ao princípio do promotor natural, o Supremo Tribunal Federal (STF), no *Habeas Corpus* nº 67759-2, de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 6 de agosto de 1992, já se pronunciou, cujo trecho da decisão vale transcrever, por ser bastante elucidativa<sup>11</sup>:

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 predeterminados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da 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.

Como se verifica do excerto da decisão acima mencionada, o Ministro-relator Celso de Mello associa o princípio do promotor natural ao princípio da independência funcional, uma vez que a atuação do agente do *Parquet* visa à tutela da sociedade e não de meros interesses privados.

O Plenário do STF já enfrentou também a questão envolvendo conflitos entre os Ministérios Públicos da União e dos Estados. Em estudos de direito processual civil estuda-se o fenômeno de conflitos de competência no âmbito jurisdicional, previstos no

<sup>9</sup>MAZZILLI, Hugo Nigro. **Princípios institucionais do Ministério Público brasileiro**. Disponível em <http://www.mazzilli.com.br>. Acesso em 10.01.2017.

<sup>10</sup> Idem. Ibidem.

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 67759-2. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10.01.2017.

art. 66 do novo Código Processo Civil de 2015, sendo caracterizados quando dois ou mais juízes se declaram competentes ou se consideram incompetentes, apontando outro órgão jurisdicional para examinar a questão em litígio ou, ainda, quando entre dois ou mais magistrados surgir controvérsia sobre a reunião ou não de processos.

Os conflitos que podem surgir entre os Ministérios Públicos não seriam de competência propriamente, mas sim de atribuições, uma vez que a Constituição Federal de 1988 sinaliza as funções de cada Ministério Público, levando em conta a matéria envolvida. Os conflitos podem ocorrer dentro da estrutura de um mesmo Ministério Público ou entre Ministérios Públicos de esferas diferentes. Para ilustrar, imagine-se as seguintes hipóteses:

**Caso Hipotético 1:** choque de atribuições entre dois promotores de justiça do Ministério Público do Rio. A quem cabe a tarefa de dirimir o conflito? A lei orgânica do Ministério Público (Lei nº 8.625/93) estabelece em seu art. 10, a competência do Procurador-Geral de Justiça (chefe do MPE) para resolver o conflito.

**Caso Hipotético 2:** conflito entre Procuradores da República de diferentes estados. Nesta situação a Lei Complementar nº 75/93 prevê duas situações:

- Art. 62. Compete às Câmaras de Coordenação e Revisão:
  - VII - decidir os conflitos de atribuições entre os órgãos do Ministério Público Federal.
- Art. 49. São atribuições do Procurador-Geral da República, como Chefe do Ministério Público Federal:
  - VIII - decidir, em grau de recurso, os conflitos de atribuições entre órgãos do Ministério Público Federal.

**Caso Hipotético 3:**o conflito ocorre entre diferentes membros do Ministério Público da União (ex., entre um Procurador da República e um Procurador do Trabalho). A decisão, como envolve dois ministérios públicos integrantes do Ministério Público da União, caberá ao Procurador-Geral da República a tarefa de solucionar o problema.

O art. 26 da Lei Complementar nº 75/93 parece resolver esta questão, ao estabelecer:

- Art. 26. São atribuições do Procurador-Geral da República, como Chefe do Ministério Público da União:
  - VII - dirimir conflitos de atribuição entre integrantes de ramos diferentes do Ministério Público da União.

**Caso Hipotético 4:** se o conflito envolver Promotores de Justiça de diferentes Estados (ex., Promotor de Justiça do Ceará e Promotor de Justiça de Pernambuco)?



**Caso Hipotético 5:** por fim, se o conflito relacionar um Promotor de Justiça e um Procurador da República (ex., Promotor de Justiça do Rio de Janeiro e Procurador da República que atua no Paraná?)

Com relação às hipóteses 4 e 5 acima mencionadas, o STF tinha um posicionamento no sentido de que caberia a esta Corte a prerrogativa de conhecer do conflito e solucioná-lo, nos termos do art. 102, da Constituição Federal de 1988, que estabelece, *in verbis*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

f) as **causas e os conflitos entre** a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta (grifo nosso).

Ocorre que em 19 de maio de 2016 o STF mudou tal posicionamento ao julgar a Ação Civil Ordinária (ACO) nº 924/MG, de relatoria do Ministro Luiz Fux, sob o fundamento de que a questão é de caráter administrativo e não é jurisdicional, portanto afeta ao Procurador-Geral da República<sup>12</sup>.

A Constituição Federal de 1988 contempla, em seu art. 130, o Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, para cujos membros se aplicam as disposições relativas aos demais membros do Ministério Público, no tocante a direitos, vedações e forma de investidura. Segundo lições de José Afonso da Silva<sup>13</sup>, este órgão foi instituído na mesma época em que foi instituído o Tribunal de Contas (este surgiu com a primeira Constituição Republicana de 1891, em seu art. 89). Inicialmente instituiu-se o Tribunal de Contas da União, somente depois vieram os dos Estados, do DF e de alguns municípios.

Em 1896, com o Decreto nº 392, que trouxe mudanças na estrutura do Tribunal de Contas, ficou clara a natureza jurídica do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, tratando-se de um Ministério Público Especial, ou seja, uma figura *sui generis* com atribuições específicas. Nesse sentido, destaca-se o art. 1º, item 5, do ato normativo em tela: “o Ministério Público será representado perante o Tribunal de Contas por um bacharel ou doutor em direito nomeado pelo Presidente da República”.

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Plenário:** cabe ao procurador-geral decidir conflitos de atribuição entre MP Federal e estaduais. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10.01.2017.

<sup>13</sup> SILVA, José Afonso da. **O Ministério Público Junto aos Tribunais de Contas**. Disponível em <http://www.tcm.ba.gov.br>. Acesso em 13.01.2017.

Ainda no ano de 1896, o Governo Federal editou o Decreto nº 2.409, o qual, sem seu art. 81, estabelecia, *in verbis*:

O Representante do Ministério Público é o guarda da observância das leis fiscais e dos interesses da Fazenda perante o Tribunal de Contas. Conquanto represente os interesses da Pública Administração, não é todavia delegado especial e limitado desta, antes tem personalidade própria e no interesse da lei, da justiça e da Fazenda Pública tem inteira liberdade de ação.

No tocante ao texto acima transcrito, pontua José Afonso da Silva<sup>14</sup>:

Não se há de impressionar pela dicção legal segundo a qual o representante do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas teria a função de guarda da observância das leis fiscais e dos interesses da Fazenda, pois que, em verdade, até a Constituição de 1988 também o Ministério Público Federal tinha a dupla função de órgão de *custos legis* de advogado dos interesses da Fazenda Federal. Mas no texto legal em apreço já se dão os fundamentos de sua autonomia institucional, ao declarar que não era delegado especial e limitado da Administração Pública. Pelo contrário, era dotado de personalidade própria, o que significa, em última análise, autonomia institucional, com inteira liberdade de ação.

Já sob a égide da Constituição Federal de 1946, editou-se o Decreto Federal nº 830/49, tratado como a “lei orgânica” do Tribunal de Contas da União, o qual em seu art. 3º trazia como integrantes de sua estrutura o Ministério Público, dando-lhe perfil autônomo. Depois, adveio o Decreto-Lei nº 199, de 25 de fevereiro de 1967, mantendo a base delineada no Decreto nº 830/49.

O mencionado Decreto-Lei nº 199/67 regulamentava, em seu art. 20, as atividades do Ministério Público Junto ao Tribunal de Contas:

Art. 20. Compete ao Procurador, na forma do Regimento Interno:

I - Promover a defesa dos interesses da Administração e da Fazenda Pública.

II - Comparecer às sessões do Tribunal e intervir nos processos de tomadas de contas e de concessão inicial de aposentadorias, reformas e pensões, e outros referidos no Regimento.

III - Dizer de direito, verbalmente ou por escrito, por deliberação do Tribunal, a requisição de qualquer Ministro, a seu próprio requerimento, ou por distribuição do Presidente, em todos os assuntos sujeitos à decisão do Tribunal.

IV - Requerer, perante o Tribunal, as medidas referidas no art. 40 da presente lei.

Ressalte-se, por oportuno, que o D.L. nº 199/67 foi posteriormente revogado pela Lei nº 8.443/93, que dispõe sobre a lei orgânica do Tribunal de Contas da União. Neste novo diploma legal o Ministério Público Junto ao Tribunal de Contas (repise-se, também

<sup>14</sup> Idem. Ibidem, p. 3.

denominado de Ministério Público Especial) possui capítulo próprio, sendo disciplinado nos artigos 80 a 84, sem prejuízo de outros dispositivos que fazem menção a este órgão.

Dispõem os mencionados artigos, *ipsis litteris*:

Art. 80. O **Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União**, ao qual se aplicam os **princípios institucionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional**, compõe-se de um procurador-geral, três subprocuradores-gerais e quatro procuradores, nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros, bacharéis em direito.

§ 1º (**Vetado**)

§ 2º A carreira do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União é constituída pelos cargos de subprocurador-geral e procurador, este inicial e aquele representando o último nível da carreira, não excedendo a dez por cento a diferença de vencimentos de uma classe para outra, respeitada igual diferença entre os cargos de subprocurador-geral e procurador-geral.

§ 3º **O ingresso na carreira far-se-á no cargo de procurador, mediante concurso público de provas e títulos**, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização e observada, nas nomeações, a ordem de classificação, enquanto a promoção ao cargo de subprocurador-geral far-se-á, alternadamente, por antigüidade e merecimento.

Art. 81. Competem ao procurador-geral junto ao Tribunal de Contas da União, em sua missão de guarda da lei e fiscal de sua execução, além de outras estabelecidas no Regimento Interno, as seguintes atribuições:  
I - promover a defesa da ordem jurídica, requerendo, perante o Tribunal de Contas da União as medidas de interesse da justiça, da administração e do Erário;

II - comparecer às sessões do Tribunal e dizer de direito, verbalmente ou por escrito, em todos os assuntos sujeitos à decisão do Tribunal, sendo obrigatória sua audiência nos processos de tomada ou prestação de contas e nos concernentes aos atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadorias, reformas e pensões;

III - promover junto à Advocacia-Geral da União ou, conforme o caso, perante os dirigentes das entidades jurisdicionadas do Tribunal de Contas da União, as medidas previstas no inciso II do art. 28 e no art. 61 desta Lei, remetendo-lhes a documentação e instruções necessárias;

IV - interpor os recursos permitidos em lei.

Art. 82. Aos subprocuradores-gerais e procuradores compete, por delegação do procurador-geral, exercer as funções previstas no artigo anterior.

Parágrafo único. Em caso de vacância e em suas ausências e impedimentos por motivo de licença, férias ou outro afastamento legal, o procurador-geral será substituído pelos subprocuradores-gerais e, na ausência destes, pelos procuradores, observada, em ambos os casos, a ordem de antigüidade no cargo, ou a maior idade, no caso de idêntica

antigüidade, fazendo jus, nessas substituições, aos vencimentos do cargo exercido.

Art. 83. O Ministério Público contará com o apoio administrativo e de pessoal da secretaria do Tribunal, conforme organização estabelecida no Regimento Interno.

Art. 84. Aos membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União aplicam-se, subsidiariamente, no que couber, as disposições da Lei orgânica do Ministério Público da União, pertinentes a direitos, garantias, prerrogativas, vedações, regime disciplinar e forma de investidura no cargo inicial da carreira (grifo nosso).

Observem que a lei em tema faz menção à nomeação dos cargos pelo Presidente da República de modo geral. No entanto, no caso de ingresso no cargo de procurador do MP Especial, o par. 3º do art. 80 faz ressalva de necessidade de realização de concurso público.

Ainda, no tocante à autonomia do MP Especial, vale trazer à baila ementa de decisão do STF<sup>15</sup>:

Está assente na jurisprudência deste STF que o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas **possui fisionomia institucional própria**, que não se confunde com a do Ministério Público comum, sejam os dois Estados, seja o da União, o que impede a atuação, ainda que transitória, de Procuradores de Justiça nos Tribunais de Contas (...). Escorreita a decisão do CNMP que determinou o imediato retorno de dois Procuradores de Justiça, que oficiavam perante o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, às suas funções próprias no Ministério Público estadual, não sendo oponíveis os princípios da segurança jurídica e da eficiência, a legislação estadual ou as ditas prerrogativas do Procurador-Geral de Justiça ao modelo institucional definido na própria Constituição.

A previsão constitucional do MP Especial veio na Constituição Federal de 1967, que em seu art. 73, par. 5º, estabelecia:

Art.73 - O Tribunal de Contas tem sede na Capital da União e jurisdição em todo o território nacional.

(...)

§ 5º - O Tribunal de Contas, de ofício ou mediante provocação do **Ministério Público** ou das Auditorias Financeiras e Orçamentárias e demais órgãos auxiliares, se verificar a ilegalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos, aposentadorias, reformas e pensões, deverá:

- a) assinar prazo razoável para que o órgão da Administração Pública adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei;
- b) no caso do não atendimento, sustar a execução do ato, exceto em relação aos contratos;

<sup>15</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 27.339**. Relator **Menezes Direito**, julgado em 2-2-2009, publicado no Diário de Justiça em 6-3-2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 13.01.2017.

c) na hipótese de contrato, solicitar ao Congresso Nacional que determine a medida prevista na alínea anterior, ou outras que julgar necessárias ao resguardo dos objetivos legais (grifo nosso).

Entretanto, conforme assevera José Afonso da Silva, foi a Carga Magna de 1988 em seu art. 130, que efetivamente destacou, a quem compete, dentre outras funções, zelar pela correta aplicação do ordenamento jurídico.

### **I.1.2. Do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP**

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) foi criado a partir da Emenda à Constituição nº 45/2004 com a finalidade de atuar em defesa do cidadão “executando a fiscalização administrativa, financeira e disciplinar do Ministério Público no Brasil e de seus membros, respeitando a autonomia da instituição”<sup>16</sup>.

Sua composição é heterogênea e cada membro terá mandato de dois anos, sendo permitida uma recondução. Possui um quadro de 14 conselheiros, os quais são nomeados pelo Presidente da República, após aprovação dos nomes pela maioria absoluta do Senado Federal (art. 130-A, CF/88). **O Procurador Geral da República é o presidente do Conselho.** Os demais membros são: **quatro membros do Ministério Público da União; três membros do Ministério Público dos Estados** (indicados pelos respectivos Ministérios Públicos); **dois juízes** (sendo um de indicação do STF e outro do STJ); **dois advogados** (indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil); e **dois cidadãos** (sendo um indicado pela Câmara dos Deputados e o outro pelo Senado Federal).

O art. 130-A, par. 2º, CF/88, elenca as suas funções institucionais, *in verbis*:

Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:

I zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas;

III receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em

<sup>16</sup> BRASIL. Ministério Público. **Conselho Nacional do Ministério Público**. Disponível em <http://www.cnmp.mp.br>. Acesso em 20.01.2017.

curso, determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano;

V elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem prevista no art. 84, XI (grifo nosso).

O CNMP como instrumento de controle externo da Justiça tem também a difícil missão de, ao mesmo tempo, dar efetividade ao princípio da eficiência do Ministério Público e assegurar a aplicação dos princípios da autonomia e independência funcional de seus membros.

## **I.2. Advocacia Pública**

A expressão “advocacia”, segundo o dicionário da Língua Portuguesa Houaiss, significa “profissão, normalmente liberal, que consiste em aconselhar pessoas sobre questões jurídicas e a representá-las em juízo”. Entretanto, é possível olhar para além deste conceito pragmático e positivista, e ver o termo “advocacia” como a expressão do exercício de defesa de algo importante para o indivíduo ou para a sociedade sob a perspectiva do coletivo.

Nesse contexto inserem-se a advocacia privada (indivíduos e empresas buscam a tutela de seus interesses) e a advocacia pública, a qual visa à defesa das pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) ou de pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade econômica, para as quais há previsão constitucional da assistência jurídica da Defensoria Pública, nos termos do art. 134, CF/88, *in verbis*:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

Em geral, o exercício da advocacia pública é realizado por pessoas investidas em cargos públicos por concurso de provas e títulos, conforme determina a Constituição Federal de 1988 em seus arts. 37, inciso II e 131, par. 2º.

São exemplos de cargos de advogados públicos: advogado da União, procurador federal, procurador do estado, procurador do município, procurador do Distrito Federal, defensor público da União ou dos Estados.

### **I.2.1. Advocacia Geral da União**

Antes da criação da Advocacia Geral da União cabia ao Ministério Público Federal o exercício da advocacia da União. Ou seja, os membros do MPF realizavam concomitantemente as funções de Ministério Público e de Procuradores da República na defesa da União.

O art. 131 da Constituição Federal de 1988 estatui:

**A Advocacia-Geral da União** 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 e funcionamento, **as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo** (grifo nosso)

O diploma legal, de que trata o art. 131 acima transcrito, é a Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Também regulamenta as atividades da AGU o Decreto nº 767, de 5 de março de 1993, o qual dispõe sobre as atividades de controle interno e a Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995, que disciplina o exercício das atribuições institucionais da Advocacia-Geral da União, em caráter emergencial provisório.

A Advocacia Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, cuja nomeação fica a cargo do Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e de reputação ilibada (art. 131, par. 1º, CF/88).

Por oportuno, o Advogado Geral da União tem status de ministro de estado, por força de alteração legislativa, consoante dispõe o art. 1º, p.u., da Lei nº 8.682/93<sup>17</sup>: “Art. 1º (...).Parágrafo único. O cargo de Advogado-Geral da União confere ao seu titular todos os direitos, deveres e prerrogativas de Ministro de Estado, bem assim o tratamento a este dispensado”.

Compõem o corpo da Advocacia-Geral da União, os Advogados da União, os Procuradores da Fazenda Nacional, Assistentes Jurídicos e os procuradores federais, inclusive aqueles lotados em Autarquias Federais ou Fundações Públicas, nos termos da

<sup>17</sup> BRASIL. Lei nº 8.682 de 14 de julho de 1993. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 10.01.2017.

Lei nº 10.480/2002<sup>18</sup>: todos organizados em carreira, com aprovação em concurso público de provas e títulos.

Explicam os estudiosos Paulo Gustavo Gonet, Inocêncio Mártires Coelho e Gilmar Ferreira Mendes<sup>19</sup> que:

Mesmo institucionalizada a Advocacia Pública, isso não exclui a possibilidade de o Estado constituir mandatário *ad judicium* para causas específicas. O poder de representação do advogado público, entretanto, decorre de lei e prescinde de mandato.

A Constituição Federal de 1988 reserva também importante função ao Advogado Geral da União no tocante à defesa do ato normativo impugnado em sede de controle de constitucionalidade em tese (em abstrato), consoante estabelecido no art. 103, par. 3º, do texto constitucional em tela:

§ 3º Quando o **Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese**, de norma legal ou ato normativo, **citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado** (grifo nosso).

Ou seja: cumpre ao Advogado-Geral da União (AGU) a missão de defender a presunção de constitucionalidade da norma, seja ela de origem federal, estadual ou do Distrito Federal (aqui quando a norma decorrer da competência legislativa do DF com caráter estadual).

A Carta de 1988 reserva a defesa do ato impugnado pelo Advogado Geral da União (AGU) apenas em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), sendo silente no tocante à sua participação quando envolver Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Ocorre que no tocante à ADC não se busca a impugnação do ato em face da Constituição, o que o legitimado do art. 103, CF/88, quer é que o STF declare a constitucionalidade de determinada norma jurídica, a fim de exterminar qualquer dúvida quanto à sua recepção pelo texto constitucional.

No que se refere à ADO a presença do AGU não se faz necessária, pois não há ato normativo a ser impugnado, o que o legitimado desta ação almeja é que o Poder Judiciário

<sup>18</sup> BRASIL. Lei nº 10.480 de 2 de julho de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 16.01.2017.

<sup>19</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 1046.



reconheça a lacuna legislativa infraconstitucional que está impedindo o exercício de direitos plasmados na Constituição pelos indivíduos.

Saliente-se, entretanto, que no caso de omissão parcial, já entendeu o STF, que a presença do AGU é imprescindível, visto que a omissão parcial se confunde com a inconstitucionalidade por ação.

Segundo construção jurisprudencial do STF, não será necessária a participação do AGU em seu sede de ADI caso esta Suprema Corte de Justiça já tenha se manifestado sobre a constitucionalidade do ato normativo impugnado. Nesse sentido, vale trazer à luz excertos do voto do Ministro relator Maurício Correa, na ADI nº 1.616 -4, *in verbis*<sup>20</sup>:

(...) O múnus a que se refere o imperativo constitucional (CF/88, §3º), ao que penso, deve, pela obviedade das hipóteses em que, de modo reiterado a jurisprudência do Tribunal já consolidou a favor da tese contrária ao ato impugnado, ser entendido com temperamentos, de tal sorte que a manifestação do Advogado Geral da União não se converta, em casos dessa ordem, como gesto insurrecional, mas de lógica e bom senso.

Pelo o que se extrai das palavras do Ex-Ministro do STF Mauricio Correa, se já houve, em outros processos, a manifestação daquela Corte pela inconstitucionalidade da norma jurídica, o AGU não estará obrigado a defender tal ato.

Ainda, quanto ao papel do AGU em sede de controle em abstrato, já se pronunciou o Ministro Celso de Mello, na ADI nº1.254<sup>21</sup>:

A função processual do advogado-geral da União, nos processos de controle de constitucionalidade por via de ação, é eminentemente defensiva. Ocupa, dentro da estrutura formal desse processo objetivo, a posição de órgão agente, posto que lhe não compete opinar e nem exercer a função fiscalizadora já atribuída ao PGR . Atuando como verdadeiro curador (defensor legis) das normas infraconstitucionais, inclusive daquelas de Art. 103, § 3ºorigem estadual, e velando pela preservação de sua presunção de constitucionalidade e de sua integridade e validade jurídicas no âmbito do sistema de direito, positivo, não cabe ao advogado-geral da União, em sede de controle normativo abstrato, ostentar posição processual contrária ao ato estatal impugnado, sob pena de frontal descumprimento do múnusindisponível que lhe foi imposto pela própria Constituição da República.

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1.616-4**. Julgada em 24.05.2001. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 16.01.2017. Vide também a ADI 3916, de relatoria do Ministro Eros Grau, julgada em 03.02.2010.

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.254 AgR**. Julgada em 14.08.1996. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 16.01.2017.

Há entendimento do STF sobre a não obrigatoriedade da presença do AGU em sede de ADO. Veja-se a ementa da decisão na ADI nº 23<sup>22</sup>

A audiência do advogado-geral da União, prevista no art. 103, § 3º, da CF de 1988, é necessária na ação direta de inconstitucionalidade, em tese, de norma legal, ou ato normativo (já existentes), para se manifestar sobre o ato ou texto impugnado. Não, porém, na ação direta de inconstitucionalidade, por omissão, prevista no § 2º do mesmo dispositivo, pois nesta se pressupõe, exatamente, a inexistência de norma ou ato normativo.

Em sede de Ação de Arguição de Preceito Fundamental (ADPF), o Advogado Geral da União (AGU) tem a mesma função daquela desempenhada na Ação Direta de Inconstitucionalidade, a denominada ação genérica de inconstitucionalidade, ou seja, cumpre a ele a missão de atuar como curador da presunção de constitucionalidade do ato impugnado, seja de caráter normativo ou não.

Outro detalhe importante previsto constitucionalmente diz respeito à representação da União pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN). Isto é, quando se tratar **de execução de dívida de natureza tributária**, a atuação não será da Advocacia Geral da União, mas sim da PGFN, nos termos do art. 131, Par. 3º, CF/88.

### **1.2.2. Defensoria Pública**

O desenvolvimento do homem em suas diversas dimensões - físicas, pessoais, intelectuais e profissionais - tem tornado a sociedade e os sistemas que a compõem mais complexos. A reboque das complexidades vêm os problemas decorrentes das desigualdades sociais fragilizando o tecido social, em especial, nos países em desenvolvimento, onde o índice de desemprego é alto; a educação, em regra, é precária; o sistema de saúde pública precisa de investimentos e a crise na área de habitação é alarmante<sup>23</sup>. Esse processo ocorre no cenário de um mundo globalizado em que o estreitamento da convivência física ou virtual - muito por conta do avanço tecnológico da sociedade da informação – tem colocado luzes sobre as diversas mazelas nas quais a desigualdade sob a perspectiva material é o núcleo.

As variadas formas de desigualdade impõem um agir do Estado, no sentido de trazer a justiça mais próxima de cada cidadão. O sentido de justiça aqui é mais amplo do que aquele voltado ao exercício de peticionar junto ao Poder Judiciário.

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 23**. Julgada em 04.08.1989. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 16.01.2017.

<sup>23</sup> CARLI, Ana Alice De. **O bem de família do fiador e o direito fundamental à moradia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Nesse contexto destaca-se a importância institucional da Defensoria Pública para dar assistência jurídica àqueles que pouco – ou - nada têm sob a perspectiva econômica.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXV:

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.

A Lei nº 1.060, de 5 de outubro de 1950, prescreve em seu art. 9º: “os benefícios da assistência judiciária compreendem todos os atos do processo até decisão final do litígio, em todas as instâncias”. Vale acrescentar que o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) revogou os artigos 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11, 12, 17 do diploma legal em tela. Desse modo, o novo CPC disciplina a gratuidade de justiça nos artigos 98 a 102, sem prejuízo das normas vigentes da Lei nº 1.060/50.

Em seu art. 24, inciso XIII, a Constituição Federal de 1988 traz a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre assistência jurídica e defensoria pública. O art. 134, por sua vez, estabelece os principais elementos da defensoria pública, realçando o seu papel de instituição democrática e voltada à tutela dos direitos das pessoas menos favorecidas economicamente. Dispõe o indigitado dispositivo constitucional:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

A Defensoria Pública no exercício de seu múnus constitucional está realizando o que preconiza o Princípio do acesso à justiça, plasmado no art. 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Assim como as demais instituições democráticas ela é pautada por princípios, os quais estão positivados no mencionado art. 134, da Carta Maior de 1988:

§ 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a **unidade**, a **indivisibilidade** e a **independência funcional**, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal (grifo nosso).

As normas de organização da Defensoria Pública estão inseridas na Lei Complementar nº 80, de 12.11.1994, a qual traz normas específicas para as Defensorias Públicas da União, do Distrito Federal e dos Territórios, e, bem assim, estabelece normas gerais à organização das Defensorias Públicas estaduais. Vale lembrar que no âmbito da competência legislativa concorrente, de que trata o art. 24, par. 1º, CF/88, compete à União (como Ente Coordenador da Federação brasileira) editar normas gerais de observância obrigatória dos demais Entes Políticos.

O ingresso em cargo de defensor público depende de concurso público de provas e títulos, da mesma forma que ocorre com os demais cargos de advogado público, consoante o disposto no art. 37, inciso II, CF/88.

Por força da Emenda à Constituição nº 45/2004, as Defensorias Públicas dos Estados passaram a ter asseguradas a autonomia funcional e administrativa e, bem assim, a iniciativa de proposta orçamentária, dentro dos limites aplicáveis, nos termos do art. 134, §2º, CF/88, *in verbis*:

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Em 2013, a Emenda Constitucional nº 74 estendeu às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal os mesmos princípios trazidos pela EC nº 45/2004 às Defensorias Públicas dos Estados, quais sejam: autonomia administrativa, autonomia funcional e iniciativa de proposta orçamentária.

Quanto às atividades da Defensoria Pública, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 134, entregou a relevante missão de orientar juridicamente as pessoas hipossuficientes economicamente, com vistas à promoção dos direitos fundamentais e “a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita”.

Ainda sobre o papel da Defensoria Pública, asseveram os autores BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires e MENDES, Gilmar Ferreira<sup>24</sup>:

Por deliberação constitucional, **os hipossuficientes devem receber assistência jurídica integral do Estado (art. 5º, LXXIV, CF/88)**. O **órgão do Estado incumbido dessa tarefa é a Defensoria Pública**, que o art. 134 da CF definiu como instituição essencial à função jurisdicional do Estado. A Defensoria não apenas recebeu a missão de

<sup>24</sup> BRANCO et al (2014), op. cit., p. 1046-1048.

defender os necessitados em todos os graus de jurisdição, como também lhe foi assinada a tarefa de orientar essa mesma população nos seus problemas jurídicos, mesmo que não estejam vertidos em uma causa deduzida em juízo (grifo nosso).

Nesse contexto, o defensor público ocupa importante cargo na estrutura desta instituição, pois é ele que vai realizar a missão institucional reservada pela Carta Maior de 1988 que é facilitar o acesso à justiça àqueles que pouco ou nada têm, consoante palavras de Luiz Edson Fachin<sup>25</sup>, ao defender o patrimônio mínimo.

Sobre a Defensoria Pública, uma questão interessante pode ser levantada. Há foro de prerrogativa de função em relação aos defensores públicos? Sobre esta matéria, a Constituição Federal de 1988 restou omissa. Diante disso, caso os defensores públicos cometam crimes comuns ou de responsabilidade, estes serão julgados perante o juízo natural comum<sup>26</sup>. Contudo, ainda que a Constituição Federal não se posicione sobre a questão, nada impede que as Constituições Estaduais, delimitem o foro de prerrogativa de função àqueles que ocupem o cargo de Defensores Públicos. Dessa forma, não há que se falar em inconstitucionalidade sobre a regulamentação desta temática pelas Constituições Estaduais, uma vez que se encontra a matéria em total conformidade com o disposto pelo art. 125, §.1º da CF/88. Há de se destacar inclusive que muitos Estados já atribuíram aos membros da Defensoria Pública o foro funcional. Sobre esta questão, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI de nº 2.587/GO e no julgamento da ADI de nº 2553 MC. Assim, destaca-se a jurisprudência do STF:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ALÍNEA ‘E’ DO INCISO VIII DO ARTIGO 46 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE GOIÁS, NA REDAÇÃO QUE LHE FOI DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 29, DE 31 DE OUTUBRO DE 2001. Ação julgada parcialmente procedente para reconhecer a inconstitucionalidade da expressão “e os Delegados de Polícia”, contida no dispositivo normativo impugnado (STF – Pleno – ADI 2.587/GO – relator ministro Carlos Britto, decisão: 1º/12/2004)

Do mesmo modo, o Superior Tribunal de Justiça, entendeu ser constitucional o foro de prerrogativa de função atribuído aos Defensores Públicos pela Constituição do Estado do Rio de Janeiro. *In verbis*:

---

<sup>25</sup>FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.  
<sup>26</sup> ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. **Foro por prerrogativa e sua extensão aos membros da Defensoria Pública**. Consultor Jurídico, 29 de março de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-30/tribuna-defensoria-foro-prerrogativa-esua-extensao-aos-membros-defensoria#author>. Acesso em 01.08.2018.

Foro por prerrogativa de função (Defensor Público do Rio de Janeiro). Ação Penal (competência do Tribunal de Justiça). 1. Compete ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns e de responsabilidade, os membros da Defensoria Pública daquele Estado (art. 161, IV, d, 2, da Constituição Estadual). 2. No regime federativo, os Estados-Membros desfrutam de autonomia política e administrativa, sendo-lhes próprios os denominados poderes implícitos (podem tudo que não lhes esteja explicitamente proibido). 3. No caso, ao proclamar a prerrogativa de foro dos membros da Defensoria Pública, o constituinte estadual assegurou a simetria funcional entre os diversos agentes políticos do Estado. 4. Habeas corpus deferido com o intuito de se preservar a competência do Tribunal de Justiça para, originariamente, processar e julgar o paciente – Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro (STJ – 6ª Turma – HC 45.604/RJ – relator ministro Nilson Naves, decisão: 10/10/2006).

Por fim, é importante destacar, que por o foro funcional atribuído aos membros da Defensoria Pública, por ser este apenas regulamentado pela Constituição Estadual, não prevalece o foro funcional em casos de crimes dolosos contra vida, uma vez que nestes casos deve prevalecer o Tribunal do Juri, é o que determina a S.V. 45, a qual encontra-se abaixo:

**S.V. 45.** A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual.

No tópico seguinte tratar-se-á da advocacia privada e da OAB.

### **I.3. Advocacia Privada e a OAB**

A Constituição Federal de 1988 consagra, no Capítulo IV- denominado de “Funções Essenciais à Justiça”-, a figura do advogado, nos termos do art. 133, que prescreve: “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

O art. 133, CF/88, refere-se também à inviolabilidade dos atos do advogado no exercício da advocacia. Tal prerrogativa, entretanto, não é absoluta, como acentua José Afonso da Silva<sup>27</sup>, uma vez que o véu da inviolabilidade só alcança os atos e medidas realizadas no exercício da advocacia e dentro do permissivo legal.

---

<sup>27</sup> SILVA (2005), op. cit., p. 597.

O Supremo Tribunal Federal (STF) já se manifestou quanto aos limites do sigilo profissional do advogado, conforme se extrai na ementa do *Habeas Corpus* nº 91.610<sup>28</sup>, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes:

O sigilo profissional constitucionalmente determinado não exclui a possibilidade de cumprimento de mandado de busca e apreensão em escritório de advocacia. O local de trabalho do advogado, desde que este seja investigado, pode ser alvo de busca e apreensão, observando-se os limites impostos pela autoridade judicial. Tratando-se de local onde existem documentos que dizem respeito a outros sujeitos não investigados, é indispensável a especificação do âmbito de abrangência da medida, que não poderá ser executada sobre a esfera de direitos de não investigados. Equívoco quanto à indicação do escritório profissional do paciente, como seu endereço residencial, deve ser prontamente comunicado ao magistrado para adequação da ordem em relação às cautelas necessárias, sob pena de tornar nulas as provas oriundas da medida e todas as outras exclusivamente delas decorrentes. Ordem concedida para declarar a nulidade das provas oriundas da busca e apreensão no escritório de advocacia do paciente, devendo o material colhido ser desentranhado dos autos do Inq 544 em curso no STJ e devolvido ao paciente, sem que tais provas, bem assim quaisquer das informações oriundas da execução da medida, possam ser usadas em relação ao paciente ou a qualquer outro investigado, nesta ou em outra investigação.

O advogado privado é fundamental à defesa dos direitos das pessoas (físicas e jurídicas), e sua atuação encontra fundamento principalmente nos Princípios do Acesso à Justiça (art.5º, XXXV, CF/88), do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88) e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88), a qual pressupõe uma defesa técnica, realizada por profissional habilitado, que no caso o advogado.

Esclarece José Afonso da Silva<sup>29</sup>

A advocacia não é apenas um pressuposto da formação do Poder Judiciário. É também necessária ao seu funcionamento. "O advogado é indispensável à administração da justiça", diz a Constituição (art. 133), que apenas consagra aqui um princípio basilar do funcionamento do Poder Judiciário, cuja inércia requer um elemento técnico propulsor. O antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 4.215/63, art. 68) já o consignava. Nada mais natural, portanto que a Constituição o consagrasse e prestigiasse, reconhecendo no exercício de seu mister a prestação de um serviço público.

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 91.610, julgado em 08.06.2010. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 17.01.2017.

<sup>29</sup>Idem. *Ibidem*, p. 596-597.

O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, a Lei nº Lei 8.906/94, realça o disposto no art. 133 da Carta Maior de 1988, ao dispor, em seu art. 2º que “o advogado é indispensável à administração da justiça. Sendo certo que em “seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social” (§1º, art. 2º, da lei em tela).

Ainda, sobre a importância do advogado na sociedade, vale trazer as palavras de Uadi Lammêgo Bulos<sup>30</sup>:

(...) o advogado é a antena supersensível da Justiça, porque seu mister envolve, a um só tempo: arte - de dizer o óbvio para quem não quer entender a obviedade; política - disciplina da liberdade dentro da ordem; ética - exercício de virtudes contra a tentações; e ação- luta intransigente na defesa de direitos e prerrogativas. Foi essa a bússola que orientou o constituinte de 1988, o primeiro a consagrar, em nossas constituições, a figura do advogado como indispensável à administração da Justiça. É esse o profissional que detém, em princípio, o *ius postulandi*, embora essa prerrogativa não seja absoluta. A profissão de advogado constitui pressuposto essencial à formação de um dos Poderes do Estado: o Judiciário.

Importante ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro prevê algumas situações em que a atuação do advogado é dispensável, tais como:

a) **ações promovidas nos Juizados Especiais, cujo valor não ultrapasse 20 salários mínimos**, nos termos da Lei nº 9.099/95, art. 9º: “nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória”. Ou seja, a presença do advogado nesta situação é uma faculdade do autor. Entretanto, o juiz alertará a conveniência da assistência judicial, quando achar que for necessário, conforme estabelecido no art. 9º, par. 2º, do Estatuto.

b) **Impetração de Habeas Corpus** pode ser feita pelo próprio paciente (art. 654, Código de Processo Penal), visto que o que está em risco é o direito de liberdade do indivíduo. Aliás, em situações extremas é dispensável qualquer formalidade para o manejo do *habeas corpus*. O art. 654, par. 2º, do Código de Processo Penal<sup>31</sup> preceitua: “os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeascorpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal”. A liberdade do indivíduo é tão relevante que a lei prescreve a manifestação do próprio magistrado para impetrar o remédio constitucional do HC.

c) **Revisão Criminal**, nos termos do art. 623, do Código de Processo Penal brasileiro, *in verbis*: “a revisão poderá ser pedida pelo próprio réu

<sup>30</sup> BULOS (2014), op. cit., p. 1433.

<sup>31</sup> BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 17.01.2017. Vale destacar que o CPP foi recepcionado pela CF/88 com status de lei ordinária, visto não ser mais admitida a forma de decreto-lei.



ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão”.

d) **Na Justiça do Trabalho a parte possui *jus postulandi***, ou seja, pode requerer a prestação jurisdicional sem a assistência do advogado, consoante o disposto no art. 791 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943<sup>32</sup>, “os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

Nos termos do Estatuto da OAB, o exercício da advocacia pressupõe prévia aprovação no Exame da Ordem, que é realizado todos os anos, em duas fases. Nesse sentido, dispõe o art. 3º, do referido diploma legal, que “o exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)”, implicando anterior aprovação no processo seletivo.

A Ordem dos Advogados do Brasil consagra-se como uma instituição democrática, não somente por ser uma Autarquia fiscalizadora das atividades dos advogados, mas também por sua participação histórica e decisiva em movimentos sociais, em defesa dos direitos e garantias fundamentais e da higidez da Constituição Federal, tendo, inclusive, legitimidade para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade, *ex vi* art. 103, inciso VII, CF/88.

O STF em decisão em que se discutia a possibilidade de a OAB ser fiscalizada pelo Tribunal de Contas, uma vez que recolhe contribuição de seus associados, posicionou-se no sentido de que se tratava de uma Autarquia *sui generis*, não se confundindo com as demais autarquias fiscalizadoras de determinadas atividades profissionais. Para melhor compreensão, segue parte da ementa da decisão da ADI nº 3026-DF<sup>33</sup>:

(...). A OAB **não está incluída** na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como "autarquias especiais" para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas "agências". 5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a **OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada**. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária. 6. **A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração**

<sup>32</sup> BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 17.01.2017. Ressalte-se que a CF/88 recepcionou tal diploma legal com status de lei ordinária, da mesma forma que o fez com o CPP, já mencionado alhures.

<sup>33</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3026**, julgada em 08.06.2006. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 17.01.2016.

**da Justiça** [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público. 7. **A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênera dos demais órgãos de fiscalização profissional.** A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional. 8. Embora decorra de determinação legal, o regime estatutário imposto aos empregados da OAB não é compatível com a entidade, que é autônoma e independente. 9. Improcede o pedido do requerente no sentido de que se dê interpretação conforme o artigo 37, inciso II, da Constituição do Brasil ao caput do artigo 79 da Lei n. 8.906, que determina a aplicação do regime trabalhista aos servidores da OAB. 10. Incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB. 11. Princípio da moralidade. Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Desvio de poder ou de finalidade. 12. Julgo improcedente o pedido (grifo nosso).

Como se verifica do julgado acima referido, o STF classifica a OAB como entidade diferente dos demais conselhos de classe (CFM, CREA...), pois sua finalidade vai além da fiscalização e disciplina dos seus associados, exercendo outras atividades relevantes para o Estado Democrático brasileiro.

#### **I.4. Tribunal de Contas**

O Estado, estruturado em Administração Pública Direta e Administração Pública Indireta, submete-se aos controles interno e externo.

Conforme ensina Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>34</sup>, o controle interno é aquele “exercido por órgãos da própria Administração, isto é, integrantes do aparelho do Poder Executivo”. Trata-se de um controle inerente à administração da coisa pública, importando, por conseguinte, em um poder-dever de todos os órgãos e poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) da Administração Pública.

Por sua vez, o controle externo se traduz quando determinado órgão fiscalizador posiciona-se em Administração diferente daquela que está sendo fiscalizada. Para ilustrar, o Poder Judiciário exerce controle sobre os atos do Poder Executivo por meio da prestação jurisdicional e do controle de constitucionalidade. O Poder Legislativo controla o Poder Executivo quando julga as contas do Presidente da República, no âmbito federal, dos

<sup>34</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de.. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2004, p. 827.

Governadores de Estado ou do Distrito Federal, em nível regional e os prefeitos, na esfera local.

Hely Lopes Meirelles<sup>35</sup> acentua que “controle, em tema de Administração Pública, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”.

A rigor, o controle dos atos da Administração Pública pode ocorrer em quatro esferas: político-legislativo, administrativo, jurisdicional e social.

O controle social é extremamente importante em um Estado Democrático de Direito, especialmente em países que adotam a forma republicana de governar, ou seja, o povo, ao eleger seus representantes, delega a estes o poder-dever de gerir a coisa pública. A Constituição Federal de 1988, no entanto, reservou prerrogativas ao cidadão, as quais materializam o controle social. À guisa de exemplo, vale mencionar: o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, previstos no art. 14; legitimidade dos cidadãos para proporem projeto de lei, conforme dispõem os artigos 61, par. 2º, 27, par. 4º e 29, inciso XIII; legitimidade *ad causam* do cidadão para promover a Ação Popular, nos termos do art. 5º, inciso LXXIII, CF/88, que dispõe:

qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

O diploma normativo que disciplina a Ação Popular é a Lei nº 4.717/65. Também a Ação Civil Pública é um instrumento profícuo de controle social, a qual é regulada pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985<sup>36</sup>, e traz em seu art. 5º o rol de legitimados para propô-la, entre eles estão as associações.

Sem olvidar de mencionar a possibilidade de a pessoa poder denunciar irregularidades ao Tribunal de Contas, nos termos do art. 74, § 2º, CF/88, que dispõe:<sup>37</sup>“qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima

<sup>35</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26ª ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Destro Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Editora Malheiros, 2001. p. 624.

<sup>36</sup> BRASIL. Poder Legislativo. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 18.01.2017.

<sup>37</sup>Vale lembrar também a possibilidade de contribuição do indivíduo no processo de elaboração e de discussão das leis orçamentárias, expresso no art. 48, par. único, da Lei Complementar 101/2000 (LR ).

para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

No contexto do controle externo insere-se a figura do Tribunal de Contas – órgão que auxilia o Poder Legislativo a exercer o controle político e financeiro sobre as demais entidades e órgãos do Poder Público. Atenção, este órgão tem a função institucional de auxiliar o Poder Legislativo, não se confundindo com órgão auxiliar daquele Poder.

O Tribunal de Contas da União tem sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional, sendo formado por nove Ministros, conforme prescreve o art. 73, CF/88. Possui quadro próprio de pessoal, admitidos por concurso público.

A primeira Corte de Contas foi criada por meio do Decreto 966-A, de 1890, ou seja, no início do primeiro governo republicano. Sendo constitucionalizada, por iniciativa de Ruy Barbosa, no art. 89 da primeira Constituição Republicana de 1891, que rezava:

Art. 89 - É instituído um **Tribunal de Contas** para **liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade**, antes de serem prestadas ao Congresso.

Os membros deste Tribunal serão nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado, e somente perderão os seus lugares por sentença (grifo nosso).

Desde então, manteve-se em todas as demais Constituições brasileiras, recebendo destaque em alguma delas como na Constituição Federal de 1946. Na Carta de 1967 sofreu retrocessos, mas na Constituição de 1988 passou a desempenhar relevante função institucional.

O art. 71 da Constituição Federal de 1988 revela a importância do Tribunal de Contas como órgão em auxílio do Congresso Nacional (vale ressaltar que os Estados e alguns municípios também possuem Tribunais de Contas, para os quais se aplicam as regras deste dispositivo).

A rigor, o Tribunal de Contas é um órgão independente, que atua, no controle externo da Administração Pública, para auxiliar o Parlamento, não sendo, portanto, órgão auxiliar deste, conforme já mencionado. Nesse sentido, assevera Uadi Lammêgo Bulos<sup>38</sup>:

Os Tribunais de Contas são órgãos públicos e especializados de auxílio. Visam a orientar o poder Legislativo no exercício do controle externo, sem, contudo subordinarem-se a ele. Por isso, possuem total independência, cumprindo-lhe, primordialmente, praticar atos administrativos de fiscalização.

<sup>38</sup> BULOS (2014), op. cit., p. 1235.

No tocante à natureza jurídica das atribuições do Tribunal de Contas e, bem assim, a sua posição institucional tem-se pelo menos dois posicionamentos.

A primeira corrente doutrinária, encampada por Roberto Rosas e Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, defende a independência dos Tribunais de Contas. Nesse sentido, as atribuições podem ter natureza administrativa ou jurisdicional (anômala). O fundamento constitucional para a função jurisdicional estaria no art. 71, inciso II, CF/88, que dispõe sobre o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro ou bem público. No mesmo diapasão, Pontes de Miranda e Rui Barbosa entendiam que a Corte de Contas era um Tribunal *sui generis* e independente<sup>39</sup>, não estando vinculado a qualquer Poder.

A outra corrente, defendida pelo administrativista Hely Lopes Meirelles<sup>40</sup>, advoga que os Tribunais de Contas não exercem atividade jurisdicional. Para Meirelles, as atribuições desses órgãos consubstanciam meras “funções técnicas opinativas, verificadoras, assessoradoras e jurisdicionais administrativas”.

De fato, não parece haver consenso em relação à questão do papel e a natureza jurídica das atribuições das Cortes de Contas. Nessa toada, pontua Leonardo de Andrade Costa<sup>41</sup>

a matéria é controvertida, o que é compreensível, uma vez que no Brasil cabe ao Poder Judiciário exercer a função jurisdicional precipuamente, porém, deve-se ressaltar que não o faz de forma exclusiva, na medida em que a própria Constituição prevê exceções ao exercício da jurisdição pelo mencionado poder, conforme se extrai, por exemplo: 1. do art. 52, incisos I e II, nos quais está prevista a competência do Senado Federal para julgar, por crime de responsabilidade, o Presidente e o Vice-Presidente da República, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional Ministério Público; e 2. do art. 84, inciso XII, que prevê a concessão de indulto e a comutação de pena pelo Chefe do Poder Executivo Federal.

As competências ou atribuições do Tribunal de Contas estão no indigitado art. 71, que dispõe, *ipsis litteris*:

Art. 71. O **controle externo**, a cargo do Congresso Nacional, será exercido **com o auxílio** do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

<sup>39</sup>FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil**. Jurisdição e Competência. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 140-153.

<sup>40</sup>MEIRELLES (2001), op. cit., p. 662-663.

<sup>41</sup>COSTA, Leonardo de Andrade. **Material Didático de Finanças Públicas** – FGV Direito – Rio. Disponível em <http://diretorio.fgv.br>. Acesso em 18.01.2017.

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades (grifo nosso).

De acordo com a Súmula nº 347 do STF, "o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público". Desse modo, embora o Tribunal de Contas não tenha a prerrogativa de declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo em tese, isto é, em abstrato, visto que se trata de competência do STF quando a impugnação ocorrer em face da Constituição Federal de 1988, ele, entretanto, pode, no caso concreto, reconhecer a falta de compatibilidade - formal ou material - de uma lei ou ato normativo diante da Carta Maior de 1988.

A consequência deste reconhecimento de ilegitimidade constitucional do ato normativo é a de que o Tribunal de Contas poderá afastá-lo na situação concreta, além de sustar outros atos praticados com fundamento em leis ou atos normativos que afrontem a Constituição Federal de 1988, exegese do art. 71, inciso X, CF/88.

Saliente-se que não cabe ao Tribunal de Contas julgar as contas dos Chefes do Poder Executivo, por se tratar de competência exclusiva do Congresso Nacional, nos termos do art. 49, CF/88. O inciso I, do art. 71, deixa claro que cabe à Corte de Contas apenas examinar as contas e emitir parecer prévio.

A norma inserta no par.1º, do art. 71, dispõe que "no caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional". Pelo que se extrai desta normativa, não pode o Tribunal de Contas sustar a execução do contrato, por se tratar de prerrogativa do Congresso Nacional. Ocorre, todavia, que se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo se mantiver inerte por mais de 90 dias, caberá ao Tribunal de Contas decidir, nos termos do art. 71, par. 2º, CF/88.

É possível a representação de cidadãos, partidos políticos, associações e sindicatos junto ao Tribunal de Contas, conforme estabelece o par. 2º, do art. 74, CF/88.

A forma de investidura dos Ministros do Tribunal de Contas está expressa no art. 73, CF/88:

§ 1º Os **Ministros** do Tribunal de Contas da União **serão nomeados** dentre **brasileiros** que satisfaçam os seguintes requisitos:

- I - mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade;
- II - idoneidade moral e reputação ilibada;
- III - notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública;
- IV - mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior.

§ 2º Os **Ministros** do Tribunal de Contas da União **serão escolhidos:**  
I - **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 antiguidade e merecimento;**  
II - **dois terços** pelo Congresso Nacional (grifo nosso).

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 73, par. 3º, garante aos Ministros do Tribunal de Contas as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Sendo-lhes direcionadas também as regras de aposentadoria e pensão, expressas no art. 40.

Destaca-se também o disposto no art. 75, CF/88, o qual prevê ainda a existência de Tribunais de Contas dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios, ao determinar que a estes sejam aplicadas as normas de organização, composição e fiscalização do Tribunal de Contas da União.

No que diz respeito à prestação de contas por parte daquele que utiliza dinheiro público, ensina José Afonso da Silva, que se trata de um “princípio fundamental da ordem constitucional brasileira (art. 34, VII, d, CF/88)”. E complementa o constitucionalista pátrio<sup>42</sup>:

Todo os administradores e demais responsáveis pelos dinheiros, bens e valores públicos estão sujeitos à prestação e tomada de contas pelo sistema de controle interno, em primeiro lugar, e pelo sistema de controle externo, depois, através do Tribunal de Contas (arts. 70 e 71). Isso se aplica à administração direta e indireta, assim como às fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público. Finalmente, é obrigação constitucional do Presidente da República (como dos Governadores de Estado e Prefeitos Municipais) prestar anualmente, ao Poder Legislativo, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior, e, se não o fizer caberá à Câmara dos Deputados (Assembleias Legislativas, nos Estados, e Câmaras Municipais, nos Municípios) proceder a tomada de contas (art. 51, II).

Ou seja, a fiscalização do uso de dinheiro público perpassa pelo controle interno e externo de algumas instituições e em especial do Tribunal de Contas, a quem a Constituição de 1988 outorgou a missão de auxiliar, no controle externo, o Congresso Nacional, no âmbito federal, enquanto que no âmbito estadual fica sob responsabilidade

<sup>42</sup> SILVA (2005), op. cit., p. 749.



dos Tribunais de Contas dos Estados a tarefa de auxiliar a Assembleia Legislativa respectiva.

A fiscalização se dá nos níveis contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial da Administração Direta e Indireta, tendo como premissa a observância dos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade (art. 70, CF/88).

Também são passíveis de controle qualquer pessoa física ou jurídica – pública ou particular – que “utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária” (par. único, art.70, CF/88).

Quanto à possibilidade de existência de Tribunais de Contas Municipais, dispõe o art. 31, par. 1º, CF/88:

§ 1º O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

A leitura do mencionado dispositivo constitucional merece atenção, especialmente em relação à expressão “onde houver”. Será que isso significa que nem todos os municípios têm Tribunal de Contas?

Verifica-se então o disposto no art. 31, par. 4º, CF/88, que reza: “é vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais.

Agora parece que ficou mais confuso, porquanto o par. 1º indica a possibilidade de existência de Corte de Contas Municipal e logo abaixo o par. 4º do mesmo artigo veda a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais.

Por isso a importância de se saber interpretar o texto! O que o par. 1º indica é que o controle externo realizado pela Câmara dos Vereadores será exercido com o auxílio da Corte de Contas pré-existente à Carta de 1988. Ou seja, a partir da promulgação do texto constitucional de 1988 só serão legitimados os Tribunais de Contas municipais criados antes de 1988. Após a vigência da Constituição não poderão os municípios criar Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas, nos termos do par. 4º, do art. 31, CF/88.

Atualmente há os Tribunais de Contas Municipais que existiam antes da Constituição de 1988, são eles: Tribunal de Contas dos Municípios da Bahia, Tribunal de Contas dos Municípios do Pará, Tribunal de Contas dos Municípios de Goiás, Tribunal

de Contas dos Municípios do Ceará<sup>43</sup>, Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro e Tribunal de Contas do Município de São Paulo<sup>44</sup>.

Com efeito, as Cortes de Contas de São Paulo e do Rio de Janeiro exercem suas atribuições apenas no âmbito de seus respectivos municípios, as demais abrangem mais de um município de seus estados. Devo fato, hoje existe no Brasil apenas dois tribunais de contas municipais, o de São Paulo e o do Rio de Janeiro. Na grande maioria, o controle das contas municipais é feito com o auxílio do Tribunal de Contas do estado onde está localizado o município. Em outros lugares, conforme esclarece José Afonso da Silva<sup>45</sup>, foram criados Conselhos de Contas Municipais, sendo, entretanto, órgãos estaduais.

Aos Tribunal de Contas Municipais, aplica-se naquilo que couber as normas que disciplinam o Tribunal de Contas exercido em âmbito federal, é o determina o o art. 75, da CF/88.

Vale destacar que, recentemente, o STF por meio do julgamento dos Recursos Extraordinários (REs) 848826 e 729744, firmou o entendimento no sentido de que é competência das Câmaras Municipais julgar as contas dos prefeitos e não do Tribunal de Contas, assim tem-se na jurisprudência<sup>46</sup>:

Para os fins do artigo 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar 64/1990, a apreciação das contas de Prefeito, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos vereadores. (STF. Plenário. RE 848826/DF, rel. orig. Min. Roberto Barroso, red. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 10/8/2016) (repercussão geral) (Info 834).

A fiscalização e a função legisferante, tratam-se de funções típicas do poder legislativo, dessa forma, estas mesmas funções foram atribuídas a poder legislativa à nível Municipal, exercido através da Câmara de Vereadores. Assim, dispõe o art. 31, § 2º, da CF/88:

<sup>43</sup> A Assembleia Legislativa do Ceará por meio da Emenda à Constituição Estadual nº 87/2016 extinguiu o Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará. Para impugnar a emenda, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil propôs a ADI nº 5638. No bojo da ação, a ministra Carmen Lúcia, do STF, concedeu liminar no dia 28.12.2016 para suspender os efeitos da emenda à Constituição do estado do Ceará que extingue o Tribunal de Contas dos Municípios. Vide AGÊNCIA BRASIL. Disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br>. Acesso em 18.01.2017.

<sup>44</sup>FERNANDES, Jacoby. **Deputados do Ceará decidem extinguir Tribunal de Contas dos Municípios**. Disponível em <<http://www.jacoby.pro.br/novo/noticia.php?id=3553>>. Acesso em 23.12. 2016.

<sup>45</sup> SILVA (2005), op. cit., p. 757-758.

<sup>46</sup> **Competência para julgamento das contas dos Prefeitos e sua repercussão na inelegibilidade**. In: Dizer Direito, 02 de março de 2016. Autor desconhecido. Disponível <<https://www.dizerodireito.com.br/2016/09/competencia-para-julgamento-das-contas.html>> Acesso em 05.08.2018

Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.(...) § 2º - 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.

Entende-se, portanto, que o controle em âmbito municipal, o controle de contas, inicialmente se dá com o parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas. Este, após examiná-las, emite um parecer, que é enviado ao poder legislativo municipal (Câmara dos Vereadores), o qual poderá acolher ou afastar as conclusões do Tribunal de Contas. Caso a Câmara decida por afastar as conclusões emitidas pelo parecer do Tribunal de Contas, exige-se o voto de pelo menos 2/3 dos vereadores, conforme disposição do próprio dispositivo constitucional acima citado. Sendo assim, no julgamento do RE 729744/MG, já se posicionou:

Parecer técnico elaborado pelo Tribunal de Contas tem natureza meramente opinativa, competindo exclusivamente à Câmara de Vereadores o julgamento das contas anuais do chefe do Poder Executivo local, sendo incabível o julgamento ficto das contas por decurso de prazo. (STF. Plenário. RE 729744/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 10/8/2016 (repercussão geral) (Info 834).

Caso as contas prestadas pelo Prefeito sejam rejeitadas pela Câmara dos Vereadores, como consequência, tem-se a inelegibilidade do Prefeito, nos termos do art. 1º, I, “g”, da LC 64/1990. Destaca-se que o mero parecer emitido pelo Tribunal de Contas, por ter caráter meramente opinativo, não gera as mesmas consequências.

Por esta razão, ressalta-se que, se o parecer emitido pelo Tribunal de Contas opinar pela rejeição das contas prestadas pelo Prefeito, mas o poder legislativo local decidir pela aprovação destas, afasta-se a sua inelegibilidade e ele poderá concorrer sem nenhum impedimento nas eleições. Nesta hipótese, ainda que o parecer emitido pelo Corte de Contas, não tenha o condão de afastar a inelegibilidade do prefeito, este através dos fatos apurados no processo político-administrativo pelo respectivo Tribunal, podem dar ensejo à sua responsabilização civil, criminal ou administrativa do, medidas que poderão ser tomadas pelo Ministério Público, por exemplo.

Outro ponto interessante envolvendo a atuação do Tribunal de Contas diz respeito à legitimidade ou não deste órgão para expedir medidas cautelares com o objetivo de resguardar possíveis danos ao erário ou a direitos e bem assim garantir a efetividade das suas decisões.

Conforme esclarecem Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo<sup>47</sup>:

o fato de o art. 71 da Constituição de 1988 haver conferido explicitamente ao TCU inúmeras competências próprias obriga ao reconhecimento de que também lhe foram, implicitamente, assegurados os meios necessários ao integral desempenho delas, dentre os quais a concessão de medidas cautelares, quando isso for indispensável à neutralização imediata de situações de lesividade ao interesse público ou à garantia da utilidade prática de suas deliberações finais.

Sobre esta questão também se manifestou o STF. Nesse sentido, vale trazer a lume parte textual do voto do Ministro Gilmar Mendes, que foi relator no Mandado de Segurança nº 33.092 –DF<sup>48</sup>:

vale destacar que a jurisprudência desta Corte reconhece assistir ao Tribunal de Contas um poder geral de cautela, que se consubstancia em prerrogativa institucional decorrente das próprias atribuições que a Constituição expressamente outorgou à Corte de Contas para seu adequado funcionamento e alcance de suas finalidades. É o que restou consignado por esta Corte, por exemplo, no julgamento do MS 24.510/DF, Plenário, rel. min. ELLEN GRACIE, DJ, 19.03.2004. Nesse julgado, o ministro Celso de Mello acentuou, com propriedade, a importância da legitimidade constitucional dada ao TCU para adotar medidas cautelares destinadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, de modo a permitir que possam ser neutralizadas situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário.

Constata-se, portanto, que a Suprema Corte de Justiça brasileira reconhece a legitimidade dos tribunais de contas para expedir cautelares quando a situação assim o exigir. Esclarece ainda em seu voto o Ministro Gilmar Mendes que o TCU fundamentou seu poder de cautela para decretar a indisponibilidade dos bens do impetrante com o art. 44, par. 2º, alínea d, da Lei nº 8.443/92, que dispõe sobre a estrutura do Tribunal de Contas da União (lei orgânica do TCU). O mencionado dispositivo reza:

Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, **determinará, cautelarmente**, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.

<sup>47</sup>ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito **Constitucional Descomplicado**. 15ª Ed. São Paulo: Editora Forense, 2016, p. 478.

<sup>48</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 33.092 –DF**. Julgado em 24.03.2015. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 18.01.2017.

§ 1º Estará solidariamente responsável a autoridade superior competente que, no prazo determinado pelo Tribunal, deixar de atender à determinação prevista no caput deste artigo.

§ 2º Nas mesmas circunstâncias do caput deste artigo e do parágrafo anterior, **poderá o Tribunal**, sem prejuízo das medidas previstas nos arts. 60 e 61 desta Lei, **decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável**, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração (sem grifo no original).

Pela lei em tela, o Tribunal de Contas pode fazer uso de medidas cautelares mesmo sem ouvir antes a parte (*inaudita altera parte*), visto que o que se objetiva com a medida acautelatória é resguardar o interesse público que está em jogo.

### I. 5. ESTUDO DE CASO

O Tribunal de Contas da União, auxiliando o Parlamento Nacional, ao fiscalizar determinada instituição financeira federal determinou a quebra de sigilo bancário de terceiros que fazem transações com a referida instituição.

Inconformada e alegando ilegalidade e abuso de poder por parte do TCU a instituição financeira impetra Mandado de Segurança.

Nesses termos, reflita e responda as seguintes questões:

1. Quem deve examinar e julgar o MS? Por quê? Fundamente.
2. Explícite o poder de cautela do TCU e analise se ele alcança a quebra de sigilo financeiro de terceiros que negociam com a instituição financeira, objeto de fiscalização.

### I. 6. QUESTÕES OBJETIVAS:

1- (OAB 2010.3) O controle externo financeiro da União e das entidades da administração federal direta e indireta é atribuição do Congresso Nacional, que o exerce com o auxílio do Tribunal de Contas da União. É competência do Tribunal de Contas da União.

a) apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante a emissão de parecer prévio, que só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros do Congresso Nacional.

b) sustar contratos administrativos em que seja identificado superfaturamento ou ilegalidade e promover a respectiva ação visando ao ressarcimento do dano causado ao erário.

c) aplicar aos responsáveis por ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas multa sancionatória, em decisão dotada de eficácia de título executivo judicial.

d) fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município.

2 - (OAB 2010.2) Considerando que nos termos dispostos no art. 133 da Constituição do Brasil, o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo até mesmo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, é correto afirmar que:

- a) a imunidade profissional não pode sofrer restrições de qualquer natureza.
- b) nenhuma demanda judicial, qualquer que seja o órgão do Poder Judiciário pelo qual tramite, independentemente de sua natureza, objeto e partes envolvidas, pode receber a prestação jurisdicional se não houver atuação de advogado.
- c) a inviolabilidade do escritório ou local de trabalho é assegurada nos termos da lei, não sendo vedadas, contudo, a busca e a apreensão judicialmente decretadas, por decisão motivada, desde que realizada na presença de representante da OAB, salvo se esta, devidamente notificada ou solicitada, não proceder à indicação.
- d) a prisão do advogado, por motivo de exercício da profissão, somente poderá ocorrer em flagrante, mesmo em caso de crime afiançável.

3 - (OAB - SP 2007.3) A prestação da “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, prevista na Constituição da República como direito fundamental, é incumbência precípua

- a) do Ministério Público
- b) da Defensoria Pública
- c) da Advocacia-Geral da União
- d) das Procuradorias dos Estados e Municípios.

4 - (OAB - 2011 - VI Exame de Ordem Unificado) A respeito da Advocacia Pública, assinale a alternativa correta.

- a) São princípios institucionais das Procuradorias dos Estados a unidade e a indivisibilidade. Como consequência, é inconstitucional lei estadual que crie Procuradoria-Geral para consultoria, assessoramento jurídico e representação judicial da Assembleia Legislativa.
- b) A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta do Senado Federal.
- c) Aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, que ingressarem na carreira mediante concurso público, é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação periódica de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.
- d) Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União não caberá à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

5 - (TRF 9ª 2013 - FCC - Técnico Judiciário - Área Administrativa) Considere as assertivas concernentes ao Ministério Público:  
I. São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.  
II. O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República,

nomeado após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, vedada a recondução.

III. Constitui vedação ao membro do Ministério Público, dentre outras, exercer a advocacia.

IV. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República.

Nos termos da Constituição Federal, está correto o que se afirma APENAS em:

- a) I, III e IV
- b) I e II
- c) III e IV
- d) I, II e IV
- e) II e III.

6 - (TST 2012 - FCC - Técnico Judiciário Área Administrativa) Ao discorrer sobre os princípios constitucionais que devem informar a atuação do Ministério Público, Pedro Lenza afirma que o acusado "tem o direito e a garantia constitucional de somente ser processado por um órgão independente do Estado, vedando-se, por consequência, a designação arbitrária, inclusive, de promotores ad hoc ou por encomenda" (Direito Constitucional Esquemático - Saraiva - 2011 - p. 766). Trata-se do princípio:

- a) da inamovibilidade do membro do Ministério Público.
- b) da dependência funcional do membro do Ministério Público.
- c) da indivisibilidade do Ministério Público.
- d) da unidade do Ministério Público
- e) do promotor natural.

## REFERÊNCIAS DO CAPÍTULO I

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito **Constitucional Descomplicado**. 15ª Ed. São Paulo: Editora Forense. 2016.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

BRASIL. **Lei nº 8.682 de 14 de julho de 1993**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 10.01.2017.

BRASIL. **Lei Complementar Federal nº 75 de 20 de maio de 1993**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em 10.01.2017.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 17.01.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 67759-2**. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10.01.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3026**, julgada em 08.06.2006. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 17.01.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.254 Agr**. Julgada em 14.08.1996. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 16.01.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 33.092 –DF**. Julgado em 24.03.2015. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 18.01.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 91.610**, julgado em 08.06.2010. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 17.01.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 23**. Julgada em 04.08.1989. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 16.01.2017.

BRASIL. **Lei Complementar 64/1990**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Leis/LCP/Lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/LCP/Lcp64.htm). Acesso em 01.08.2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 2.587/GO**. Julgada em 01.12.2004. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 01.08.2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 2.553 MC/MA**. Julgada em 20.02.2002. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 01.08.2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **S.V. 45**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2362>. Acesso em 01.08.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 729744/MG**. Julgamento em 10.08.2016. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 01.08.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 848826/DF**. Julgamento em 10.08.2016. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 01.08.2018.

BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 17.01.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Plenário**: cabe ao procurador-geral decidir conflitos de atribuição entre MP Federal e estaduais. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10.01.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1616-4**. Julgada em 24.05.2001. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 16.01.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 27.339**. Relator **Menezes Direito**, julgado em 2-2-2009, publicado no Diário de Justiça em 6-3-2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 13.01.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 45.604/RJ**. Julgamento em 10.10.2006. Acesso em 01.08.2018.

BRASIL. Poder Legislativo. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 18.01.2017.

BRASIL. **Lei nº 10.480 de 2 de julho de 2002**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 16.01.2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARLI, Ana Alice De. **O bem de família do fiador e o direito fundamental à moradia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

**Competência para julgamento das contas dos Prefeitos e sua repercussão na inelegibilidade**. In: Dizer Direito, 02 de março de 2016. Autor desconhecido. Disponível em <https://www.dizerdireito.com.br/2016/09/competencia-para-julgamento-das-contas.html>. Acesso em 05.08.2018

COSTA, Leonardo de Andrade. **Material Didático de Finanças Públicas** – FGV Direito – Rio. Disponível em <http://diretorio.fgv.br>. Acesso em 18.01.2017.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil**. Jurisdição e Competência. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

FERNANDES, Jacoby. **Deputados do Ceará decidem extinguir Tribunal de Contas dos Municípios**. Disponível em <http://www.jacoby.pro.br/novo/noticia.php?id=3553>. Acesso em 23.12.2016.

ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. **Foro por prerrogativa e sua extensão aos membros da Defensoria Pública**. Consultor Jurídico, 29 de março de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-30/tribuna-defensoria-foro-prerrogativa-esua-extensao-aos-membros-defensoria#author>. Acesso em 01.08.2018.



MAZZILLI, Hugo Nigro. **Princípios institucionais do Ministério Público brasileiro**. Disponível em <http://www.mazzilli.com.br>. Acesso em 10.01.2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26ª ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Destro Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de.. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

NOVAIS, Cesar Danilo Ribeiro. **Promotor de Justiça: na defesa da sociedade**. Disponível em <http://promotordejustica.blogspot.com.br/2013/03/parquet.html>>. Acesso em 10.01.2017.

PASCOAL, Valdecir. O Poder Cautelar dos Tribunais de Contas. **Revista do TCU nº 115**, maio de 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

SILVA, José Afonso da. **O Ministério Público Junto aos Tribunais de Contas**. Disponível em <http://www.tcm.ba.gov.br>. Acesso em 13.01.2017.

SUPREMO, Tribunal Federal. A Constituição e o Supremo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=860>> Acesso em 06 de agosto de 2018

## CAPÍTULO II

### ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO

#### II.1. Estrutura do Poder Judiciário

##### II.1.1. Noção introdutória

A concepção de separação de poderes, especialmente, em executivo, legislativo e judiciário, não encontra uniformidade entre os estudiosos do tema. No Brasil, por exemplo, é possível verificar, ao se examinar as Cartas Constitucionais, que a extensão do conteúdo do Princípio da Separação de Poderes variou em alguns momentos da história constitucional pátria.

Nesse sentido pontuam Joaquim Falcão e Marcelo Lennertz<sup>49</sup> que a Constituição Imperial de 1824 não mencionava de forma expressa a independência dos poderes, que na época eram quatro: Executivo, Legislativo, Judicial e Moderador. Já a primeira Carta Constitucional republicana de 1891, espelhada no constitucionalismo norte americano, adotou a concepção dos três poderes, os quais seriam harmônicos e independentes entre si.

Na sequência, a Constituição Federal de 1934 substituiu o termo “harmônicos” da Carta anterior pela expressão “coordenados entre si”. Já na Constituição de 1937, ressaltam Falcão e Lennertz<sup>50</sup>:

percebe-se um retrocesso no caminho rumo à efetiva independência dos Poderes: o Poder Executivo, representado na figura do Presidente Getúlio Vargas, encontra-se excessivamente fortalecido se comparado com os outros dois.

A quinta Carta Magna brasileira de 1946 recupera a ideia de independência e harmonia entre os Poderes, os quais foram definitivamente separados.

No entanto, a realidade constitucional brasileira, conforme sua historicidade revela, vive um constante devir, ora positivamente no tocante à tutela dos direitos fundamentais, ora um retrocesso - este verificado na Constituição de 1967/69. Com relação a esta Carta asseveram Falcão e Lennertz<sup>51</sup>:

Em 1967/69, embora textualmente – e circunstancialmente – os Poderes fossem três, apenas um, na realidade, detinha o monopólio da

<sup>49</sup>FALCÃO, Joaquim; LENNERTZ, Marcelo. **Separação dos Poderes: Harmonia ou Competição?** – Joaquim Falcão e Marcelo Lennertz. Disponível em <http://joaquimfalcao.com.br>. Acesso em 17.12.2016.

<sup>50</sup> Idem. Ibidem.

<sup>51</sup> Idem. Ibidem.

estruturação institucional do poder estatal. Através dos atos institucionais o Poder Executivo suplantou, no regime autoritário, a Constituição como e quando quis. A Constituição foi hidra – ou pirâmide – de duas cabeças.

Por fim, chega-se a “Constituição Cidadã de 1988”, como a denominou o ex-deputado Ulisses Guimarães (Presidente da Assembleia Nacional Constituinte de 1985), a qual representa um marco no constitucionalismo brasileiro no tocante aos direitos e garantias fundamentais<sup>52</sup>, estabelecendo de forma expressa o princípio da separação de poderes em seu art. 2º, *in verbis*: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”

A função judicante atribuída de forma precípua ao Poder Judiciário ganha relevo especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, que traz um significativo rol de direitos e garantias fundamentais, os quais, em muitas situações dependem da atuação efetiva deste Poder para a sua proteção ou o seu exercício.

O papel institucional do Poder Judiciário revela-se importante, pois cumpre a ele garantir a efetividade de valores e direitos fundamentais de caráter individual ou metaindividual, e, bem assim, garantir a correta aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais, buscando a solução de conflitos entre particulares, entre estes e o Estado e até mesmo entre entidades do próprio Poder Público.

O Poder Judiciário, conforme delineado pela Carta Magna de 1988, tem autonomia e independência, o que lhe garante mais liberdade para decidir questões relevantes no cenário social. Nesse sentido, preleciona Uadi Lammego Bulos<sup>53</sup> que a independência e imparcialidade deste Poder “são uma garantia dos cidadãos, porque ao Judiciário incumbe consolidar princípios supremos e direitos fundamentais, imprescindíveis à certeza e segurança das relações jurídicas”.

De fato, cumpre ao Poder Judiciário, em sua função precípua (julgar) não apenas resolver conflitos entre os atores sociais, mas também garantir a força das normas jurídicas e a supremacia do texto constitucional.

A Justiça brasileira, sob uma perspectiva classificatória, divide-se em Justiça Comum e Justiça Especial. A Justiça Comum engloba a Justiça Federal e a Justiça Estadual. Já a Justiça Especial (especializada) dedica-se a matérias específicas examinadas na Justiça do Trabalho, a Justiça Eleitoral e a Justiça Militar.

<sup>52</sup> CARLI, Ana Alice De. **Bem de família do fiador e o direito fundamental à moradia**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

<sup>53</sup> BULOS, Uadi Lamego. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 1279.

### II.1.2. Funções típicas e atípicas

Todos os poderes do Estado possuem funções típicas e atípicas, ou seja, detêm uma função precípua - inerente à sua finalidade - e outras decorrentes do Princípio do *Cheking and Balances* (controle recíproco entre os poderes) e das necessidades práticas. No caso do Poder Judiciário é exemplo da função atípica administrativa organizar o seu corpo de servidores, realizar concursos, aplicar medidas disciplinares. Vale destacar também que a expedição de precatório por parte do presidente de um tribunal decorre da função administrativa e não judicial, visto que tal ato tem natureza jurídica de ato administrativo.

O Poder Judiciário, além de exercer a prestação jurisdicional e de fazer o controle formal de constitucionalidade, exerce funções legislativa e administrativa. Nesse sentido, explica Uadi Lammego Bulos<sup>54</sup>:

desempenha função legislativa quando edita normas regimentais, porque lhe cabe elaborar seus regimentos internos, com base nas normas processuais e nas garantias individuais e metaindividuais das partes, dispondo acerca da competência e do funcionamento de seus corpos internos. De outra parte, exerce função administrativa, no momento que concede férias aos juízes e serventuários, organiza o quadro de pessoal, provendo cargos de carreira na respectiva jurisdição.

Ou seja: a Constituição Federal de 1988, ao organizar a estrutura de cada Poder, prescreve atribuições que ultrapassam a função precípua de cada um.

### II.1.3. Tribunais e instâncias

Para melhor realizar a prestação jurisdicional o Poder Judiciário estrutura-se em instâncias. Desse modo tem-se a **1ª Instância**, onde, em regra, iniciam-se os processos (ex. Varas de Família, Vara de Fazenda Pública, Vara Empresarial, Vara de Órfãos e Sucessões, Juizados Especiais).

Logo acima dos juízes singulares está a **2ª Instância**, na qual, em geral, são apreciados os recursos ou as ações afetas à competência do Pleno ou do Órgão Especial dos Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais, no caso de Justiça Comum.

Depois vem a **3ª Instância** - também denominada de **Instância Especial** ou **Instância Superior** -, a qual compreende os tribunais superiores: Superior Tribunal de

<sup>54</sup>BULOS (2014). Op. Cit., p. 1279-1080).

Justiça (STJ), Superior Tribunal Militar (STM), Tribunal Superior do Trabalho (TST), Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

E, por fim, a **ÚLTIMA INSTÂNCIA**, em que se situa o Supremo Tribunal Federal (STF), detendo várias funções, conforme será visto.

Desse modo, há uma classificação da estrutura do Poder Judiciário em instâncias ou graus de jurisdição, que corresponde à **divisão funcional vertical da estrutura do Poder Judiciário**, e a outra classificação que separa a atuação deste poder em Justiça Comum e Justiça Especializada. Trata-se, aqui, de uma **divisão funcional horizontal da estrutura do Poder Judiciário**.

A Constituição Federal de 1988 estabelece os **órgãos do Poder Judiciário**, são eles: Supremo Tribunal Federal (STF); Conselho Nacional de Justiça (este incluído pela emenda constitucional nº 45/2004); Superior Tribunal de Justiça (STJ); Tribunais Regionais Federais (TRF), Tribunais e Juízes do Trabalho; Tribunais e Juízes Eleitorais, Tribunais e Juízes Militares e os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, *ex vi* art. 92, inciso I-A, CF/88<sup>55</sup>.

O órgão máximo do Poder Judiciário, ou seja, o “órgão de cúpula”, como se refere Uadi Lammego Bulos<sup>56</sup>, é o Supremo Tribunal Federal (STF), sendo, nos termos do art. 102, CF/88, o guardião da supremacia e da força normativa do texto constitucional vigente. Ao STF cabe, além do controle de constitucionalidade, o exame e a decisão sobre questões envolvendo autoridades públicas. Nesse sentido, a Carta Constitucional de 1988 estabelece como atribuições da Suprema Corte de Justiça, *ex vi* do art. 102, I:

Art. 102. **Compete** ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

**I - processar e julgar, originariamente:**

- a) a **ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade** de lei ou ato normativo federal;
- b) nas **infrações penais comuns**, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
- c) nas **infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade**, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, **ressalvado o disposto no art. 52, I**, os membros dos

<sup>55</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em 17.12.2016.

<sup>56</sup>BULOS, Uadi Lamego. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 1307.

Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

d) o **habeas corpus**, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e **ohabeas data** contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

e) o **litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional** e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;

f) as **causas e os conflitos entre a União** e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;

i) o **habeas corpus**, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1999)

j) a **revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados**;

l) a **reclamação** para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

m) a **execução de sentença nas causas de sua competência originária**, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;

n) a **ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados**, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

o) os **conflitos de competência** entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

q) 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;

r) as **ações contra** o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (grifo nosso).

No que se refere ao disposto no inciso I, alínea *b*, do artigo supra transcrito - que trata da competência do STF para julgar casos de infrações penais comuns praticados pelo Chefe do Poder Executivo Federal, seu vice, pelos parlamentares da Câmara dos

Deputados e do Senado Federal, há de se acrescentar nesta competência, por força de uma interpretação sistemática, também o Chefe da Advocacia Geral da União (Advogado Geral da União (AGU), visto que o mesmo possui status de Ministro de Estado, em razão de alteração legislativa na Lei nº 10.683/2003 (dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios), pela Lei nº 12.462, de 2011.

A rigor, a Lei nº 12.462, de 2011, que alterou a Lei nº 10.683/2003, elevou ao patamar de ministros de Estado, além do AGU, os seguintes titulares de órgãos federais: o Chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República; o Chefe da Controladoria-Geral da União e o Presidente do Banco Central do Brasil, conforme se constata no art. 25, par. único do diploma legal nº 10.683/2003.

Mas as competências constitucionais não param no inciso I, cabendo-lhe também, consoante dispõem os incisos II e III, do art. 102, CF/88:

**II - julgar, em recurso ordinário:**

- a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;
- b) o crime político;

**III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:**

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Por fim, compete ao STF conhecer e julgar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão, art. 103, par.2º, e de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, decorrente desta Constituição, art. 102, par. 1º, CF/88.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), também denominado de “Tribunal da Cidadania”, surgiu com a Constituição Federal de 1988, é composto por 33 ministros, os quais são nomeados pelo Presidente da República, depois de prévia aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, nos termos do art. 104, par. único, CF/88.

O STJ tem como missão institucional basilar tutelar e uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil. Cabendo-lhe também, nos termos do art. 105, da Carta de 1988:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

**I - processar e julgar, originariamente:**

- a) **nos crimes comuns**, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;
- b) os **mandados de segurança** e os **habeas data** contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal;
- c) os **habeas corpus**, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a", ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;
- d) os **conflitos de competência** entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o", bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;
- e) as **revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados**;
- f) a **reclamação** para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
- g) os **conflitos de atribuições** entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União;
- h) o **mandado de injunção**, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;
- i) a **homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias**;

#### II - **julgar, em recurso ordinário**:

- a) os habeas corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;
- b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;
- c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País;

III - **julgar, em 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:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal



c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (grifo nosso).

Ainda funcionam dentro da estrutura do STJ, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados e o Conselho da Justiça Federal (este tem a função institucional de fazer a “supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema e com poderes correicionais, cujas decisões terão caráter vinculante”, *ex vi* art. 105, par. único, incisos I e II, CF/88.

No tocante à Justiça do Trabalho, vale trazer alguns aspectos relevantes que justificam a sua existência. Conforme preleciona João Baptista Herkenhoff<sup>57</sup>:

A afirmação dos “direitos sociais” derivou da constatação da fragilidade dos “direitos liberais”, quando o homem, a favor do qual se proclamam liberdades, não satisfaz ainda necessidades primárias: alimentar-se, vestir-se, morar, ter condições de saúde, ter segurança diante da doença, da velhice, do desemprego e dos outros percalços da vida.

A liberdade tão decantada no Século XVIII como um direito de defesa do indivíduo em face do Estado, implicando menor (ou nenhuma) intervenção do Estado na seara privada, e que culminou com o surgimento da primeira dimensão de direitos fundamentais (direitos civis e políticos), acabou gerando desigualdade sob a perspectiva material, o que ensejou o surgimento de outra dimensão de direitos, os sociais (ressalte-se que as dimensões dos direitos serão trabalhadas no capítulo próprio dos direitos e garantias fundamentais desta apostila).

No âmbito constitucional duas constituições merecem destaque no tocante ao reconhecimento expresso de direitos sociais. A Constituição mexicana de 1917 foi a primeira a contemplar os direitos trabalhistas com a qualidade de fundamentais, conforme se extrai dos art.5º e 123, do referido diploma. A Constituição alemã de 1919, por sua vez, também previu um rol de direitos sociais, entre eles estão os direitos à proteção e assistência à maternidade (arts. 119, § 2º, e 161); direito à educação da prole (art. 120); direito à aposentadoria e direito ao ensino de arte e ciência (art. 142) etc.

No Brasil, os direitos sociais começaram a ser reconhecidos constitucionalmente de forma gradual, a partir da Constituição Federal de 1934 - influência da Constituição de Weimar (alemã) - que criou capítulo próprio da ordem econômica e social.

Mas foi com a Constituição Federal de 1988 que os direitos sociais ganharam relevo e passaram a ser reconhecidos. E para dar mais efetividade a uma parcela desses direitos sociais, a Justiça do Trabalho tem relevante missão institucional.

<sup>57</sup>HERKENHOFF, João Baptista. **Gênese dos Direitos Humanos**. 2ª ed. São Paulo: Editora Santuário, 2002, p. 51-52.

Os órgãos que compõem a Justiça do Trabalho no Brasil estão perfilados no art. 111, CF/88, *in verbis*:

Art. 111. São órgãos da Justiça do Trabalho:  
I - o Tribunal Superior do Trabalho;  
II - os Tribunais Regionais do Trabalho;  
III - Juizes do Trabalho.

Os juízes do trabalho atuam nas varas trabalhistas (art. 116, CF/88), as quais substituíram as juntas do trabalho. Tal mudança ocorreu com a Emenda à Constituição nº 24/99.

O art. 114, CF/88, que traz o rol de competências da Justiça do Trabalho, foi modificado pela Emenda à Constituição nº 45/2004. Observação importante se faz necessária quanto à redação do inciso I, do referido dispositivo, que dispõe:

**Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:**

I. as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (grifo nosso).

O dispositivo em comento trouxe para o âmbito da Justiça do Trabalho matérias não afetas à sua competência, implicando necessidade de manifestação do STF sobre o controle de constitucionalidade da EC nº 45/2004 neste aspecto. E desse modo, na ADI nº 3.395 – DF, proposta pela Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, o Pleno da Suprema Corte brasileira decidiu, por maioria, suspender<sup>58</sup>:

toda e qualquer interpretação do inciso I do art. 114 da CF (na redação da EC 45/2004) que inserisse, na competência da Justiça do Trabalho, a apreciação de causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo.

Em outras palavras, o STF deu interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto, reconhecendo que para as causas de relação de trabalho envolvendo servidor estatutário ou contrato temporário pelo regime administrativo é incompetente a Justiça do Trabalho, cabendo à Justiça Comum. Nesse caso, se o servidor for federal, a ação deverá ser proposta na Justiça Federal, se o servidor for estadual, a Justiça competente será a estadual.

<sup>58</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 19.01.2017.

Na segunda instância, também denominada de segundo grau de jurisdição, estão os Tribunais dos Estados, os Tribunais Regionais Federais (Justiça Comum), os Tribunais Regionais do Trabalho e os Tribunais Regionais Eleitorais.

A estrutura e a organização dos Tribunais de Justiça, nos termos do art. 125, CF/88, são atribuições dos Estados, observando, por simetria, os princípios esculpidos na Constituição Federal de 1988, a qual é a regra matriz para todas as Constituições Estaduais e para os atos normativos infraconstitucionais.

De acordo com o art. 93, inciso XI, CF/88, os tribunais, que tiverem quadro com mais de vinte e cinco julgadores, poderão instituir órgão especial, o qual deve ter no mínimo onze e no máximo de vinte e cinco membros. Tal órgão, por delegação da competência do Tribunal Pleno, exercerá atividades de natureza administrativa e jurisdicional.

Conforme será visto no capítulo sobre os aspectos do controle de constitucionalidade no Brasil desta apostila, a Constituição Federal de 1988 prevê o controle em abstrato/concentrado no âmbito estadual. Trata-se do controle de normas jurídicas estaduais e municipais em face da Constituição estadual (art. 125, par. 2º, CF/88).

Há também previsão no art. 125, par. 3º, CF/88, de os Estados instituírem a Justiça Militar estadual. Vale ressaltar que a Constituição trata como uma faculdade dos Entes Políticos a criação de uma justiça militar.

A função da Justiça Estadual é examinar e julgar conflitos envolvendo policiais militares do respectivo estado. Nesse sentido, dispõe o art. 125, par. 5º, CF/88:

**§ 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares (grifo nosso).**

Atualmente há apenas três tribunais militares. São eles: o Tribunal Militar do Rio Grande do Sul (criado em 1918, com a denominação de Conselho de Apelação); o Tribunal Militar de São Paulo e o Tribunal Militar de Minas Gerais<sup>59</sup>.

<sup>59</sup>SOUZA, Octavio Augusto Simon de. **A Justiça Militar hoje**. Disponível em <http://www.amajme-sc.com.br>. Acesso em 19.01.2017.

No âmbito federal, a Justiça Militar da União - considerada a mais antiga do país, com cerca de 200 anos – passou a integrar o Poder Judiciário a partir da Carta Constitucional de 1934. A missão institucional desta justiça especializada é conhecer e julgar questões envolvendo os militares federais da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, com jurisdição em todo o território nacional.

Nos termos do art. 122, CF/88, compõem a Justiça Militar, o Superior Tribunal Militar (STM) e os Tribunais e Juízes Militares criados por lei.

O órgão de cúpula da Justiça Militar é o Superior Tribunal de Justiça (STM), cujo corpo de quinze ministros é escolhido pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal. As nomeações seguem a seguinte ordem, de acordo com o art. 123, CF/88: a) **três** dentre oficiais-generais da Marinha; b) **quatro** dentre oficiais-generais do Exército; c) **três** dentre oficiais-generais da Aeronáutica e d) **cinco** dentre civis. Com efeito, os oficiais deverão estar em exercício, ou seja, não pode ser nomeado um aposentado.

Os demais servidores dos Tribunais de Justiça Militar são investidos no cargo após aprovação em concurso público.

A Justiça Eleitoral também integra a justiça especializada federal, cujas regras estão previstas na Constituição de 1988, nos arts. 118 a 121. São órgãos desta, o Tribunal Superior Eleitoral; os Tribunais Regionais Eleitorais; os Juízes Eleitorais e as Juntas Eleitorais.

A composição do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) é de no mínimo sete ministros. Sendo que o processo de investidura é duplice, ou seja, 5 ministros são escolhidos por voto secreto, na proporção de três dentre os ministros do STF e dois advindos do corpo de ministros do STJ (art. 119, inciso I, alíneas a e b, CF/88). Outros dois serão nomeados pelo Presidente da República, a partir de uma lista sêxtupla de “seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal”, (art. art. 119, inciso II, CF/88).

O Presidente e o Vice-Presidente do Tribunal Superior Eleitoral serão escolhidos por eleição realizada pelo próprio Tribunal, dentre os ministros do STF. Por outro lado, o Corregedor Eleitoral será um dos ministros do STJ (art. art. 119, par. único, CF/88).

Assim como a Justiça Comum, a Justiça do Trabalho, a Justiça Eleitoral também possui Tribunais Regionais, que funcionam como órgãos de segunda instância da Justiça. Consoante dispõe o art. 120, CF/88, em cada capital de Estado e no Distrito federal haverá um Tribunal Regional Eleitoral.

Por fim, oportuno destacar a função institucional dos Juizados Especiais Federais e Estaduais. Aqueles disciplinados pela Lei nº 10.259/2001<sup>60</sup>, QUE trata de matérias de natureza cível e penal de âmbito federal. Desse modo, nos termos do art. 2º, do diploma legal em tela, “compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência”. O art. 3º, por sua vez, trata da competência cível dos Juizados Especiais Federais, a quem cabe conciliar e julgar causas de valor até sessenta salários mínimos, além de realizar a execução de suas próprias sentenças. Das decisões dos juízes dos Juizados Especiais cabe recurso à Turma Recursal.

Os Juizados Especiais Estaduais, a seu turno, são regulados pela Lei nº 9.099/95<sup>61</sup>. Tais órgãos de Justiça são criados por lei de cada Estado instituidor. Podem ser ajuizadas ações de pequeno valor, ou seja, causas que não excedam 40 salários mínimos (nos Juizados Federais o limite é de 60 salários mínimos), e outras desde que não haja necessidade de perícia, o que inviabilizaria o rito célere desta via judicial.

Vale destacar que nas ações propostas nos Juizados Especiais Estaduais de até 20 salários mínimos, a parte pode demandar sem a assistência do advogado, nos limites traçados pela Lei nº 9.099/95, em seu art. 9º: “nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória”.

Os Municípios não possuem em sua estrutura o Poder Judiciário, apenas os Poderes Executivo e Legislativo. O que há nos Municípios, de acordo com a estrutura organizacional do Judiciário, são órgãos das Justiças Estaduais e Federais, que, para melhor atender as demandas locais dos cidadãos, são criados e instalados nas cidades.

#### **II.1.4. Forma de investidura dos juízes de primeira instância e de segunda instância**

Pela normativa constitucional de 1988, em regra, o ingresso em cargo público só ocorre mediante aprovação em concurso público, nos termos do art. 37, inciso II, que dispõe *in verbis*:

**II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou**

<sup>60</sup> BRASIL. Lei nº 10.259 de 12 de julho de 2001. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 19.01.2017.

<sup>61</sup> BRASIL. Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 19.01.2017.

emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (grifo nosso).

Nessa sistemática-constitucional, a investidura na carreira da magistratura em primeiro grau de jurisdição (primeira instância da justiça) depende da aprovação em concurso público de provas e títulos (estes correspondem às atividades profissionais, acadêmicas e autorais do candidato). Nesse sentido prescreve o art. 93, inciso I, CF/88, *ipsis litteris*:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação.

O diploma normativo a que se refere o *caput* do art. 93 acima transcrito é a Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979.

A forma de promoção do magistrado também está estabelecida no texto da Constituição de 1988, além de outras regras disciplinadoras da atividade deste profissional. Nesse aspecto, os juízes eleitorais possuem uma peculiaridade, pois eles, na verdade, são magistrados dos próprios Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal que exercem por tempo determinado as atividades de natureza eleitoral.

O art. 95, CF/88, traz concomitantemente as garantias e as vedações dos magistrados (juízes, desembargadores e ministros):

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes **garantias**:

I - **vitaliciedade**, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - **inamovibilidade**, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - **irredutibilidade de subsídio**, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - **exercer, ainda que** em disponibilidade, **outro cargo ou função**, salvo uma de magistério;

II - **receber**, a qualquer título ou pretexto, **custas ou participação em processo**;

III - **dedicar-se à atividade político-partidária**.

IV - **receber**, a qualquer título ou pretexto, **auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas**, ressalvadas as exceções previstas em lei;

V - **exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.** (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)(grifo nosso).

A promoção de uma instância para outra depende da observância de alguns critérios, como o mérito e a antiguidade (art. 93, inciso II, CF/88).

Os juízes eleitorais possuem uma peculiaridade, pois eles, na verdade, são magistrados dos próprios Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal que exercem por tempo determinado as atividades de natureza eleitoral.

Na Segunda Instância, onde estão os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais, o acesso ao cargo de magistrado não ocorre pela via do concurso de provas e títulos. A Constituição Federal de 1988 traz duas regras: 1) “quinto constitucional” e 2) promoção por antiguidade ou por mérito.

A regra do “**quinto constitucional**” consubstancia a possibilidade de ingresso de profissionais ao cargo de magistrado dos tribunais de 2ª e 3ª instâncias não oriundos da magistratura, conforme prescreve o art. 94, CF/88, *in verbis*:

Art. 94. **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 (grifo nosso).

O art. 93, CF/88, traz as regras básicas para a ascensão de um juiz de primeira instância à segunda instância. Assim, a partir da promoção, por critérios de antiguidade e mérito, um juiz de direito da Justiça Estadual ascende ao segundo grau de jurisdição assumindo o cargo de desembargador. Da mesma forma ocorre com os juízes federais e juízes do trabalho, os quais, uma vez promovidos pelas regras de antiguidade e merecimento, alternadamente, assumem a cadeira de magistrado do Tribunal Regional Federal (TRF) e do Tribunal Regional do Trabalho (TRT), respectivamente.

A nomeação dos julgadores dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais Regionais do Trabalho é atribuição do Presidente da República, que os escolherá “dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos” (arts. 107 e 115, CF/88).

Já a escolha dos magistrados dos Tribunais dos Estados e do DF observará as regras estabelecidas nas respectivas Constituições. Na Constituição do Estado do Rio de

Janeiro, por exemplo, há o critério da promoção por antiguidade e merecimento e o do “quinto constitucional”.

O art. 157, da Carta Constitucional estadual, prevê a existência de uma lista sêxtupla, elaborada pelos órgãos interessados, com os nomes de membros do Ministério Público Estadual, e de advogados experientes. A nomeação pelo critério do “quinto constitucional” é prerrogativa do Governador do Estado do Rio de Janeiro, que receberá do Tribunal de Justiça uma lista tríplice extraída dos nomes indicados na lista sêxtupla.

Conforme mencionado, para ocupar o cargo de magistrado do TRF há dois procedimentos, nos termos do art. 107, CF/88. Pelo “quinto constitucional” podem ocupar a cadeira de magistrado membros do Ministério Público Federal, com mais de 10 anos de carreira e advogados, também com mais de 10 anos de experiência profissional na área do Direito (art. 107, inciso I, CF/88). Ou podem ingressar na 2ª Instância juízes federais por promoção, a partir de critérios de antiguidade e merecimento (art. 107, inciso II, CF/88).

Também os julgadores dos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT) são investidos no cargo a partir de dois procedimentos, nos moldes daqueles do TRF. No caso de ingresso pelo “quinto constitucional”, a Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu art. 115, inciso I, a possibilidade de estarem incluídos nessa modalidade advogados e membros do Ministério Público do Trabalho. Com efeito, a redação do art. 115, inciso I, CF/88, adveio com a Emenda à Constituição nº 45/2004.

## **II. 2. Formas de nomeação e atribuições dos Tribunais Superiores**

### **II.2.1. Supremo Tribunal Federal- STF**

Antes de adentrar nos aspectos práticos envolvendo a estrutura e as atribuições do Supremo Tribunal Federal faz-se necessário trazer alguns elementos históricos sobre esta Corte de Justiça.

Após a proclamação da independência do Brasil, a Constituição Imperial brasileira de 1824 previu no art. 163 a instituição de um tribunal superior, o qual, nos termos do indigitado dispositivo constitucional, seria denominado Supremo Tribunal de Justiça. Este tribunal - composto por 17 juízes - foi instituído em 9 de janeiro de 1928.

Com a promulgação da primeira Constituição Republicana Brasileira de 1891 o Supremo Tribunal de Justiça deu lugar ao Supremo Tribunal Federal, o qual foi expressamente mencionado na Carta Constitucional em seu art. 55: “O Poder Judiciário



da União terá por órgãos (sic) um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República (...)<sup>62</sup>.

Dentre as competências do Supremo Tribunal Federal estava, nos termos do art. 59, par. 1º, alínea b, CF/1891, a de examinar recurso interposto contra decisões dos julgados das Justiças dos Estados, nas hipóteses de contestação referente à validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais. Nessa situação a decisão do Tribunal do Estado teria considerado válido determinado ato ou lei.

No momento de sua instituição, em 28 de fevereiro de 1891, por meio do Decreto nº 1, a composição do Supremo Tribunal Federal era de 15 juízes, nomeados pelo Presidente da República, após prévia aprovação do Senado. Atualmente, o STF é composto por onze ministros, os quais são escolhidos pelo Presidente da República, “dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada”, dispõe o art. 101, CF/88. A rigor, a nomeação dos ministros pelo Chefe do Poder Executivo Federal depende de prévia aprovação do Senado Federal, a qual deve ser por maioria absoluta (art. 101, par. único, CF/88).

Uadi Lammêgo Bulos<sup>63</sup> chama atenção para alguns requisitos previstos na Constituição Federal de 1988 para que determinado (a) candidato (a) possa concorrer a vaga de ministro do Supremo Tribunal Federal, são eles:

- a) exigência de natureza administrativa: ser indicado pelo Presidente da República para, depois, ter a aprovação do Senado Federal (art. 52, III, a, CF/88);
- b) exigência de natureza civil: ter mais de 35 e menos de 65 anos (art. 101, *caput*, CF/88);
- c) exigência de natureza política: estar no pleno exercício dos direitos políticos (art. 14, § 1º, I, CF/88);
- d) exigência de natureza jurídica: ser brasileiro nato (art. 12, § 3º, IV, CF/88);
- e) exigência de natureza cultural: possuir notável saber jurídico (art. 101, *caput*, CF/88);
- f) exigência de natureza moral: lograr reputação ilibada (art. 101, *caput*, CF/88).

<sup>62</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Histórico**. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 25.01.2017.

<sup>63</sup>BULOS, Uadi Lamego. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 1312-1313.

O Supremo Tribunal Federal, como Corte máxima da Justiça brasileira, é o guardião maior da Constituição Federal de 1988, conforme dispõe o art. 102 do texto constitucional vigente: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”.

Mas, diferentemente do que ocorre em outros países, como Itália, Portugal e Alemanha (apenas à guisa de exemplo), o STF não é tecnicamente uma Corte Constitucional, pois não cuida apenas do controle de constitucionalidade, além disso ele possui jurisdição constitucional, cumprindo-lhe a missão de dar interpretação às normas constitucionais e, bem assim, examinar, no controle em abstrato, atos normativos e leis impugnadas por suposta violação à Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal exerce, além das atribuições expressas na Constituição, outras “que o modelo constitucional brasileiro implicitamente lhe confere”. Nessa linha, esclarecem Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Ferreira Mendes<sup>64</sup>:

Chegar-se-á a duas hipóteses de competência complementares implícitas: (1) *competências implícitas complementares*, enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita e justificável porque não se trata tanto de alargar competências mas de aprofundar competências; (2) *competências implícitas complementares*, necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes através da leitura sistemática e analógica de preceitos constitucionais.

No tocante às competências expressas do STF, o art. 102 traz um extenso rol. Nesse sentido, compete-lhe julgar as ações de controle de constitucionalidade em face da Constituição Federal, que são:

- a) Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 102, I, alínea a, CF/88)
- b) Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 102, I, alínea a, CF/88)
- c) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, par. 2º, CF/88)
- d) Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, par. 1º, CF/88)

Ao STF cabe também julgar, nas hipóteses de infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional (deputados federais e senadores), seus próprios Ministros, o Procurador Geral da República (art. 102, inciso I, alínea b, CF/88), os Ministros de Estado, os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os membros dos Tribunais Superiores, os do

<sup>64</sup> BRANCO; MENDES (2015). Op. Cit., p. 1235.

Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 102, inciso I, alínea c, CF/88). Ainda, será julgado por tais crimes perante o STF o Advogado Geral da União, o qual, por força da Lei nº 8.682/93, art. 1º, p,u, passou a ter status de ministro de estado.

Da mesma forma, respondem perante a Suprema Corte de Justiça nos casos de crime de responsabilidade (quando tais crimes não forem conexos com aqueles praticados pelo Presidente da República ou Vice-Presidente, visto que neste caso a competência para julgar é do Senado Federal, nos termos do art. 52, I, CF/88), os Ministros de Estado, os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente ((art. 102, inciso I, alínea c, CF/88).

Por fim, compete ao STF julgar originariamente, art. 102, I, CF/88:

- d) o ***habeas corpus***, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o **mandado de segurança** e ***ohabeas data*** contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;
- e) o **litígio** entre **Estado estrangeiro ou organismo internacional** e a **União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território**;
- f) as **causas e os conflitos** entre a **União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta**;
- g) a **extradição** solicitada por Estado estrangeiro;
- i) o ***habeas corpus***, quando o **coator for Tribunal Superior** ou quando o **coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância**;
- j) a **revisão criminal** e a **ação rescisória de seus julgados**;
- l) a **reclamação** para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
- m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
- n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
- o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
- p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

- q) **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;
- r) as **ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;**[Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#)(grifo nosso).

Em sede recursal, o STF julga os Recursos Ordinário e Extraordinário. Com a interposição do Recurso Extraordinário (RE), o que se busca é o exame de constitucionalidade, na via do controle concreto, de atos normativos e leis federais, estaduais e municipais em face da Carta Constitucional de 1988. Com efeito, inclusive as normas jurídicas anteriores a Constituição vigente.

O art. 102, III, CF/88, traz as hipóteses em que o STF pode conhecer do Recurso Extraordinário:

- a) **contrariar dispositivo** desta Constituição;
- b) **declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;**
- c) **julgar válida lei ou ato de governo local** contestado em face desta Constituição.
- d) **julgar válida lei local contestada em face de lei federal**(grifo nosso).

Desse modo, é possível lançar mão do Recurso Extraordinário (RE) toda vez que a decisão, em uma ação decidida em única ou última instância, violar norma constitucional, seja ela positivada no texto da Constituição ou em tratado internacional; quando a decisão considerar inconstitucional tratado ou lei federal. Também pode-se utilizar o RE nas hipóteses em que a decisão considerou válida lei ou ato de governo local em face da Constituição ou, ainda, julgou válida lei local em face de lei federal. A alínea d, do dispositivo acima supracitado foi adicionada pela EC nº 45/2004.

Outra novidade trazida pela EC nº 45/2004 foi o instituto da súmula vinculante, a qual tem a finalidade de uniformizar a jurisprudência, mas também de evitar o trânsito de número elevado de processos com a mesma questão de fundo de direito, conforme se extrai da exegese do art. 103-A, par. 1º, CF/88, *in verbis*:

§ 1º A **súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas**, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (grifo nosso).

Vale ressaltar que embora a edição de uma súmula vinculante seja da competência do STF, a sua aprovação, revisão ou até mesmo o seu cancelamento pode ocorrer por iniciativa de um legitimado para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 103, CF/88), conforme estabelece o art. 103-A, par. 2º, CF/88.

Ainda sobre a súmula vinculante, na hipótese de violação a enunciado de súmula vinculante, seja em decisão judicial ou em ato administrativo, cabe a utilização do instituto da Reclamação, que será julgado pelo STF (art. 102, I, alínea I, CF/88), *ex vi* art. 103-A, par. 3º, CF/88.

### **II.2.2. Superior Tribunal de Justiça -STJ**

O Tribunal da Cidadania, como é denominado o Superior Tribunal de Justiça – STJ, nasceu com a Constituição Federal de 1988, e sua estrutura básica adveio do antigo Tribunal Federal de Recursos (TFR), cujas atribuições foram assumidas em parte pelos tribunais regionais federais<sup>65</sup>. Nesse sentido, vale transcrever o disposto no art. 27, ADCT, CF/88, *ipsis litteris*:

Art. 27. O **Superior Tribunal de Justiça** será instalado sob a Presidência do Supremo Tribunal Federal.

§ 1º Até que se instale o Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal exercerá as atribuições e competências definidas na ordem constitucional precedente.

§ 2º **A composição inicial do Superior Tribunal de Justiça far-se-á:**

I - pelo **aproveitamento dos Ministros do Tribunal Federal de Recursos;**

II - pela nomeação dos Ministros que sejam necessários para completar o número estabelecido na Constituição.

§ 3º Para os efeitos do disposto na Constituição, os atuais Ministros do Tribunal Federal de Recursos serão considerados pertencentes à classe de que provieram, quando de sua nomeação.

§ 4º Instalado o Tribunal, os Ministros aposentados do Tribunal Federal de Recursos tornar-se-ão, automaticamente, Ministros aposentados do Superior Tribunal de Justiça.

Pelo que se verifica do dispositivo acima transcrito, os primeiros ministros do STJ vieram do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Com sede em Brasília e jurisdição em todo o território nacional, o STJ tem a missão institucional de tutelar a legislação federal, uniformizando quando necessário a

<sup>65</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **História**. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 27.01.2017.

sua interpretação<sup>66</sup>. E mais, compete a esta Corte de Justiça, nos termos do art. 105, I, alínea a, CF/88, julgar, originariamente, nos crimes comuns os Governadores dos Estados e do Distrito Federal. E, julgar por crimes comuns e de responsabilidade as seguintes autoridades públicas:

- a) os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal;
- b) os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal;
- c) os dos Tribunais Regionais Federais;
- d) dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho;
- e) os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios; e
- f) os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) é formado hoje por, no mínimo, trinta e três ministros, nos termos do art. 104, *caput*, CF/88. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu alguns requisitos para o acesso ao cargo de Ministro do Superior Tribunal de Justiça (art. 104, p.u., incisos I e II):

- a) ser brasileiro nato ou naturalizado (lembre-se que para membro do STF a CF/88 exige que seja brasileiro nato);
- b) ter mais de 35 e menos de 65 anos de idade;
- c) possuir notável saber jurídico e reputação ilibada;
- d) ser escolhido pelo Presidente da República, a partir de uma lista tríplice de candidatos;
- e) prévia aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal.

A escolha deve obedecer alguns critérios delineados pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 104, p.u.:

I - **um terço** dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e **um terço** dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal;

II - **um terço**, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94.

Ou seja: o corpo de julgadores do STJ pode ser formado por profissionais da magistratura, do Ministério Público e da Advocacia, o que o torna mais aberto à heterogeneidade e às questões sociais.

<sup>66</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Atribuições**. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 27.01.2017.

### II.2.3. Tribunal Superior do Trabalho – TST

Conforme já mencionado, a Justiça do Trabalho surgiu em um contexto no qual os direitos sociais, em especial os de natureza trabalhista, precisavam de uma tutela especial. O Tribunal Superior do Trabalho (TST) - Corte Superior desta justiça especializada - foi instituído por meio do Decreto-Lei nº 9.797, de 9 de setembro de 1946, cuja origem foi o Conselho Nacional do Trabalho<sup>67</sup>.

Atualmente, o seu corpo de julgadores é formado por 27 ministros de nacionalidade brasileira, com idade entre 35 a 65 anos. A escolha dos ministros é prerrogativa do Presidente da República, com prévia aprovação do Senado Federal por maioria absoluta, conforme determina o art. 111-A, da Constituição Federal de 1988, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Assim como os demais tribunais superiores, sua sede localiza-se em Brasília.

As regras para ingresso ao cargo de ministro do TST estão estabelecidas no texto constitucional vigente (art. 111-A, incisos I e II, CF/88). Há duas formas: 1) pela regra do “quinto constitucional”, assim como ocorre com o ingresso nos demais tribunais superiores (à exceção do STF), dos Tribunais Regionais e dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal; e 2) magistrados oriundos dos Tribunais Regionais do Trabalho.

Com relação à competência do TST, a Constituição Federal de 1988 não a especificou, delegando tal função à lei infraconstitucional (art. 111-A, par. 1º CF/88). Tal diploma normativo é a Lei nº 7.701, de 21 de dezembro de 1988<sup>68</sup>, que dispõe sobre a competência do Pleno do TST em seu art. 4º, *in verbis*:

**Art. 4º - É da competência do Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho:**

- a) a declaração de inconstitucionalidade ou não de lei ou de ato normativo do Poder Público;
- b) aprovar os enunciados da Súmula da jurisprudência predominante em dissídios individuais;
- c) julgar os incidentes de uniformização da jurisprudência em dissídios individuais;
- d) aprovar os precedentes da jurisprudência predominante em dissídios coletivos;
- e) aprovar as tabelas de custas e emolumentos, nos termos da lei; e

<sup>67</sup> BRASIL. Justiça do Trabalho. **Do CNT ao TST**. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br>. Acesso em 30.01.2017.

<sup>68</sup> BRASIL. Justiça do Trabalho. **Lei nº 7.701**, de 21 de dezembro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 30.01.2017.

f) elaborar o Regimento Interno do Tribunal e exercer as atribuições administrativas previstas em lei ou na Constituição Federal (grifo nosso).

Assim como os demais órgãos julgadores do Poder Judiciário, ao TST também cabe fazer o controle de constitucionalidade e aprovar súmulas sobre questões de competência da Justiça Trabalhista.

Em 2016, a Emenda Constitucional nº 92, incluiu o Tribunal Superior do Trabalho no art. 92, da Carta Constitucional de 1988. Embora o TST já integrasse a estrutura do Poder Judiciário, ainda não havia menção expressa no art. 92. A redação do dispositivo em tela antes da referida emenda era:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

- I - o Supremo Tribunal Federal;
- I-A o Conselho Nacional de Justiça;
- II - o Superior Tribunal de Justiça;
- III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
- IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;
- V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;
- VI - os Tribunais e Juízes Militares;
- VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Agora com a nova redação dada pela EC nº92/2016:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

- I - o Supremo Tribunal Federal;
- I-A o Conselho Nacional de Justiça;
- II - o Superior Tribunal de Justiça;
- II-A - o Tribunal Superior do Trabalho;**
- III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
- IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;
- V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;
- VI - os Tribunais e Juízes Militares;
- VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

§ 1º O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal (grifo nosso).

Duas emendas já alteraram a redação do art. 92, CF/88, a EC nº 45/2004 acrescentou o inciso I-A que trata do Conselho Nacional de Justiça e, mais recentemente, a EC nº 92/2016 trouxe o inciso II-A, o qual prevê o Tribunal Superior do Trabalho.



#### II.2.4. Superior Tribunal Militar – STM

A origem do Superior Tribunal Militar remonta ao antigo Conselho Supremo Militar e de Justiça, instituído por meio do Alvará editado em 1º de abril de 1808, pelo príncipe regente de Portugal Dom João.

No final do Século XIX, o Decreto Legislativo nº 149 criou o Supremo Tribunal Militar (STM), o qual assumiu as mesmas atribuições do Conselho Supremo Militar e de Justiça. Sendo que a sua previsão constitucional só ocorreu com a Constituição Federal de 1946<sup>69</sup>.

A Constituição Federal de 1988 prevê a composição e as formas de ingresso no cargo de magistrado do STM. O Pleno deste órgão de cúpula é formado por 15 ministros vitalícios, os quais são nomeados pelo Presidente da República, após prévia aprovação do Senado Federal.

A sede do STM, assim como as dos demais Tribunais Superiores, fica em Brasília. A escolha dos ministros segue diretrizes estabelecidas no art. 123, CF/88. Desse modo:

- a) **três** dentre oficiais-generais da Marinha;
- b) **quatro** dentre oficiais-generais do Exército;
- c) **três** dentre oficiais-generais da Aeronáutica;
- d) **cinco** dentre civis.

Os ministros que não advêm das esferas militares, ou seja, os civis, devem ter nacionalidade brasileira, idade acima de 35 anos e serem escolhidos da seguinte forma (art. 123, p.u., incisos I e II, CF/88:

I - três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional;

II - dois, por escolha paritária, dentre juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar (grifo nosso).

A Constituição Federal de 1988 delega ao legislador ordinário a competência para dispor sobre a organização, o funcionamento e as atribuições da Justiça Militar (art. 124). Nessa senda, o diploma normativo que regula a Justiça Militar e apresenta extenso rol de atividades do STM é a Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992<sup>70</sup>, consoante dispõe o art. 6º, dentre elas estão:

- I - processar e julgar originariamente:
  - a) os oficiais gerais das Forças Armadas, nos crimes militares definidos em lei;

<sup>69</sup> BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Criação e evolução histórica**. Disponível em [www.stm.jus.br](http://www.stm.jus.br). Acesso em 30.01.2017.

<sup>70</sup> BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 8.457**, de 4 de setembro de 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 30.01.2017.

- c) os pedidos de *habeas corpus* e *habeas data*, nos casos permitidos em lei;
- d) o mandado de segurança contra seus atos, os do Presidente do Tribunal e de outras autoridades da Justiça Militar;
- e) a revisão dos processos findos na Justiça Militar;
- e) a reclamação para preservar a integridade da competência ou assegurar a autoridade de seu julgado (...).

O STM também tem o poder-dever de assegurar a higidez da Constituição por meio do controle de constitucionalidade (art. 6º, inciso III, Lei nº 8.457/92), cabendo-lhe declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros (Princípio da Reserva de Plenário, art. 97, CF/88).

### II.2.5. Tribunal Superior Eleitoral - TSE

O Tribunal Superior Eleitor (TSE) tem sede em Brasília e sua composição deve ter no mínimo 7 ministros. Há duas regras de investidura no cargo de magistrado deste órgão de cúpula da Justiça Eleitoral. Nesse sentido dispõe o art. 119, incisos I e II, CF/88, *in verbis*:

Art. 119. O Tribunal Superior Eleitoral compor-se-á, no mínimo, de sete membros escolhidos:

I - mediante eleição, pelo voto secreto:

- a) três juízes dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal;
- b) dois juízes dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça;

II - por nomeação do Presidente da República, dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal. (grifo nosso).

O Presidente e o Vice do TSE vêm do corpo de ministros do STF, os quais serão eleitos pelo TSE, nos termos do art. 119, par. único, CF/88. Os magistrados ocuparão o cargo por no mínimo dois anos (art. 121, par. 2º, c/c Lei Complementar nº 35/79).

A competência do TSE é delegada à lei complementar pela Carta Constitucional de 1988 (art. 121). Nesse sentido, o diploma normativo é o Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65), que foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 com status de lei complementar. O art. 22 do Código Eleitoral traz as atribuições do TSE, dentre elas está a de julgar originariamente questões envolvendo:

- a) o registro e a cassação de registro de partidos políticos, dos seus Diretórios Nacionais e de candidatos a Presidência e Vice-Presidência da República;

- b) o *habeas corpus* ou **mandado de segurança**<sup>71</sup>, em matéria eleitoral, relativos a atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado e dos Tribunais Regionais; ou, ainda, o *habeas corpus*, quando houver perigo de se consumir a violência antes que o Juiz competente possa prover sobre a impetração (grifo nosso).

Assim como ocorre com os demais presidentes dos tribunais, cabe ao Presidente do TSE elaborar o regimento interno deste órgão ápice da Justiça Eleitoral.

### II. 3. Conselho Nacional de Justiça– CNJ

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), assim como o Conselho do Ministério Público (CNMP), foi instituído por meio da Emenda à Constituição nº 45/2004. Trata-se de “uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual”<sup>72</sup>.

Ou seja, a missão institucional do CNJ é colaborar para que os princípios da moralidade, da eficiência e da efetividade possam se concretizar com a prestação jurisdicional em prol da sociedade.

É um órgão com formação heterogênea e todos os seus membros exercerão mandato de 2 anos, admitida **uma** recondução. A Constituição Federal de 1988 traz em seu art. 103-B, par. 4º, as suas atribuições.

A composição do Conselho Nacional de Justiça está delineada no art. 103-B, CF/88, assim tem-se: o **Presidente do Supremo Tribunal Federal**(que é também o presidente do Conselho);**um Ministro do Superior Tribunal de Justiça** (indicação do próprio STJ); **um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho** (indicado pelo próprio TST); **um desembargador de Tribunal de Justiça** (a indicação neste caso é feita pelo Supremo Tribunal Federal);**um juiz estadual** (também indicado pelo Supremo Tribunal Federal); **um juiz de Tribunal Regional Federal** (indicação do STJ); **um juiz federal** (também indicado pelo STJ); **um juiz de Tribunal Regional do Trabalho** (indicado pelo TST); **um juiz do trabalho** (outra indicação do TST); **um membro do Ministério**

<sup>71</sup> Com relação à competência para julgar mandado de segurança sobre matéria eleitoral envolvendo o Presidente da República, o STF já se manifestou no Recurso Extraordinário nº 163.727, dando interpretação para restringir o seu alcance. Ou seja: mandado de segurança impugnando ato do Presidente da República a competência para julgar é do STF, nos termos do art. 102, I, d, CF/88. Vide BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Código eleitoral anotado e legislação complementar**. 11. ed. Brasília : Tribunal Superior Eleitoral, Secretaria de Gestão da Informação, 2014. Disponível em <http://www.tse.jus.br>. Acesso em 31.01.2017.

<sup>72</sup> BRASIL. Poder Judiciário. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em 20.01.2017.

**Público da União** (indicação do Procurador-Geral da República); **um membro do Ministério Público estadual** (também sugerido pelo Procurador-Geral da República, a partir da lista com as indicações do órgão competente de cada instituição estadual); **dois advogados**, (indicação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; e **dois cidadãos** (sendo uma indicação da Câmara dos Deputados e a outra do Senado Federal).

O CNJ tem como presidente, o Presidente do STF (art. 103-A, par. 1º, CF/88). Sua composição heterogênea, conforme se constata no art. 103-B, CF/88, é formada por ministros do STJ e do TST, por desembargador de Tribunal de Justiça, por juízes do TRF, do TRT, de Vara Federal, de Vara do Trabalho, membro do Ministério Público Federal e outro do Ministério Público Estadual, por dois advogados e por dois cidadãos, estes últimos indicados pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal.

São algumas das atribuições do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), art. 103-B, par. 4º, CF/88, *in verbis*:

§ 4º Compete ao Conselho o **controle da atuação administrativa e financeira do poder judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)**

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade

ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Vale ressaltar que, embora o Conselho Nacional de Justiça integre a estrutura do Poder Judiciário, ele não exerce a função jurisdicional, visto que lhe cumpre, nos termos do art. 103 – B, CF/88, cuidar da atuação dos juízes, em seus ofícios e, bem assim, controlar a gestão administrativa e financeira de todos os órgãos do Poder Judiciário.

Os membros do referido Conselho serão nomeados pelo **Presidente da República** após prévia escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, nos termos do art. 103-B, par.2º, CF/88, não se aplicando tal regra para o Presidente do STF, o qual já tem previsão expressa de investidura no art. 103-B, par. 1º, *in verbis*: “O Conselho será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e, nas suas ausências e impedimentos, pelo Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal”.

A Constituição Federal de 1988 também estabelece no art. 103-B, par. 3º, que se as indicações não forem efetuadas no prazo legal, a escolha caberá ao Supremo Tribunal Federal.

O papel desses conselhos implica atuação que nem sempre está incólume de dúvidas ou críticas. Nesse sentido cabe trazer o caso da ADC nº 12<sup>73</sup>, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), da relatoria do ministro Carlos Ayres Britto, promovida em defesa da Resolução nº 07, de 18.10.05, do Conselho Nacional de Justiça, cujo conteúdo disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, na esfera do Poder Judiciário.

Na ocasião, o Pleno do STF decidiu por unanimidade acolher o pedido na ADC, para julgar constitucional a Resolução nº 07, do CNJ. Vale transcrever parte da ementa da decisão:

Os condicionamentos impostos pela Resolução nº 07/05, do CNJ, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988,

---

<sup>73</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC nº 12. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO. Julgamento: 20/08/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 31.01.2017.

dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. 2. Improcedência das alegações de desrespeito ao princípio da separação dos Poderes e ao princípio federativo. O CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois. O Poder Judiciário tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele.

Em seu voto, a ministra Carmem Lúcia pontuou como constitucional a resolução do CNJ esclarecendo:

- a) o **CNJ detém competência constitucional para zelar** pela observância do art. 37 da Constituição e apreciar a validade de atos administrativos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário (CF, art. 103-B, § 4º, II), pelo que se há de concluir ter ele atuado em sede que lhe é própria;
- b) o **nepotismo** é próprio no espaço público no sistema constitucional brasileiro. Tal proibição advém do princípio constitucional da impessoalidade, sendo de se lhe acoplar a moralidade administrativa (art. 37 da Constituição brasileira);
- c) a **juridicidade** que obriga o Poder Público, em qualquer de suas manifestações pelos órgãos próprios, emana dos comandos constitucionais, não assim de norma infraconstitucional. Os princípios constitucionais aplicam-se a todos os Poderes da união, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Nesta ADC ficou claro que o STF reconhece a competência do CNJ para editar atos com caráter normativo. A Resolução nº 07/CNJ cuida de coibir a prática de nepotismo. No art. 2º, o ato normativo em tela traz as hipóteses de nepotismo:

Art. 2º. **Constituem práticas de nepotismo**, dentre outras:

- I - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, **por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau**, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados;
- II - o exercício, em Tribunais ou Juízos diversos, de cargos de provimento em comissão, ou de funções gratificadas, por cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de dois ou mais magistrados, ou de servidores investidos em cargos de direção ou de assessoramento, em circunstâncias que caracterizem ajuste para burlar a regra do inciso anterior mediante reciprocidade nas nomeações ou designações;

III - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

IV - a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional (grifo nosso).

interesse público, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, bem como de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

V - a contratação, em casos excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, de pessoa jurídica da qual sejam sócios cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, ou servidor investido em cargo de direção e de assessoramento.

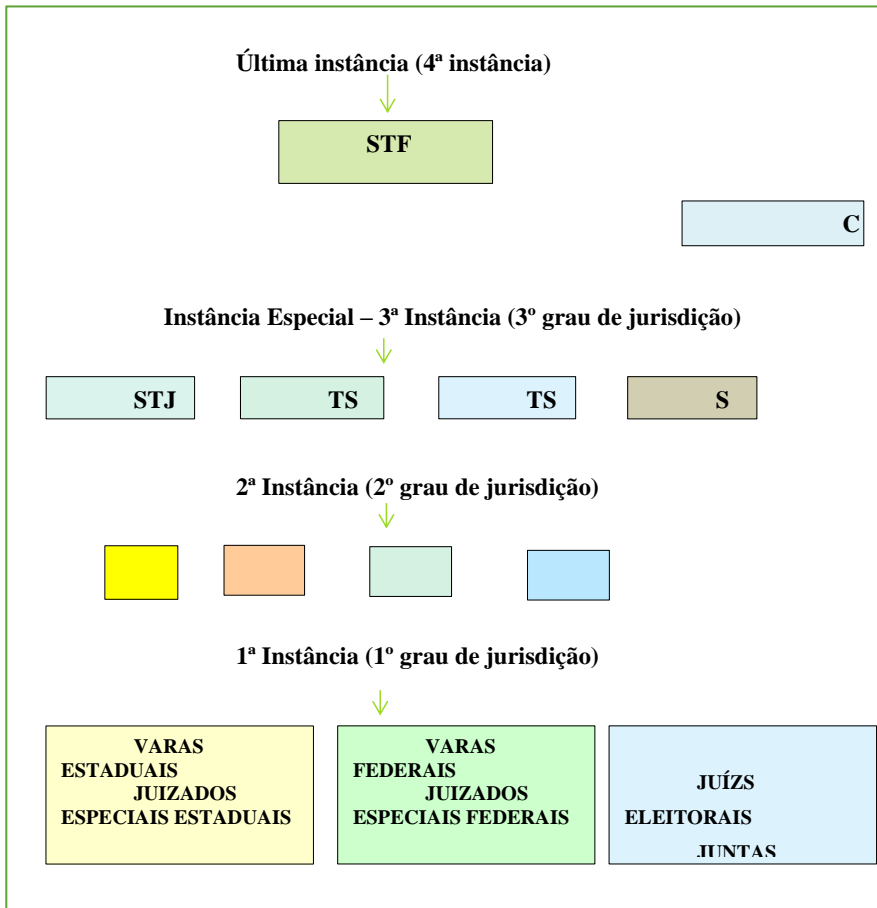
A resolução, no entanto, destaca, no par.1º, do art. 2º, algumas situações excepcionais que não caracterizam nepotismo, são elas:

as **nomeações** ou **designações** de servidores **ocupantes de cargo de provimento efetivo** das carreiras judiciárias, **admitidos por concurso público**, observada a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo de origem, a qualificação profissional do servidor e a complexidade inerente ao cargo em comissão a ser exercido.

Sendo, conquanto, proibida a nomeação ou designação (ainda que ocupantes de cargo efetivo) de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, para servir subordinado ao magistrado. Ou seja: ainda que o (a) servidor (a) tiver ingressado no serviço público por concurso, ele (a) não poderá trabalhar com magistrado (a) se se enquadrar em uma daquelas hipóteses de parentesco ou afinidade.

## II. 4. Quadro ilustrativo da Estrutura do Poder Judiciário Brasileiro

Para melhor compreensão da estrutura toda do Poder Judiciário segue a figura ilustrativa abaixo:



## II.5. ESTUDO DE CASO

1 - (OAB 2011.1) Mévio, advogado com longos anos de carreira, resolve concorrer à vaga de magistrado surgida no Tribunal de Justiça K, tendo apresentado o seu currículo para a Ordem dos Advogados do Brasil, que o incluiu na lista de advogados. Mesma situação ocorreu com a lista escolhida pelo Tribunal de Justiça.

À luz das normas constitucionais, responda aos itens a seguir:

- Qual é o percentual de vagas destinada aos advogados nos Tribunais de Justiça?
- Quais são os ritos de escolha realizados pela OAB e pelo Tribunal de Justiça?
- De quem é a competência para nomeação?

2 – (OAB 2011.2) Um fazendeiro descobriu que sua mulher o havia traído com um cidadão de etnia indígena que morava numa reserva próxima à sua fazenda. No mesmo instante em que tomou ciência do fato, o fazendeiro dirigiu-se à reserva indígena e disparou três tiros contra o índio, que, no entanto, sobreviveu ao atentado. Com base nesse



cenário, responda aos itens a seguir, empregando os argumentos jurídicos apropriados e a fundamentação legal pertinente ao caso.

- a) A quem compete julgar esse caso?
- b) Qual é o fundamento do art. 109, IX, da Constituição da República?
- c) Caso o juiz federal entendesse ser incompetente para julgar esse caso e encaminhasse os autos ao juiz de direito e este também entendesse ser incompetente, a quem caberia decidir qual o juízo competente? Por quê?

## II.6. Questões objetivas

1- (TRT 9ª 2013 - FCC - ANALISTA JUDICIÁRIO - ÁREA JUDICIÁRIA) Considere as seguintes situações hipotéticas: Matias, membro do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, praticou crime comum. Fabiolo, Governador do Estado do Paraná, também praticou crime comum. De acordo com a Constituição Federal brasileira, em regra, terá competência para processar e julgar, originariamente, Matias e Fabiolo:

- a) Supremo Tribunal Federal
- b) Superior Tribunal de Justiça
- c) Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, respectivamente
- d) Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, respectivamente
- e) Tribunal Regional Federal competente.

2-(TRT 1ª 2013 - FCC - ANALISTA JUDICIÁRIO - ÁREA ADMINISTRATIVA) De acordo com as competências constitucionalmente atribuídas ao Supremo Tribunal Federal:

- a) não lhe cabe julgar recursos interpostos contra acórdãos que versem sobre direito do trabalho.
- b) não lhe cabe julgar a inconstitucionalidade de leis municipais em face da Constituição Federal, ainda que incidentalmente no processo.
- c) não lhe cabe julgar a reclamação por violação à súmula vinculante que verse sobre direito do trabalhador previsto na Constituição Federal.
- d) cabe-lhe julgar os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais.
- e) cabe-lhe julgar o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, salvo se a ação visar ao exercício de direito trabalhista assegurado na Constituição.

3- Sobre o Poder Judiciário, segundo a Constituição brasileira, pode-se dizer que:

- a) Ao Poder Judiciário assegura-se independência financeira.
- b) O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional.
- c) Somente por voto de maioria simples dos seus membros, declaram os tribunais a inconstitucionalidade de lei.
- d) O acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por concurso público.

e) A promoção por merecimento pressupõe três anos de exercício da magistratura na respectiva entrância

4- (CNJ 2013 - CESPE - ANALISTA JUDICIÁRIO – JUDICIÁRIA) A respeito do disposto na Constituição Federal de 1988 (CF) e no Código de Processo Penal, julgue os próximos itens.

É da competência do STJ julgar recurso ordinário de decisão denegatória de habeas corpus proferida por tribunal de justiça, não existindo previsão legal para habeas corpus substitutivo.

( ) Certo ( ) Errado

5- (OAB 2010.2 – FVG) A respeito do Conselho Nacional de Justiça é correto afirmar que:

a) é órgão integrante do Poder Judiciário com competência administrativa e jurisdicional.

b) pode rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de Tribunais julgados há menos de um ano.

c) seus atos sujeitam-se ao controle do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

d) a presidência é exercida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal que o integra e que exerce o direito de voto em todas as deliberações submetidas àquele órgão.

6- (X Exame de Ordem Unificado – FGV) Compete ao STF processar e julgar originariamente os litígios listados a seguir, à exceção de um. Assinale-o.

a) Entre Estado estrangeiro e Estado membro da federação.

b) Entre Estado estrangeiro e município.

c) Entre organismo internacional e a União.

d) Entre organismo internacional e Estado membro da federação.

## REFERÊNCIAS DO CAPÍTULO II

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em 17.12.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 19.01.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Histórico**. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 25.01.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Atribuições**. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 27.01.2017.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 8.457**, de 4 de setembro de 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 30.01.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3.409**. Julgada em 19.12.2005. Disponível em [www.stf.jus.gov](http://www.stf.jus.gov). Acesso em 23.01.2017.

BRASIL. **Lei nº 10.259 de 12 de julho de 2001**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 19.01.2017.

BRASIL. Justiça do Trabalho. **Lei nº 7.701**, de 21 de dezembro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 30.01.2017.

BRASIL. **Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 19.01.2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Código eleitoral anotado e legislação complementar**. 11. ed. Brasília : Tribunal Superior Eleitoral, Secretaria de Gestão da Informação, 2014. Disponível em <http://www.tse.jus.br>. Acesso em 31.01.2017.

BRASIL. Poder Judiciário. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em 20.01.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC nº 12. **Relator(a): Min. CARLOS BRITTO. Julgamento: 20/08/2008 . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 31.01.2017.**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **História**. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 27.01.2017.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Criação e evolução histórica**. Disponível em [www.stm.jus.br](http://www.stm.jus.br). Acesso em 30.01.2017.

BRASIL. Justiça do Trabalho. **Do CNT ao TST**. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br>. Acesso em 30.01.2017.

BRASIL. Ministério Público. **Conselho Nacional do Ministério Público**. Disponível em <http://www.cnmp.mp.br>. Acesso em 20.01.2017.

BULOS, Uadi Lamego. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

CARLI, Ana Alice De. **Bem de família do fiador e o direito fundamental à moradia**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

COMPARATO. Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FALCÃO, Joaquim; LENNERTZ, Marcelo. **Separação dos Poderes: Harmonia ou Competição?** – Joaquim Falcão e Marcelo Lennertz. Disponível em <http://joaquimfalcao.com.br>. Acesso em 17.12.2016.

**HERKENHOFF, João Baptista**. **Gênese dos Direitos Humanos**. 2ª ed. São Paulo: Editora Santuário, 2002.

## CAPÍTULO III

### DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

#### III.1. Evolução, aspectos conceituais

Inicia-se o presente tópico com as palavras do filósofo espanhol David Sánchez Rubio, as quais merecem reflexão,<sup>74</sup>: “*Tan grande es el abismo entre lo que se dice y lo que se hace sobre derechos humanos que, cuando ambos van caminando por la calle y se cruzan en una esquina, pasan de largo sin saludarse porque no se conocen*”.

Segundo o autor mencionado, há um hiato entre o que se fala sobre direitos fundamentais e o que se faz para efetivá-los, fazendo com que a teoria e a prática não se conheçam quando se encontram.

É interessante a colocação de Rubio, pois o que se vê na prática é um excessivo número de ações judiciais, cuja causa de pedir envolve pelo menos um direito fundamental.

Em sua obra crítica sobre a Teoria dos Direitos Humanos, Rubio chama atenção para o paradoxo existente entre o discurso e o que se realiza em termos de proteção aos referidos direitos. Para ele, faz-se necessário promover uma cultura de consciência, com o objetivo de melhor proteger os direitos fundamentais, embora reconheça que isso não é suficiente. Entretanto, pontua o autor, “*cuanto mayor sea esa cultura sobre derechos humanos, menores serán lãs demandas que tengan que pasar por los tribunales*”. A rigor, a efetividade dos direitos fundamentais perpassa dois caminhos, o reconhecimento de sua importância pelos próprios atores sociais e a sua tutela pelo Estado.

José Joaquim Gomes Canotilho<sup>75</sup> assevera que “a base antropológica dos direitos fundamentais não é apenas o ‘homem individual’, mas também o homem inserido em relações sócio-políticas e sócio-econômicas e em grupos de vária natureza, com funções sociais diferenciadas”. De uma forma geral, a doutrina analisa o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais a partir de uma visão meramente antropocêntrica, até mesmo quando trata dos direitos difusos do meio ambiente. No entanto, deve-se atentar para o fato de que o homem não é (pelo menos para uma parcela da doutrina) o único titular de direitos fundamentais. Nesse sentido, defende-se a tese de que a expressão

<sup>74</sup> RUBIO, David Sánchez. **Repensar Derechos Humanos**: De la anestesia a la sinestesia. Sevilla. Espanha: Editora Mad, S.L. 2007. p. 11-16.

<sup>75</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 4 ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1986. p. 447.

“direitos fundamentais” é um gênero que comporta várias categorias, a exemplo dos direitos dos animais, da natureza, das pessoas jurídicas e do próprio Estado.<sup>76</sup>

A expressão “direitos fundamentais” comporta duas acepções, segundo lições de Vicente de Paulo Barreto<sup>77</sup>: “uma para designar certos direitos que reconhecem e garantem a qualidade de pessoa ao ser humano. É o sentido filosófico da expressão”. A segunda acepção “corresponde aos direitos humanos positivados”

Uadi Lammêgo Bulos<sup>78</sup>, por sua vez, conceitua direitos fundamentais como um “conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou *status social*.”

Os direitos fundamentais também são examinados a partir de duas perspectivas, a formal e a material. Nesse diapasão esclarece Ingo Wolfgang Sarlet<sup>79</sup> que o sentido formal desses direitos compreende “posições jurídicas da pessoa – na sua dimensão individual, coletiva ou social – que, por decisão do Legislador-Constituinte foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais” (ex. direito à educação, art. 6º, CF/88).

Já a perspectiva material, ensina Sarlet, diz respeito “àqueles direitos que, a despeito de não constarem expressa e formalmente na Carta Constitucional, são fundamentais em razão de sua importância aos seus titulares”. Pode-se trazer para ilustrar os direitos à água potável, ao saneamento básico, às honras do sepultamento (ANTÍGONA, Sófocles, Sec. V a.C.), ao conhecimento da paternidade biológica, e ao casamento homoafetivo.

De igual modo, a fundamentalidade - característica ínsita a determinados direitos - pode ser examinada a partir de duas perspectivas - formal e material. Segundo lições de Sarlet<sup>80</sup>, a primeira está diretamente relacionada com o direito constitucional positivo,

<sup>76</sup> Com relação aos direitos fundamentais do Estado, tem-se no art. 4º da Constituição Federal de 1988 mais que princípios norteadores das relações da República Federativa do Brasil com a sociedade internacional, pois tais normas anunciam verdadeiros direitos do Estado. Também cumpre lembrar que a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), aprovada na IX Conferência Internacional Pan-Americana, na cidade de Bogotá, em 1948, e incorporada ao Direito Brasileiro, por meio do Decreto nº 30.544, de 14 de fevereiro de 1952<sup>76</sup>, traz um capítulo próprio, com quatorze artigos, sobre os direitos e deveres dos Estados, entre eles estão: direito à igualdade jurídica; direito à soberania; direito ao reconhecimento na esfera internacional e direito de defesa.

<sup>77</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões Sobre os Direitos Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 123.

<sup>78</sup> BULOS (2015), op. cit.155.

<sup>79</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 119.

<sup>80</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.a. p. 88-89.

seguida por algumas premissas, tais como: a) os direitos humanos fundamentais ocupam o cume do sistema normativo – são o que alguns autores denominam de direitos supralégais; b) tais direitos são prescrições que demandam limitações de ordem formal e material no tocante às reformas constitucionais; e c) os direitos humanos fundamentais consubstanciam normas de aplicação imediata e vinculativa, conforme se depreende do art. 5º, par. 1º, da Carta de 1988.

Poe outro lado, a fundamentalidade, sob o aspecto material, “decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elementos constitutivos da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade”, assevera Sarlet<sup>81</sup>. Nesse diapasão, reconhece-se, por força do art. 5º, par. 2º, da CR/88, duas vertentes de direitos fundamentais: a) aqueles formale materialmente constitucionais, ou seja, expressos na Carta Constitucional vigente; e os direitos que, embora sejam materialmente constitucionais, não estão expressamente plasmados no texto da Constituição.

Ainda sobre o elemento da fundamentalidade, Robert Alexy a divide em fundamentalidade formal e fundamentalidade substancial. Desse modo, explica o pensador alemão<sup>82</sup>:

A fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais decorre da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário.

(...) A fundamentalidade formal soma-se a fundamentalidade substancial. Direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais são fundamentalmente substanciais porque, com eles, são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade.

(...) Com a tese das fundamentalidades formal e substancial afirma-se que as normas de direitos fundamentais desempenham um papel central no sistema jurídico.

Outro elemento caracterizador dos direitos fundamentais é a essencialidade, a qual, na realidade, serve como parâmetro de mensuração da fundamentalidade, a partir da análise de um caso concreto. Posto de outra forma, quando estiverem em colisão dois direitos materialmente fundamentais, dever-se-á considerar as circunstâncias da situação,

---

<sup>81</sup> SARLET (2007.a). p. 88-98. Ensina o autor que a fundamentalidade pode variar de Estado para Estado, isto é, o que é fundamental para uma Organização Política pode não sê-lo para outra. Defende, no entanto, a existência de valores universais, como a vida, a liberdade, a igualdade e a dignidade humana; os quais ainda podem ser axiologicamente ponderados de forma distinta, dependendo do espaço cultural e temporal.

<sup>82</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 520-523

as pessoas envolvidas, bem como o grau de interferência no núcleo de cada interesse em jogo.

Outras características dos direitos fundamentais, segundo lições de José Afonso da Silva<sup>83</sup>:

- (1) Historicidade. (...) Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos (...);
- (2) Inalienabilidade. São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis;
- (3) Imprescritibilidade. O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos (...);
- (4) Irrenunciabilidade. Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados<sup>84</sup>.

O caráter absoluto dos direitos fundamentais, que já foi reconhecido como imutável, conforme pontua Silva, perdeu sua importância, visto que as características – fundamental e essencial - é que norteiam a ponderação<sup>85</sup> desses direitos diante de um caso concreto.

A doutrina também estuda os direitos fundamentais a partir de duas perspectivas: subjetiva e objetiva, conforme acentuam Marcelo Alexandrino e Paulo Vicente<sup>86</sup>, para quem a face subjetiva conflui-se com os sujeitos da relação jurídica, ou seja, “diz respeito aos direitos de proteção (negativos) e de exigência de prestação (positivos) por parte do indivíduo em face do Poder Público”. A perspectiva objetiva, por sua vez, consubstancia a ideia de que “os direitos fundamentais são compreendidos também como o conjunto de valores objetivos básicos de conformação do Estado Democrático de Direito”,

<sup>83</sup> SILVA (2005). Op.Cit., p. 180-181.

<sup>84</sup> Idem. Ibidem., p. 180-181.

<sup>85</sup> Sobre a teoria da ponderação vide ALEXY, Robert. Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação Popular. Tradução Thomas da Rosa de Bustamante. In: DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel ( coordenadores ). **A Constitucionalização do Direito**; Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Editora *Lumen*, 2007. p. 295-304.

<sup>86</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 15ª Ed. São Paulo: Editora Forense. 2016. p. 97.

criandonormas orientadoras do agir público e privado. Complementam os autores em tela<sup>87</sup>:

Essa última feição (objetiva) é também denominada eficácia irradiante dos direitos fundamentais, vale dizer, o efeito irradiante dos direitos fundamentais decorre da dimensão objetiva - capacidade que eles têm de alcançar os poderes públicos e orientar o exercício de suas atividades principais.

Sem dúvida, um dos maiores desafios da sociedade contemporânea é conciliar tais direitos com interesses diversos de natureza pública e privada e, bem assim, com recursos públicos muitas vezes escassos. Como limitar o uso do espaço urbano, por exemplo, àquele que não tem moradia? Ou como dizer para uma criança de 4 anos que não há leito em hospital público para que ela possa receber tratamento médico digno e adequado?

A partir desses questionamentos já se pode inferir a importância de se discutir os efeitos práticos das teorias sobre direitos fundamentais, bem como o alcance do sentido nuclear de direito fundamental (sem adentrar ainda no campo das variadas nomenclaturas existentes, o que será visto adiante).

Os direitos fundamentais decorrem da própria existência da vida em relação, sendo dinâmicos e variando seu reconhecimento e significados de acordo com o contexto sócio-político-cultural e histórico em que estão inseridos<sup>88</sup>. No direito hebreu, por exemplo, já era possível verificar a preocupação com os direitos humanos - embora tal terminologia ainda não fosse ventilada -, consoante o Livro Sagrado, em Deuteronômio<sup>89</sup>, no qual aparecem as raízes de alguns direitos, a exemplo dos direitos à privacidade, à igualdade, à não-discriminação e de solidariedade.

A visão que se tem hoje e o reconhecimento dos direitos fundamentais em declarações de direitos e em Constituições sinalizam uma realidade recente, sendo a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 1776, a primeira a contemplar um rol de direitos fundamentais na modernidade. Conforme preconiza José Afonso da Silva: "está longe de se esgotarem as possibilidades, já que cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos".<sup>90</sup>

<sup>87</sup> ALEXANDRINO (2016), op. cit., 97.

<sup>88</sup> KIRIAKOS, Norma. **Direitos Humanos das Mulheres e Saúde**. Disponível em <[www.normakiriakos.com.br/opinião/mulheres.html](http://www.normakiriakos.com.br/opinião/mulheres.html)>. Acesso em 01.02.2017.

<sup>89</sup> BÍBLIA SAGRADA. Português. **Livro de Deuteronômio**. São Paulo: Editora Impres. Tradução João Ferreira de Almeida. 1999. pp. 206 e ss.

<sup>90</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2005, p.149.



Vale acrescentar que a Constituição norte-americana de 1787, aprovada na Convenção de Filadélfia, não trazia de início uma carta de direitos fundamentais. No entanto, a sua ratificação pelos Estados tinha como requisito, pelo menos para alguns deles, a existência de um conjunto de direitos fundamentais no corpo do texto constitucional. Desse modo, em 1791, Thomas Jefferson e James Madison elaboraram a redação que ensejou nas primeiras dez Emendas à Constituição<sup>91</sup>, as quais contemplam vários direitos fundamentais entre eles<sup>92</sup>:

**Amendment 1** (1791): Congress shall make no respecting na establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof, or abridging the freedom of speech, or the press (...).

**Amendment IV** (1791): The right of the people to be secure in their persons, houses, papers (...) supported by Oath or affirmation<sup>93</sup> (grifo nosso).

Os direitos e garantias plasmados na Carta Constitucional dos Estados Unidos, acima referidos, também constam do rol de direitos e garantias da Constituição brasileira de 1988, no art. 5º, VI, IX, X, XI.

Outros documentos importantes também vieram somar, os quais, apesar de sua importância histórica, não consubstanciam declarações de direitos sob a perspectiva conceitual da modernidade, visto que as declarações de direitos somente surgiram a partir do Século XVIII – período no qual ocorreram as Revoluções americana e francesa. São exemplos desses documentos, conforme acentua José Afonso da Silva<sup>94</sup>: a Magna Carta (1215); a *Petition of Rights* (1628); o *Habeas Corpus Amendment Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1688).

A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 distingue os direitos do homem dos direitos do cidadão: quando se fala em cidadão, identifica-se aquele sujeito que faz parte de uma sociedade, e pelas regras dela é guiado, ao passo que, quando se faz referência ao homem busca-se sinalizar que certos direitos são preexistentes

<sup>91</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2005, p. 155.

<sup>92</sup> ESTADOS UNIDOS. *Constitution of the Unites States*. Disponível em <https://www.senate.gov/civics/constitution>. Acesso em 03.02.2017.

<sup>93</sup> **Tradução Livre:** Emenda 1 (1791): “O Congresso não criará leis que não respeitem espaços religiosos, tampouco para proibir o livre exercício dos mesmos; ou para limitar a liberdade de expressão e de imprensa (...). Ementa IV (1791): “As pessoas têm direito à inviolabilidade de domicílio e de documentos sem o devido mandado judicial”.

<sup>94</sup> SILVA (2005). Op. Cit., p. 154.

à figura estatal, visto que, a partir de uma perspectiva *jus-naturalista*, são direitos naturais e inalienáveis, isto é, ínsitos à existência humana. Sobre esta declaração, assevera José Afonso da Silva<sup>95</sup>:

Seu título - "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão" - dá a impressão de que contém dois tipos de direitos: Direitos do Homem e Direitos do Cidadão, que seriam distintos. Os primeiros de caráter pré-social, concernentes ao homem, independentemente de sua integração em uma sociedade política, são, nos seus termos, a liberdade, a propriedade e a segurança (...). Os segundos são direitos que pertencem aos indivíduos enquanto participantes de uma sociedade política, e são o direito de resistência à opressão, o direito de concorrer, pessoalmente ou por representantes, para a formação da lei, como expressão da vontade geral, o direito de acesso aos cargos públicos.

Em termos de promoção universal dos direitos fundamentais é preciso destacar os seguintes documentos internacionais: a Declaração Universal de Direitos do Homem da ONU, de 1948; a Carta Internacional Americana de Garantias Sociais, de 1948 (OEA); a Convenção Europeia de Direitos do Homem, de 1950; o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ONU, ambos de 1966).

No Brasil, todas as constituições contemplaram um rol de direitos fundamentais, destacando-se a Constituição Federal de 1988 como a pródiga em positivação de direitos e garantias fundamentais.

### III. 2. Nomenclaturas dos direitos com características fundamentais

Diversas são as nomenclaturas para se referir a este conjunto de normas especiais fundamentais. A doutrina não é uníssona quanto às expressões, tampouco quanto ao seu conteúdo. Embora, em regra, a designação de um instituto não tenha muita importância para demonstrar seu conteúdo, no que toca aos referidos direitos, os estudiosos do tema têm apontado nuances que justificam as diferentes expressões propostas.

Nessa linha de pensamento, Almir de Oliveira<sup>96</sup>, ao ressaltar que a denominação "Direitos do Homem" é a mais remota, com fundamento na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa, de 1789, acrescenta que tal expressão é criticada por alguns estudiosos, que a consideram redundante, na medida em que todos os direitos são, ainda que indiretamente, dirigidos ao homem. "Direitos Humanos" é outra expressão comumente

<sup>95</sup>Idem. Ibidem., p.157-158.

<sup>96</sup> OLIVEIRA, Almir de. **Curso de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 48.

adotada por vários autores, bem como pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, da ONU. José Joaquim Gomes Canotilho, Ingo Wolfgang Sarlet e Daniel Sarmento manifestam preferência pela expressão “Direitos Fundamentais” em comparação com qualquer outra, pois reconhecem que a fundamentalidade, não apenas adjetiva o substantivo “direito”, mas também sinaliza maior grau de compromisso por parte do Estado que o positivou.

Segundo o entendimento de Ricardo Lobo Torres<sup>97</sup>, as expressões “direitos humanos”, “direitos naturais”, “direitos da liberdade” e “direitos fundamentais” se equiparam, ainda que seja possível vislumbrar algumas peculiaridades que as distinguem; o certo é que se referem a direitos inerentes à essência humana – visão eminentemente antropocêntrica.

Para Alexy, a dogmática dos direitos fundamentais busca fundamentos racionais, implicando com isso a construção ou reconhecimento de juízos de valor “concretos de dever-ser” no âmbito desses direitos. Explica o autor<sup>98</sup>:

A racionalidade da fundamentação exige que o percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de dever-ser seja acessível, na maior medida possível, a controles intersubjetivos. Isso, no entanto, pressupõe clareza tanto acerca da estrutura das normas de direitos fundamentais quanto acerca de todos os conceitos e formas argumentativas relevantes para a fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais. De forma nenhuma é possível dizer que tal clareza já existia em grau suficiente (...).

A doutrina majoritária tem entendido que os direitos fundamentais abarcam os direitos humanos positivados nas constituições dos Estados, ao passo que o termo direitos humanos é amplamente reconhecido na sociedade internacional. Nessa linha, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>99</sup> pontua que os direitos humanos e os direitos fundamentais estão ligados materialmente ao elemento da fundamentalidade, “pois ambos dizem com o reconhecimento e proteção de valores, bens jurídicos e reivindicações essenciais aos seres humanos em geral”.

<sup>97</sup>TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Vol. III. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000, p. 9-11. Ensina o autor que os direitos individuais, expressão consagrada na França e nos Estados Unidos, pode ser traduzida em direitos humanos ou fundamentais (esta comumente usada pelos doutrinadores alemães), bem como em direitos da liberdade.

<sup>98</sup>ALEXY (2008), op. cit., p. 43.

<sup>99</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). **O Direito Público em Tempos de Crise**- Estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre.: Editora Livraria do Advogado., 1999. pp.138/139.

A Constituição Federal de 1988 utiliza cinco nomenclaturas diferentes para se referir a direitos fundamentais, conforme se constata nos artigos abaixo:

Constituição da República Federativa do Brasil

DIREITOS HUMANOS	art. 4º, inciso II art. 109, V, a art. 5º, §3º art. 7º do ADCT
LIBERDADES FUNDAMENTAIS LIBERDADES CONSTITUCIONAIS	art. 5º, incisos XLI e LXXI:
DIREITOS DA PESSOA HUMANA	art. 34, inciso VII, b
DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS	art. 60, § 4º, inciso IV

A despeito das respeitáveis visões doutrinárias aqui mencionadas, entende-se que a melhor expressão é “direitos fundamentais”, pois é mais ampla, podendo abarcar não apenas os direitos da humanidade, mas também os direitos dos animais, da natureza, das pessoas jurídicas e do próprio Estado.

### III.3. Dimensões dos Direitos Fundamentais

O desenvolvimento dos direitos fundamentais segue uma lógica evolutiva de estágios, dando margem ao surgimento da construção doutrinária que classifica os direitos em dimensões (ou gerações para alguns doutrinadores). Uadi Lammêgo Bulos<sup>100</sup> prefere a expressão “gerações”, sob o argumento de que esta sinaliza melhor a evolução dos direitos fundamentais, pontuando que:

seu uso, ao contrário do que se pode imaginar, demonstra a ideia de conexão de uma geração à outra. (...). A palavra dimensão, por sua vez, é imprópria, pois computa ideia de nível, posto, escalonamento, algo incompatível com os direitos humanos, que, por natureza, inadmitem qualquer hierarquia.

<sup>100</sup> BULOS (2015), op., cit., p. 527-528.

Já Ingo Wolfgang Sarlet<sup>101</sup> critica a expressão “gerações”, pois, segundo ele, dá a equivocada ideia de que os direitos humanos fundamentais se substituem ao longo do tempo, o que não ocorre, existindo, na verdade, “dimensões” de direitos: expressão que melhor caracteriza a hipótese de complementariedade. Parece de fato que o termo “dimensão” deixa mais claro que não existe alternância, mas sim complementariedade entre os direitos fundamentais.

Passa-se agora a examinar as referidas dimensões, considerando seus momentos.

A primeira dimensão - correspondente aos direitos civis e políticos - surgiu no Século XVIII, como direitos de defesa do indivíduo em face do Estado, ou seja, começava uma fase em que os indivíduos buscavam limitar a atuação do Estado em suas esferas privadas, implicando prestações negativas do Poder Público. Tais direitos eram denominados de liberdades negativas, direitos negativos ou direitos de defesa em face do Estado. A liberdade e a propriedade eram valores reconhecidamente fundamentais e não podiam ser limitados pela mão do Poder Público<sup>102</sup>.

A segunda dimensão – consagrada nos direitos econômicos, sociais e culturais – ganhou espaço no Século XIX, em particular, com o desenvolvimento industrial, o qual trouxe a reboque graves mazelas, advindas das constantes violações aos direitos humanos fundamentais e das desigualdades sociais.

Vale ainda trazer as palavras de José Afonso da Silva sobre as declarações de direitos que surgiram entre os Séculos XVIII e XIX<sup>103</sup>:

voltam-se basicamente para a garantia formal das liberdades, como princípio da democracia política ou democracia burguesa (...). No entanto, o desenvolvimento industrial e a conseqüente formação de uma classe operária, logo demonstraram insuficiência daquelas garantias formais, caracterizadoras das chamadas liberdades formais, de sentido negativo, como resistência e limitação de poder (...). De nada adiantava as constituições e leis reconhecerem liberdades a todos, se a maioria não dispunha, e ainda não dispõe de condições materiais de exercê-las.

Nesse contexto, muitos movimentos sociais propugnavam que os direitos à liberdade e à igualdade, em seu sentido meramente formal, não eram mais suficientes para garantir a concretização desses e de outros direitos. Era imperioso naquele momento um agir do Estado, indo na direção inversa do que se almejava na fase que ensejou o surgimento da primeira dimensão de direitos. Desta forma, passou-se a exigir conduta

<sup>101</sup>SARLET (2007), op. cit., p.54.

<sup>102</sup> CARLI (2009), op. cit., p. 70-71.

<sup>103</sup> SILVA (2005), op., cit., p. 159.

ativa do Estado; ou seja, o ente público precisava desenvolver políticas para, senão erradicar, pelo menos amenizar as injustiças sociais.

Sobre a segunda dimensão de direitos, assevera Ingo Wolfgang Sarlet:<sup>104</sup> “não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim liberdade por intermédio do Estado”. Para Sarlet, os chamados direitos de segunda dimensão (econômicos, sociais e culturais) não se circunscrevem apenas às prestações positivas, mas alcançam igualmente as “liberdades sociais”, como o direito de greve e a liberdade sindical.

As ações positivas do Estado são de variada natureza, a exemplo da realização de políticas públicas e de proteção do indivíduo em face do Estado e de seus semelhantes. Nesse sentido, aduz Alexy<sup>105</sup>:

Por 'direitos à proteção' devem ser aqui entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros. Direito à proteção pode ter os mais diferentes objetos. Desde a proteção contra homicídios na forma mais tradicional, até a proteção contra os perigos do uso pacífico da energia nuclear. Não são apenas a vida e a saúde os bens passíveis de serem protegidos, mas tudo aquilo que seja digno de proteção a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais: por exemplo, a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade. (...).

As prestações positivas do Estado relacionadas ao direito à proteção podem ser de caráter material ou legislativo. Desse modo, tem-se um direito à proteção concretizado no direito à aposentadoria, ou, ainda, quando o Estado prevê garantias à liberdade dos indivíduos, a exemplo do *habeas corpus*.

A terceira dimensão traz os denominados direitos difusos, ou de solidariedade, os quais são deslocados da esfera individual, pois são direitos transindividuais. No rol de exemplos de direitos difusos estão os direitos ao meio ambiente equilibrado, ao ar, à água potável, à vida digna, à defesa do consumidor.

São direitos de titularidade difusa. Nesse sentido asseveram Marcelo Alexandrino e Paulo Vicente<sup>106</sup> que “o Estado e a própria coletividade têm especial incumbência de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esses direitos de titularidade coletiva e de caráter transindividual”.

<sup>104</sup>SARLET (2007 ). p. 58.

<sup>105</sup>ALEXY (2008), op. cit., p. 450-451.

<sup>106</sup>ALEXANDRINO (2016), op. cit., p. 98-100.

Vale ressaltar, por oportuno, os conceitos normativos de direitos difusos, expressos no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, a Lei nº 8.078/90, *in verbis*:<sup>107</sup>

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - **interesses ou direitos difusos**, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - **interesses ou direitos coletivos**, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - **interesses ou direitos individuais homogêneos**, assim entendidos os decorrentes de origem comum (grifo nosso).

O referido Código do Consumidor prevê também a ação coletiva para defesa dos direitos difusos do consumidor (arts. 81 e 104, CDC).

A quarta dimensão de direitos fundamentais encontra várias vertentes de pensamento. Desse modo, para Paulo Bonavides<sup>108</sup> estão inseridos nesta dimensão os direitos à democracia, à informação e o pluralismo jurídico. Para Uadi Lammego Bulos<sup>109</sup>, esta dimensão é formada pelos direitos à saúde, à informática, à biociência, à eutanásia, aos alimentos transgênicos, à sucessão dos filhos gerados por inseminação artificial, clonagens.

Na quinta dimensão estaria o direito à paz, segundo Bonavides, Bulos e Alexy. A paz como norma de direito fundamental integra um dos princípios norteadores da República brasileira nas suas relações com a sociedade internacional e, bem assim, consubstancia um direito fundamental do Estado (art. 4º, VI, CF/88). Em âmbito internacional tem-se a Declaração de Direitos dos Povos à Paz, de 1984, da ONU.

Com relação a esta dimensão, Alexy, ao se referir ao direito à paz, acrescenta<sup>110</sup>: “a força normativa do direito à paz está sedimentada em preceitos legais fundamentais, e, até, em diplomas internacionais, a exemplo da Declaração das Nações Unidas na Organização para a proscricção das Armas Nucleares na América Latina (OPANAL)”.

<sup>107</sup> BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 08.02.2017.

<sup>108</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 570-572.

<sup>109</sup> BULOS (2015), op., cit., p. 516-517.

<sup>110</sup> ALEXY (2008), op., cit., p. 433.

Há também autores que defendem a sexta dimensão dos direitos fundamentais. Para Uadi Lammêgo Bulos<sup>111</sup> seriam os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo político. Já para Zulmar Fachin e Deise Marcelino da Silva<sup>112</sup>, nesta dimensão estaria o direito à água potável, podendo acrescentar também o direito ao saneamento básico, visto que este direito é condição de possibilidade à preservação da água.

### III. 4. Direitos e garantias na Constituição Federal de 1988

#### III. 4.1. A dignidade da vida e o princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana, esculpido na Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, III, como um dos princípios que fundamentam a República Federativa do Brasil, parte de uma visão antropocêntrica, isto é, o constituinte preocupou-se com a dignidade apenas dos seres humanos. Entretanto, sem descuidar de examinar o conteúdo e o alcance deste princípio no universo humano, buscar-se-á analisar também sua aplicação no âmbito dos demais seres vivos (natureza e animais).

De início, cabe trazer algumas linhas de pensamento sobre o princípio da dignidade da vida, ou seja, a dignidade a partir de um conceito mais amplo do que aquele reconhecido na esfera das pessoas humanas.

Na Antiguidade já era perceptível a preocupação com a natureza e com os animais. Nos primórdios da filosofia grega, por exemplo, Pitágoras (Sec. VI, a.C.), cuja preocupação não girava apenas em torno da matemática, defendia a existência de certa afinidade entre os seres humanos e os não-humanos, todavia, tal afinidade não decorreria do intelecto, mas sim da capacidade de sentir emoção e dor<sup>113</sup>.

A natureza, apesar de há muito tempo ser subjugada aos interesses da humanidade e tratada como objeto pela própria humanidade e pelo Direito, já foi percebida como *ser vivo* pelas culturas-não ocidentais e comunidades tradicionais, a partir de uma perspectiva animista. Esses povos enxergavam a Natureza como uma união de sujeitos.<sup>114</sup>

<sup>111</sup> BULOS (2015), op., cit., p. 528-530.

<sup>112</sup> FACHIN, Zulmar e SILVA, Deise Marcelino da. **Acesso à Água Potável: direito fundamental de sexta dimensão**. Campinas, São Paulo: Editora Millennium, 2011, p. 74-80.

<sup>113</sup> PYTHAGORAS. 4. The Philosophy of Pythagoras. **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Disponível em <https://plato.stanford.edu/entries/pythagoras/>. Acesso em 08.02.2017.

<sup>114</sup> CARLI, Ana Alice De. A água e seus instrumentos de efetividade: educação ambiental, normatização, tecnologia e tributação. São Paulo: Ed. Millennium, 2013, p. 20-21.



A rigor, ainda há grupos<sup>115</sup> que defendem *Gaia* (designação da terra pelos antigos gregos) como *ser vivo*, dotado de alma. A Ciência Holística, por exemplo, preocupa-se com o desenvolvimento de metodologias que aproximam o homem da Natureza. Para o psicólogo norte-americano James Hillman, a alma não seria um atributo apenas da subjetividade humana, sendo possível que a natureza também a tenha<sup>116</sup>.

Nesse contexto busca-se analisar o princípio da dignidade<sup>117</sup> da vida – conceito mais abrangente do que o da dignidade humana –, para depois apresentar as noções doutrinárias acerca da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da vida já foi tratada pelo filósofo alemão Hans Jonas<sup>118</sup>, quando em seu livro “O princípio da vida” traz à baila a necessidade de se buscar reconstruir a ideia de ética moderna a partir da relação entre a humanidade e a natureza, onde há vida de várias formas.

Os autores Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer<sup>119</sup> preceituam que:

a atribuição de “dignidade” a outras formas de vida ou à vida em termos gerais transporta a ideia de respeito e responsabilidade que deve pautar o comportamento do ser humano para com tais manifestações existenciais. Nesse contexto, para além de uma compreensão “especista” da dignidade, que parece cada vez mais frágil diante do quadro existencial contemporâneo e dos novos valores culturais de natureza ecológica, deve-se avançar nas construções morais e jurídicas no sentido de ampliar o espectro de incidência do valor dignidade para outras formas de vida e da vida em si.

A superação do conceito antropocêntrico de dignidade é importante para que se caminhe no sentido do respeito à vida em geral e não apenas a humana. Na verdade, o reconhecimento de que a dignidade – como atributo de qualquer ser vivo - e os direitos

<sup>115</sup> Vide HARDING, Stephan. **Terra Viva: ciência, intuição e a evolução de gaia**. Tradução de Mario Molina. São Paulo: Editora Cultrix, 2008, p. 28. O autor também defende a tese do *anima mundi* e apresenta vários outros pensadores que seguem a mesma linha de preleção.

<sup>116</sup>HUMAN ECOLOGY. **The Essential James Hillman**. Disponível em <http://www.humanecology.com.au>. Acesso em 08.02.2017.

<sup>117</sup> É possível encontrar algumas acepções para o vocábulo “dignidade”, no Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa. Nesse sentido tem-se: “1. qualidade moral que infunde respeito; consciência do próprio valor; honra, autoridade, nobreza; 2. qualidade do que é grande, nobre, elevado; 3. modo de alguém proceder ou de se apresentar que inspira respeito; solenidade, gravidade, brio, distinção; 4. respeito aos próprios sentimentos, valores; amor-próprio; 5. prerrogativa, honraria, título, função ou cargo de alta graduação”.

<sup>118</sup> JONAS, Hans. **O princípio da vida**. Tradução de Carlos Almeida Pereira. Petrópolis: Ed. Vozes, 2004. p. 15-16.

<sup>119</sup>SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas Notas sobre a Dimensão Ecológica da Dignidade da Pessoa Humana e sobre a Dignidade da Vida em Geral.. **DPU N° 19** – Jan-Fev/2008 – assunto especial – doutrina. Disponível em [dspace.idp.edu.br](http://dspace.idp.edu.br). Acesso em 08.02.2017, p. 18.

podem ter destinatários diversos dos seres humanos é fundamental para que se construa uma ética fundada no respeito e no cuidado com a vida em geral.

Nesse diapasão refletem Sarlet e Fensterseifer<sup>120</sup>:

A ampliação da noção de dignidade da pessoa humana (a partir do reconhecimento da sua necessária dimensão ecológica) e o reconhecimento de uma dignidade da vida não-humana apontam para uma releitura do clássico contrato social em direção a uma espécie de contrato socioambiental (ou ecológico), com o objetivo de contemplar um espaço para tais entes naturais no âmbito da comunidade estatal.

Feitas tais considerações acerca da dignidade da vida em geral, parte-se para a análise do princípio da dignidade humana, alçado, pelo Constituinte de 1988, a princípio norteador de todo o sistema normativo. A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948<sup>121</sup>, traz em seu art. 1º: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

Na linha de pensamento de Maria Celina Bodin<sup>122</sup>, é possível visualizar pelo menos quatro princípios que estão interligados à dignidade da pessoa humana, são eles: a igualdade, em seu duplo aspecto formal e material; a liberdade, ajustado à ideia de liberdade com justiça social; a solidariedade, que resume o novo paradigma do direito contemporâneo, a existência humana digna; e o princípio do respeito à integridade psicofísica da pessoa.

No plano jurisprudencial, Gilmar Ferreira Mendes, ministro do Supremo Tribunal Federal, já se pronunciou acerca da importância do princípio da dignidade humana, conforme se extrai do seu voto no *Habeas Corpus* n° 82.969<sup>123</sup>:

este princípio proíbe a utilização ou transformação do ser humano em objeto de degradação dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas e humilhações.

Nessa mesma direção, Sarlet anuncia<sup>124</sup>:

onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a

<sup>120</sup> Idem. Ibidem, p. 25.

<sup>121</sup> ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948**. Disponível em [www.onu.org.br](http://www.onu.org.br). Acesso em 10.02.2017.

<sup>122</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 85;102-103.

<sup>123</sup> BRASIL. Poder Judiciário. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 82.969-4/PR**, publicado em 30.09.2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Pesquisa realizada em 14.07.2007.

<sup>124</sup> SARLET, Wolfgang Ingo (Org.). **Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p.35.

liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.

Na atual quadra da vida, o reconhecimento da dignidade da vida em seu sentido mais amplo, isto é, dos seres humanos, dos seres não-humanos (animais e natureza) é essencial para o desenvolvimento de uma sociedade mais madura, responsável e consciente de seus limites perante os espaços dos demais seres vivos.

Encontrar uma noção precisa para dignidade da pessoa humana é muito difícil, até porque as realidades das sociedades, via de regra, são diferentes, considerando seus aspectos, culturais, sociais, geográficos, políticos e econômicos.

Sarlet<sup>125</sup> apresenta sua concepção de dignidade humana a partir de dois planos: como expressão da conduta voluntária da pessoa, que se atrela à concepção de autodeterminação; e como princípio de proteção (de assistência por parte da sociedade e do Estado), quando inexistente a aptidão de manifestação voluntária. E apresenta a seguinte definição para dignidade humana:

qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Por fim, cabe, por oportuno, trazer o pensamento de Immanuel Kant<sup>126</sup>, que sintetiza a ideia de dignidade humana: “na ordem dos fins, o homem seja um fim em si mesmo; isto é, não possa nunca ser utilizado por alguém (nem mesmo por Deus) apenas como meio, sem ao mesmo tempo ser um fim”.

A dignidade, na verdade, independentemente da dificuldade de se encontrar um conceito, consubstancia um limitador do agir de cada um, a fim de evitar violação de direitos fundamentais.

<sup>125</sup> SARLET (2005), op. cit., p. 13 et seq.

<sup>126</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Tradução Rodolfo Schaefer. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006. p. 141-142.

### III.4.2. Diferenças semânticas entre direitos e garantias fundamentais

A distinção entre direito e garantia nem sempre é possível, até porque muitas vezes tais institutos se confundem. A dificuldade de distinguir ou definir direitos e garantias fundamentais é perceptível nas linhas de pensamento dos estudiosos.

No cenário internacional, os constitucionalistas portugueses Jorge Miranda e J. J. Gomes Canotilho trazem as seguintes proposições. Para Jorge Miranda<sup>127</sup>, os direitos fundamentais consubstanciam certos “direitos ou as posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material”. E no tocante às garantias, assevera o doutrinador que enquanto os direitos compreendem certos bens, “as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens”, sendo as mesmas “acessórias” dos direitos.

A seu turno, J. J. Gomes Canotilho<sup>128</sup>, antes de apresentar a concepção de direitos fundamentais, faz uma distinção entre este e a noção de direitos do homem. Sendo os direitos fundamentais “os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”, enquanto os direitos do homem “arrancaríamos da própria natureza humana e daí seu caráter inviolável, intemporal e universal”. Para este autor as clássicas garantias são também direitos, e quanto às garantias processuais e procedimentais, afirma<sup>129</sup>:

Do princípio do Estado de Direito deduz-se, sem dúvida, a exigência de um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito. Como a realização do direito é determinada pela conformação jurídica do procedimento e do processo, a Constituição contém alguns princípios e normas designados de garantias gerais de procedimento e de processo.

As garantias constitucionais contemplam dois papéis: ora como orientadora de uma conduta, como o princípio da legalidade – esculpido no art. 5º, II, CF/88, que dispõe, *in verbis*, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”; ora são instrumentos que dão efetividade a um direito, a exemplo das seguintes ações constitucionais, também denominadas de remédios constitucionais: Mandado de Segurança Individual e Coletivo (art. 5º, LXIX, LXX, CF/88); *Habeas Corpus* (art. 5º,

<sup>127</sup>MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 3ª Ed. Coimbra, Portugal: Ed. Coimbra, 2000, p. 7; 95.

<sup>128</sup>CANOTILHO, J.J., Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra, Portugal: Ed. Almedina, 2003, p. 393.

<sup>129</sup>Idem. *Ibidem*, p. 274.

LXVIII, CF/88); direito de resposta<sup>130</sup> (art. 5º, V, CF/88); *Habeas Data* (art. 5º, LXXII, CF/88) e Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI, CF/88).<sup>131</sup>

No Brasil, a distinção entre direitos e garantias remonta ao jurista brasileiro Ruy Barbosa. Nesse sentido, leciona o constitucionalista brasileiro José Afonso da Silva<sup>132</sup>: "(...) os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto as garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens".

Uadi Lammêgo Bulos<sup>133</sup> propõe que “direitos fundamentais são bens e vantagens disciplinados na Constituição Federal”, enquanto as “garantias fundamentais são ferramentas jurídicas por meio das quais tais direitos se exercem, limitando os poderes do Estado”. O autor em tela ressalta que em certas situações direitos e garantias vêm juntos na mesma norma constitucional, como se verifica nas seguintes normas:

- CF, art. 5º, VI - direito de crença + garantia da liberdade de culto;
- CF, art. 5º, IX - direito de expressão + garantia da proibição à censura;
- e• CF, art. 5º, LV - direito à ampla defesa + garantia do contraditório.

Vale acrescentar três aspectos relevantes acerca dos direitos e garantias fundamentais. O primeiro diz respeito ao alcance de outros direitos e outras garantias não expressamente previstas no texto constitucional. De tal sorte que o rol dos direitos e garantias esculpido na Carta Constitucional de 1988 é *numerus apertus*, ou seja, exemplificativo. Nesse sentido dispõe o art. 5º, par. 2º, CF/88, *in verbis*:

§ 2º 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<sup>134</sup>.

<sup>130</sup> Veja a Lei nº 13.188/2015, que regulamenta o exercício do direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social.

<sup>131</sup> Embora a Constituição Federal de 1988 não estabeleça expressamente o Mandado de Injunção Coletivo, o STF já se manifestou pela sua possibilidade<sup>131</sup>. Concomitantemente, a lei disciplinadora deste instrumento processual (Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016) prevê a figura do MI coletivo, conforme se extrai do seu art. 12, que traz também os legitimados para propor a ação. “Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido: I - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis; II - por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária; III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial; IV - pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal”.

<sup>132</sup> SILVA (2005), op. cit., p. 417.

<sup>133</sup> BULOS (2015), op. cit., p. 531.

<sup>134</sup> Vide **Súmula Vinculante nº 25, STF**: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”, súmula decorrente da interpretação dada pelo STF ao art. 5º, LXVII, CF/88, em

O segundo aspecto que merece realce refere-se à aplicabilidade e a eficácia das normas que trazem direitos fundamentais. Embora o art. 5º, par. 1º, CF/88, estabeleça que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, a doutrina e a jurisprudência apresentam fundamentos no sentido de que algumas normas constitucionais dependem de outra norma (infraconstitucional) para produzirem eficácia plena.

A *teoria tricotômica das normas constitucionais quanto à sua eficácia e aplicabilidade*, de José Afonso da Silva<sup>135</sup>, revela que, a despeito de toda norma constitucional possuir certa eficácia, algumas delas dependem do legislador ordinário para produzirem seus efeitos jurídicos de forma plena. Desta forma, o constitucionalista pátrio apresenta três categorias de normas constitucionais:

- normas constitucionais de eficácia plena;
- normas constitucionais de eficácia contida;
- normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

No primeiro grupo de normas (normas constitucionais de eficácia plena), a sua eficácia aparece de forma plena desde o seu nascedouro, ou seja, os efeitos previstos pelo legislador estão latentes, independente de norma infraconstitucional. São normas, leciona José Afonso da Silva<sup>136</sup>, “de eficácia plena, aplicabilidade direta, imediata e integral” (ex., direito à vida).

A segunda categoria de normas (normas constitucionais de eficácia contida), trata de normas de incidência imediata, de aplicabilidade direta (assim como as normas do primeiro grupo), entretanto, a sua eficácia não está completa, pois podem ter os seus efeitos e aplicabilidade delimitados por uma norma editada pelo legislador infraconstitucional (ex., art. 5º, XIII, CF/88 - XIII –liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão).

Por fim, o terceiro grupo de normas constitucionais (normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida) compreende aquelas que dependem, para produzir seus efeitos essenciais, de uma norma infraconstitucional. Segundo palavras de José Afonso da Silva<sup>137</sup>, tais normas são de “aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque

---

cotejo com o Pacto de São José da Costa Rica. Nesse sentido ler a decisão do **HC 87.585**, rel. min. Marco Aurélio, j. 3-12-2008, P, DJE de 26-6-2009. “A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel”.

<sup>135</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003, p. 81-82.

<sup>136</sup> Idem. Ibidem, p. 82-83.

<sup>137</sup> Idem. Ibidem, p. 83.

somente incidem totalmente sobre seus interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia” (ex., art. 37, VI, CF/88 – direito de greve do servidor; art. 40, par. 4º, CF/88 – aposentadoria especial para servidores que exercem atividades de risco ou sob condições especiais que prejudiquem a sua saúde ou a sua integridade física. Com efeito, quanto as normas de eficácia limitada, há a possibilidade de propositura de Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) ou de Mandado de Injunção (MI), quando não forem editadas as normas infraconstitucionais para lhe darem eficácia plena.

No tocante ao terceiro aspecto, cabe frisar que os direitos e garantias fundamentais não estão adstritos aos arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14 e 15, do Título II, da Constituição Federal de 1988, sendo possível encontrar outros direitos e garantias ao longo do texto constitucional, a exemplo daqueles previstos no capítulo da Ordem Econômica, no art. 170, outras garantias do contribuinte, no art. 150, que trata dos limites do Poder Tributante do Estado e alguns direitos e garantias, no art. 193, que cuida da Ordem Social, todos da CF/88.

Há hipóteses previstas na Constituição Federal de 1988, que dada a sua gravidade é permitido imposição de restrição ou até suspensão de direitos sem a intervenção prévia do Poder Judiciário. São os casos de estado de defesa e estado de sítio.

O estado de defesa é um mecanismo utilizado de forma excepcionalíssima pelo Presidente da República “para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza” (art. 136, CF/88). Uma vez decretado estado de defesa algumas limitações aos direitos e garantias fundamentais serão aplicadas, e bem assim poderá haver necessidade de uso temporário de bens ou serviços, conforme estabelece o art. 136, par. 1º, CF/88:

§ 1º O decreto que instituir o estado de defesa **determinará o tempo de sua duração**, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:

I - **restrições aos direitos de:**

- a) **reunião**, ainda que exercida no seio das associações;
- b) **sigilo de correspondência**;
- c) **sigilo de comunicação telegráfica e telefônica**;

II - **ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos**, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes (grifo nosso).

Após a edição do decreto de estado de defesa, o Presidente da República o submeterá ao Congresso Nacional que decidirá pela aprovação por maioria absoluta em

um prazo de 10 dias. Caso o Parlamento o rejeite o estado de defesa deve cessar de imediato (art. 136, par. 4º e 6º, CF/88).

A decretação do estado de sítio, por sua vez, depende de solicitação ao Congresso Nacional, isto é, o Presidente da República precisa de prévia autorização do Parlamento para praticar o ato de decretação de estado de sítio. Só é cabível a utilização deste mecanismo nas seguintes situações:

Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:

- I - **comocão grave de repercussão nacional** ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;
- II - **declaração de estado de guerra** ou **resposta a agressão armada estrangeira**.

A Constituição Federal de 1988 prevê algumas limitações na hipótese de estado de sítio, são elas:

Art. 139. Na vigência do **estado de sítio** decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

- I - **obrigação de permanência em localidade determinada;**
- II - **detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;**
- III - **restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;**
- IV - **suspensão da liberdade de reunião;**
- V - **busca e apreensão em domicílio;**
- VI - **intervenção nas empresas de serviços públicos;**
- VII - **requisição de bens**(grifo nosso).

Ressalte-se que a restrição prevista no inciso III, do art. 139, acima transcrito, não se aplica aos pronunciamentos de parlamentares em suas Casas Legislativas, desde que tenha anuência da respectiva Mesa (art. 139, par. único, CF/88).

A Constituição Federal de 1988 não estabeleceu limites à atuação das autoridades públicas no caso de estado de sítio, e se ocorrer a hipótese prevista no art. 137, II, CF/88, pode o Brasil aplicar a pena de morte? O art. 5º, XLVII, a, CF/88, proíbe alguns tipos de pena, inclusive a pena de morte, no entanto, admite excepcionalmente em caso de guerra a referida penalidade<sup>138</sup>. Marcelo Alexandrino e Paulo Vicente<sup>139</sup> pontuam que “nada impede que tais medidas sejam submetidas, posteriormente, ao controle do Poder

<sup>138</sup> CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...).XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional”.

<sup>139</sup> ALEXANDRINO; VICENTE (2016), op. cit. p. 109-110.



Judiciário, com o fim de reparar eventuais abusos ou excessos cometidos na sua execução."

### **III. 5. Direitos da nacionalidade: perspectiva constitucional e sociológica. Aspectos normativos**

O estudo da nacionalidade<sup>140</sup> tem várias implicações na área jurídica, desempenhando funções relevantes, além de consubstanciar um direito fundamental do indivíduo, como será demonstrado adiante.

A nacionalidade ainda pode ser examinada a partir de uma perspectiva sociológica, área na qual o instituto é importante especialmente por unir pessoas a partir de identificação com valores comuns, tais como a cultura, a língua, as tradições, as crenças e o território.

Para José Afonso da Silva<sup>141</sup>, a nacionalidade, a partir de um viés sociológico, "indica a pertinência da pessoa a uma nação". Complementa o autor:

No Direito Constitucional brasileiro vigente, os termos nacionalidade e cidadania, ou nacional e cidadão, têm sentido distinto. Nacional é o brasileiro nato ou naturalizado, ou seja, aquele que se vincula por nascimento ou naturalização, ao território brasileiro. Cidadão qualifica o nacional no gozo dos direitos políticos e os participantes da vida do Estado (arts. 1º, II e 14, CF/88).

Para o Direito, a nacionalidade é relevante, pois vincula juridicamente um indivíduo a um determinado Estado, mas não é só isso, pois a nacionalidade é pressuposto da cidadania e, no Direito Internacional serve como parâmetro para se verificar qual é a lei aplicável em determinada situação, ou seja, a nacionalidade atua como elemento de conexão entre dada situação e a lei a ela aplicável.

Para esclarecer melhor, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942, alterado pela Lei nº 12.376/2010) traz algumas normas jurídicas de direito privado internacional, as quais estabelecem situações em que a nacionalidade das partes atua como critério para se definir qual é a lei aplicável, ou seja, a nacionalidade é o elemento de conexão nesses casos. Por exemplo, o art. 10, da LINDB, que disciplina a sucessão *causa mortis* utiliza, em regra, o critério do domicílio do autor da herança para determinar a lei aplicável no inventário. Ou seja, em regra, o elemento de conexão neste caso é o domicílio: "art. 10. A sucessão por morte ou por ausência

<sup>140</sup> Cabe privativamente à União legislar sobre nacionalidade, art. 22, XIII, CF/88.

<sup>141</sup> SILVA (2005), op.cit., p. 318-319.

obedece à lei do país em que domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens”. Ocorre que o mesmo dispositivo legal dispõe de uma exceção no seu par. 1º, que dispõe, *ipsis litteris*:

§1º. A sucessão de bens de estrangeiros, situados no país (Brasil), será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cuius* (grifo nosso).

A redação do par.1º, do art. 10, acima transcrito, deixa certa dúvida quando se refere “a lei pessoal *dode cuius*”, pois não fica claro se o legislador está se referindo ao domicílio ou a nacionalidade do falecido. Na mesma direção, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXI, reza: “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 cuius’”.

Valerio de Oliveira Mazzuoli<sup>142</sup>, ao comentar as redações do art. 5º, XXXI, CF/88, e do art. 10, da LINDB, que tratam da sucessão *causa mortis*, traz a visão de vários doutrinadores, e o que se constata, de fato, é que a doutrina também parece ter dúvidas quanto ao alcance interpretativo da expressão “lei pessoal do *de cuius*”. Para o autor em tela, a melhor exegese é a de que a expressão se refira à nacionalidade e explica:

(...) a grande maioria dos estrangeiros que têm bens no Brasil são também aqui domiciliados, pelo que não faria sentido a Constituição ter aberto exceção à “lei pessoal do *de cuius*” se se entendesse que tal lei *pessoal* seria, sem exceção, a lei do *domicílio*. Não haveria, portanto, salvo na escassa minoria dos casos, qualquer lei *mais benéfica* a ser eventualmente aplicada ao caso concreto, o que foge à lógica e ao espírito do contemporâneo DIPr. Coerente, portanto, com a vontade constitucional é entender que tanto o artigo 5º, XXXI, da Constituição, como o artigo 10, parágrafo 1º, da LINDB, abriam exceção à regra domiciliar nos casos de estrangeiros domiciliados no Brasil e no exterior.

Maria Helena Diniz<sup>143</sup>, também ao comentar o art. 10, da LINDB, parece caminhar na mesma linha de pensamento de Valerio de Oliveira Mazzuoli, entendendo que a expressão “lei pessoal do *de cuius*” sinaliza a lei da *nacionalidade* do mesmo.

<sup>142</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Lei pessoal do *de cuius* pode ser também a lei da nacionalidade**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016>. Acesso em 13.02.2017.

<sup>143</sup> DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. 13ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p. 328-329.

Quanto ao conceito de nacionalidade, as variações doutrinárias são mínimas. Francisco Rezek<sup>144</sup> propõe a seguinte concepção de nacionalidade: “vínculo político entre o Estado soberano e o indivíduo, que faz deste um membro da comunidade constitutiva da dimensão pessoal do Estado”. Alexandre de Moraes<sup>145</sup> conceitua nacionalidade como “o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-o ao cumprimento de deveres impostos”. Pontes de Miranda<sup>146</sup> propõe que a nacionalidade compreende um “vínculo jurídico-político de direito público interno, que faz da pessoa um dos elementos componentes da dimensão pessoal do Estado”. Jacob Dolinger<sup>147</sup>, sem se distanciar dos conceitos apresentados, delinea a nacionalidade como um “vínculo jurídico que une, liga, vincula, o indivíduo ao Estado”.

Em síntese: a nacionalidade compreende a existência de uma relação jurídica que cria um vínculo entre um indivíduo e uma comunidade estatal, sagrando-se a dimensão subjetiva do Ente Político. Tal vínculo permite o exercício de direitos civis, políticos, sociais e econômicos contemplados naquela Sociedade Jurídica.

A nacionalidade, sob a perspectiva dos direitos fundamentais, é reconhecidamente um direito fundamental, conforme se extrai da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, de 1948<sup>148</sup>, em seu art. 15, *in verbis*:

Todo homem tem direito a uma nacionalidade.  
Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar denacionalidade.

Segundo a Convenção de Haia de 1930, os Estados são soberanos para criarem suas próprias regras para estabelecer a aquisição da nacionalidade, ou seja, quem são seus nacionais. Entretanto, tais Entes Políticos não podem, injustificadamente, negar a nacionalidade a um indivíduo, visto se tratar de um direito fundamental. Com efeito, para Hans Kelsen um Estado soberano seria livre para criar ou não um estatuto para disciplinar a nacionalidade.<sup>149</sup>

<sup>144</sup> REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 11ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p. 180.

<sup>145</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 217.

<sup>146</sup> MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição**. São Paulo: Ed. RT, 1974, v. 4, p. 367.

<sup>147</sup> DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**: parte geral. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001, p. 153.

<sup>148</sup> ONU. **Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, de 1948**. Disponível em [www.onu.org.br](http://www.onu.org.br). Acesso em 13.02.2017.

<sup>149</sup> KELSEN, 1932 apud REZEK, 2008, op. cit, p. 181.

Há duas maneiras de aquisição da nacionalidade: **nacionalidade originária** - também denominada de natural, primária ou involuntária, decorrente do nascimento ea **nacionalidade secundária**, também conhecida como adquirida, derivada ou voluntária pode ser adquirida a partir de critérios que variam de Estado para Estado.

As regras para aquisição e a perda da nacionalidade variam, considerando que cada Estado é soberano para elaborar seu regramento de acordo com a sua realidade geopolítica.

A nacionalidade originária (primária) é adquirida, em regra, a partir de dois critérios: *ius soli* (critério espacial, territorial) e *ius sanguinis* (vínculo sanguíneo). Em alguns casos aplica-se também o *critério funcional*, a exemplo do disposto na segunda parte do art. 12, das alíneas *a* e *b*, do inciso I, CF88.

Quanto à caracterização da nacionalidade primária, ensina José Afonso da Silva:<sup>150</sup>

o fato nascimento é que, em verdade, determina a / primária, relacionado, porém, a um daqueles critérios. Em geral, os Estados de emigração, como a maioria dos europeus, preferem a regra do *ius sanguinis*. Os Estados de imigração, como a maioria dos americanos, acolhem a do *ius solis*, pelo qual os descendentes da massa dos imigrantes passam a integrar a sua nacionalidade, o que não ocorreria se perfilhassem o critério do sangue<sup>151</sup>.

No Brasil, o direito à nacionalidade é constitucionalizado no Brasil, no art. 12, CF/88. No plano infraconstitucional era tratado nas Leis n° 818/1949 e n° 6.815/1980 (esta denominada de Estatuto do Estrangeiro). Ocorre que tais diplomas normativos foram revogados pela Lei n° 13.445, de 24 de maio de 2017 - denominada de Lei da Migração -, cuja *vacatio legis* será de 180 dias, contados a partir de sua publicação no Diário Oficial. Ou seja, a contagem inicia-se do dia 25.05.2017. Desse modo, até o dia 25.11.2017 aplicam-se os estatutos normativos revogados.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu art. 12 as hipóteses de aquisição da nacionalidade originária e derivada. A redação do dispositivo em tela refere-se a brasileiros natos e brasileiros naturalizados. Francisco Rezek<sup>152</sup> esclarece que brasileiro nato é todo “aquele que ao nascer – geralmente no Brasil, mas eventualmente no exterior

<sup>150</sup> SILVA (2005), op., cit, p. 320-322.

<sup>151</sup> Vide art. 1º, § 1º, Lei n° 13.445/2017, que traz os conceitos normativos de emigrante, imigrante e apátrida. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 29.05.2017.

<sup>152</sup> REZEK (2008), op., cit, p. 186.

– viu-se atribuir a nacionalidade brasileira ou, quando menos, a perspectiva de consolidá-la mediante opção com efeitos retroativos”.

Já o brasileiro naturalizado é aquele que pela via do processo de naturalização<sup>153</sup> adquire a nacionalidade brasileira, sendo titular de todos os direitos atribuídos aos brasileiros natos, com algumas exceções previstas na Constituição Federal de 1988, com relação ao exercício de alguns cargos públicos, no caso de extradição e de titularidade de propriedade.

O art. 12, par. 3º e o art. 89, VII, CF/88, estabelecem as hipóteses de cargos e funções públicas que podem ser exercidos somente por brasileiro nato. São eles: 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; de Ministro de Estado da Defesa e de membro do Conselho da República - órgão superior de consulta do Presidente da República.

No que diz respeito à extradição, a Carta Constitucional de 1988 estabelece em seu art. 5º, LI, que não é possível a extradição de brasileiro nato, admitindo tal possibilidade, entretanto, para o brasileiro naturalizado nas seguintes situações:

Art. 5º (...)

LI - **nenhum** brasileiro será extraditado, salvo 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 (grifo nosso).

Ou seja: o naturalizado poderá ser extraditado se ficar comprovado que havia cometido crime comum antes da extradição (esta regra visa a evitar o uso da naturalização brasileira com a intenção de se resguardar de possível extradição). A outra situação que permite a extradição é o envolvimento do naturalizado com tráfico ilícito de entorpecentes – neste caso independe se foi antes ou depois do processo de naturalização.

Outra situação em que a Constituição Federal de 1988 estabelece tratamento diferenciado entre brasileiro nato e brasileiro naturalizado é aquela prevista no art. 222. Trata-se do direito de propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, o qual tem como titular brasileiro nato ou naturalizado há mais de dezanos.

<sup>153</sup> Cf. pontua DOLINGER, Jacob, op. cit, p. 175, a naturalização consubstancia “um ato unilateral e discricionário do Estado no exercício de sua soberania, podendo conceder ou negar a nacionalidade a quem, estrangeiro, a requeira”.

São hipóteses que caracterizam o status de brasileiro nato, nos termos do art. 12, CF/88:

Art. 12. São brasileiros:

**I - natos:**

- a) os **nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que** estes não estejam a serviço de seu país;
- b) os **nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que** qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;
- c) os **nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que** sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira.

A primeira situação, art. 12, I, alínea *a*, consagra o critério *ius solis*, ou seja, pelo simples fato de ter nascido no Brasil é brasileiro. Deve-se ter cuidado, entretanto, com a segunda parte da alínea *a*, que dispõe “**desde que** estes não estejam a serviço de seu país”. Esta regra constitucional excepciona o critério do *ius solis* quando um ou ambos (estrangeiros) estão a serviço do seu país, caso em que o Brasil reconhece o *ius sanguinis*, e a criança não adquire a nacionalidade brasileira originária.

Ainda, Francisco Rezek<sup>154</sup> acentua outro aspecto relevante quanto à regra esculpida na parte final do art. 12, I, alínea *a*, CF/88: “os pais, estrangeiros, devem estar a serviço do país cuja nacionalidade possuem para que não ocorra a atribuição da nacionalidade brasileira”. O autor exemplifica com a seguinte situação: estrangeiro de nacionalidade egípcia a serviço do Catar. Neste caso, ele estaria a serviço de um país do qual ele não é nacional, logo, o seu filho nascido no Brasil seria brasileiro.

A regra insere no inciso I, alínea *b*, do art. 12, “os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, **desde que** qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil”, é semelhante àquela da parte final da alínea *a*, do mesmo dispositivo. Tem-se aqui a combinação do critério *ius sanguinis* com o elemento funcional. Assevera Jacob Dolinger<sup>155</sup> que o exercício de atividade pública do Brasil no exterior abrange “toda e qualquer missão do governo federal, dos governos estaduais e municipais, bem assim das empresas de economia mista, pois controladas pelo acionista governamental, suas atividades encerram interesse público”.

<sup>154</sup> REZEK (2008), op.cit, p. 187.

<sup>155</sup> DOLINGER (2001), op., cit, p. 163.

Algumas considerações se fazem necessárias acerca da normativa do art. 12, I, alínea *c*, CF/88. A redação do referido dispositivo já sofreu duas alterações desde a promulgação da Carta Constitucional vigente. O seu texto original era:

os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente, ou venham a residir na República Federativa do Brasil antes da maioridade e, alcançada esta, optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira.

Depois, com o advento da Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 7 de junho de 1994, a redação passou a vigorar da seguinte forma:

c) 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.

d)

Por fim<sup>156</sup>, com a Emenda Constitucional nº 54 de 20 de setembro de 2007 tem-se a redação atual da alínea *c*, do inciso I, do art. 12, *in verbis*:

os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira.

A atual redação busca corrigir alguns problemas de apatridia, fenômeno que caracteriza a ausência de nacionalidade. A apatridia é o oposto de polipatria, uma vez que esta tem como pressuposto a existência de mais de uma nacionalidade, isto é, o indivíduo possui mais de uma nacionalidade.

Embora o termo comumente utilizado seja apatridia, alguns estudiosos preferem o termo “anacionalidade”, conforme palavras de Florisbal de Souza Del'Olmo<sup>157</sup>:

designar por *anacional* o cidadão privado de nacionalidade (...) oferece conotação de transitoriedade a essa situação e leva ao entendimento de que a condição de *anacional* será passageira, pela inserção dessa pessoa entre os nacionais de um estado, na esteira de movimentos humanitários, doutrinários e convencionais que buscam a supressão da *anacionalidade*, ou pelo menos a gradativa diminuição do número de pessoas por ela atingidas.

<sup>156</sup> DOLINGER (2001), op., cit. p. 164-166. O autor chama atenção para o fato de que esta terceira situação de aquisição de nacionalidade originária já foi modificada diversas vezes nas outras Constituições.

<sup>157</sup> DEL'OLMO, Florisbal de Souza. A Emenda Constitucional no. 54 e o resgate da cidadania brasileira para filhos de nacionais nascidos no estrangeiro. **Anuario mexicano de derecho internacional**. Mex. Der. Inter vol.9 México ene. 2009. Disponível em [www.scielo.org](http://www.scielo.org). Acesso em 14.02.2017.

A emenda constitucional nº 54/2007 objetivou corrigir problemas dos apátridas (também denominados de *heimatlos e apólitos*). Nesse sentido, a normativa constitucional busca suprir a ausência de uma norma que contemple uma solução para a apatridia de filhos de brasileiros nascidos no exterior onde não se encontravam a serviço do Brasil ou em lugares onde o critério adotado para concessão da nacionalidade era o *ius sanguinis*. Agora, todo filho de brasileiros que nascer no exterior pode adquirir facilmente a nacionalidade brasileira, desde que os pais se dirijam a um órgão brasileiro (Embaixada, Consulado) e realizem o respectivo registro de nascimento, dispensando, portanto, a vinda ao Brasil para proceder ao registro.

Por oportuno, também foi objeto de regulamentação da EC nº 54/2007, conforme se extrai do art. 95, ADCT, os casos de nascidos entre 7 de junho de 1994 e 20 de setembro de 2007. De modo que “os filhos de pai brasileiro ou mãe brasileira poderão ser registrados em repartição diplomática ou consular brasileira competente ou em escritório de registro, se vierem a residir na República Federativa do Brasil”. Trata-se, como acentua Alexandre de Moraes<sup>158</sup>, de uma “hipótese excepcional e temporária diferente da nacionalidade potestativa, por não exigir opção”.

O cenário é o seguinte, a EC nº 54/2007 trouxe de volta a regra prevista originalmente da Constituição Federal de 1988, que havia sido extinta pela Emenda Constitucional Revisora nº 3/1994, que era o denominado “registro consular” de nascimento, com o qual nasce também a nacionalidade brasileira.

Assim, tem-se as seguintes situações no art. 12, I, alínea c, CF/88:

**Regra 1:** adquirem a nacionalidade originária brasileira todos “os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, **desde que** sejam registrados em repartição brasileira competente **ou**

**Regra 2:** venham a residir na República Federativa do Brasil **cooptem**, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira”<sup>159</sup>.

A situação prevista na regra 2 mantém-se válida, isto é, o outro caminho para aquisição da nacionalidade originária é a opção, a qualquer tempo após atingida a maioridade. O STF entende que se trata de um direito personalíssimo, razão pela qual somente o indivíduo no gozo de sua capacidade plena poderá optar. Nesse sentido,

<sup>158</sup>MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 30ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 223-224.

<sup>159</sup>A redação foi dada pela Emenda Constitucional nº 45/2007.



esclarecedora é a ementa da decisão, em sede de recurso extraordinário<sup>160</sup> (lembrando que a regra da opção manteve-se mesmo após a aprovação da EC nº 54/2007):

EMENTA: - CONSTITUCIONAL. NACIONALIDADE: OPÇÃO. C.F., ART. 12, I, c, COM A EMENDA CONSTITUCIONAL DE REVISÃO Nº 3, DE 1994. I. - São **brasileiros natos** os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, **desde que venham a residir no Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira.** II. - A opção pode ser feita a qualquer tempo, desde que venha o filho de pai brasileiro ou de mãe brasileira, nascido no estrangeiro, a residir no Brasil. **Essa opção somente pode ser manifestada depois de alcançada a maioridade.** É que a opção, por decorrer da vontade, **tem caráter personalíssimo.** Exige-se, então, que o optante tenha capacidade plena para manifestar a sua vontade, capacidade que se adquire com a maioridade. III. - **Vindo o nascido no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, a residir no Brasil, ainda menor, passa a ser considerado brasileiro nato, sujeita essa nacionalidade a manifestação da vontade do interessado, mediante a opção, depois de atingida a maioridade.** Atingida a maioridade, **enquanto não manifestada a opção, esta passa a constituir-se em condição suspensiva da nacionalidade brasileira.** IV. - Precedente do STF: AC 70-QO/RS, Ministro Sepúlveda Pertence, Plenário, 25.9.03, "DJ" de 12.3.04. V. - RE conhecido e não provido (grifo nosso).

Vale ressaltar que no Brasil não existe a possibilidade de aquisição de nacionalidade brasileira em razão de matrimônio. Nesse sentido já se pronunciou inclusive o Supremo Tribunal Federal, no processo de Extradicação nº 1.121, da relatoria do Ministro Celso de Mello<sup>161</sup>: “não se revela possível, em nosso sistema jurídico-constitucional, a aquisição da nacionalidade brasileira *jure matrimonii*, vale dizer, como efeito direto e imediato resultante do casamento civil”.

O art. 12, II, CF/88, conforme já mencionado, trata da nacionalidade secundária, voluntária, derivada. Nesses termos dispõe:

II - naturalizados:

- a) os que, na forma da lei<sup>162</sup>, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;
- b) **os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos**

<sup>160</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 418096/RS**. Julgado em 25.09.2003. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 14.02.2017.

<sup>161</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradicação nº 1.121**, julgamento em 18.12.2009, publicado no DJE em 25.06.2010. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 14.02.2017.

<sup>162</sup> Vide a Lei nº 818, de 18 de setembro de 1949 e a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980 (Estatuto do Estrangeiro).

e **sem condenação penal**, desde que requeiram a nacionalidade brasileira (grifo nosso).

Todo o estrangeiro que voluntariamente deseja adquirir a nacionalidade brasileira deve proceder ao procedimento de naturalização. Assevera Uadi Lammêgo Bulos<sup>163</sup> que a naturalização:

(...) não é um direito público subjetivo, mas um ato discricionário, praticado, exclusivamente, pelo Chefe do Poder Executivo. Sua outorga é uma *longa manus* da soberania nacional. Um apátrida ou um estrangeiro, por exemplo, podem até satisfazer os requisitos legais e constitucionais para a sua obtenção. Isso, contudo, não basta. É imprescindível que o Executivo delibere sobre a matéria, dentro da esfera discricionário que lhe é afeta por excelência.

No Brasil há 4 tipos de naturalização:

**1.Naturalização Comum:** o estrangeiro tem interesse em se tornar um cidadão brasileiro (art. 12, II, a, CF/88 c/c art. 65, da Lei nº 13.445/2017).

**2.Naturalização Especial:** destina-se ao estrangeiro casado com diplomata brasileiro há mais de cinco anos, ou ao estrangeiro que conte com mais de dez anos de serviços ininterruptos empregado em Missão diplomática ou em Repartição consular brasileira (Art. 12, II, a, CF/88 c/c art. 68, da Lei nº 13.445/2017).

**3. Naturalização Provisória:** caso o estrangeiro tenha ingressado no Brasil durante os primeiros cinco anos de vida, e tenha se estabelecido definitivamente no território nacional, poderá requerer, junto ao Departamento de Polícia Federal ou ao protocolo geral do Ministério da Justiça, enquanto menor, por intermédio de seu representante legal (Art. 12, II, a, CF/88 c/c art. 70, da Lei nº 13.445/2017).

**4.Naturalização Extraordinária (ou quinquenária):** é personalíssima, isto é, a sua aquisição por estrangeiro não implica a aquisição da naturalização pelo cônjuge ou filhos do naturalizado (Art. 12, II, b, CF/88, c/c art. 67, da Lei nº 13.445/2017). Podem requerê-la os estrangeiros residentes no Brasil de forma ininterrupta e sem condenação penal, há mais de 15 anos<sup>164</sup>.

A Carta Constitucional de 1988 dedicou especial tratamento aos portugueses, nos termos do art. 12, par. 1º, que prevê o instituto da “quase nacionalidade”, também denominado de “cláusula ut des”, “cláusula de admissão de reciprocidade” ou “elo de reciprocidade”.<sup>165</sup>A referida norma dispõe, *in verbis*:

<sup>163</sup> BULOS (2015), op., cit, p. 847.

<sup>164</sup> O prazo anterior era de 30 anos. A EC n.3/1994 alterou para 15 anos. Ainda, segundo entendimento do STF: “A ausência temporária não significa que a residência não foi contínua, pois há que se distinguir entre residência contínua e permanência contínua”.(AG.32.074-DF, STF).

<sup>165</sup> BULOS (2015), op. cit. p. 822.

§ 1º Aos portugueses com residência permanente no País, **se houver reciprocidade em favor de brasileiros**, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição.

O STF já se manifestou acerca do alcance interpretativo da norma supra transcrita na Ação de Extradicação nº 890<sup>166</sup>, de relatoria do ministro Celso de Mello e proposta pelo Governo de Portugal:

(...). A norma inscrita no art. 12, § 1º da Constituição da República - que contempla, em seu texto, **hipótese excepcional de quase-nacionalidade - não opera de modo imediato, seja quanto ao seu conteúdo eficaz, seja no que se refere a todas as conseqüências jurídicas que dela derivam**, pois, para incidir, além de supor o pronunciamento aquiescente do Estado brasileiro, fundado em sua própria soberania, depende, ainda, de requerimento do súdito português **interessado**, a quem se impõe, para tal efeito, a obrigação de preencher os requisitos estipulados pela Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre brasileiros e portugueses (grifo nosso).

A decisão do STF acima transcrita revela a necessidade, para a concretização do instituto da quase-nacionalidade, de cumprimento de pelo menos dois pressupostos: a concordância do Estado em conferir certas prerrogativas aos cidadãos portugueses e a manifestação do cidadão (português) interessado em realizar o devido procedimento de requerimento.

E como ocorre a naturalização? Por meio de um processo misto (administrativo e judicial), compreendendo uma fase administrativa, junto ao Ministério da Justiça e outra de jurisdição voluntária perante a Justiça Federal. A competência para julgar o processo de naturalização é da Justiça Federal, nos termos do art. 109, X, CF/88:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

(...)

X - 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** (grifo nosso).

O certificado de naturalização só será entregue ao naturalizado que em audiência na Justiça Federal provar conhecer a língua portuguesa e assumir o compromisso de bem cumprir os deveres de brasileiro, entre outros requisitos.

<sup>166</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradicação nº 890**. Julgamento em 05.08.2004. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 15.02.2017.

### III.5.1. Da perda da nacionalidade e da reaquisição da nacionalidade

A Constituição Federal de 1988 estabelece as hipóteses de perda da nacionalidade. Trata-se de um rol *números clausus*, ou seja, taxativo, não podendo o legislador ordinário criar outras situações. Sobre o tema já se manifestou o STF, em sede de *Habeas Corpus*, da relatoria do ministro Celso de Mello<sup>167</sup>:

A perda da nacionalidade brasileira, por sua vez, somente pode ocorrer nas hipóteses taxativamente definidas na CR, não se revelando lícito, ao Estado brasileiro, seja mediante simples regramento legislativo, seja mediante tratados ou convenções internacionais, inovar nesse tema, quer para ampliar, quer para restringir, quer, ainda, para modificar os casos autorizadores da privação – sempre excepcional – da condição político-jurídica de nacional do Brasil.

Desse modo, estabelece o art. 12, par. 4º, CF/88:

§ 4º - **Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:**

**I - tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;**

**II - adquirir outra nacionalidade, salvo nos casos:**

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 (grifo nosso).

Pela normativa constitucional, são pressupostos para a perda da nacionalidade brasileira:

**1)** Art. 12, §4º, I, CF/88 - sentença judicial cancelando a naturalização, em razão de prática de atividade nociva ao interesse nacional. Também chamada de *perda-punição*. Os efeitos da decisão judicial são *ex nunc*, ou seja, a declaração da perda da nacionalidade tem efeito prospectivo: a partir do momento da sua declaração. Ainda, o indivíduo só perde a nacionalidade após o trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 75, da Lei nº 13.445/2017;

**2)** Art. 12, §4º, II - Aquisição de outra nacionalidade: em regra, extingue a nacionalidade anterior. O que de fato enseja a perda nacionalidade é a aquisição voluntária de outra nacionalidade. Três requisitos básicos caracterizam a situação: livre manifestação de vontade; capacidade civil e a efetiva aquisição da nacionalidade estrangeira; não bastando mera formulação de pedido.

A Emenda Constitucional n.3/1994 trouxe duas exceções, consagrando o instituto da dupla nacionalidade. O art. 12, par. 4º, II, alíneas *a* e *b*, CF/88, estabelece as situações

<sup>167</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 83.113 QO**. Julgamento em 26-3-2003. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 15.02.2017.

em que a aquisição de nova nacionalidade não ocasiona a perda da nacionalidade brasileira. São elas:

a) A nacionalidade originária é reconhecida pela lei estrangeira, art. 12, §4º, II, a, CF/88. Ex. Filhos de italianos nascidos no Brasil, cujos pais não estavam a serviço de seu Estado. As crianças terão nacionalidade brasileira (*critério ius soli*), podendo adquirir a nacionalidade italiana, por força de sua descendência (*critério ius sanguinis*).

b) A naturalização decorre de imposição do Estado como condição para permanência e consequente exercício de direitos civis.

Ainda, esclarece Uadi Lammêgo Bulos<sup>168</sup>:

Aquele que teve a naturalização cancelada nunca poderá recuperar a nacionalidade brasileira perdida, salvo se o cancelamento for desfeito em ação rescisória. O que a perdeu por naturalização voluntária poderá readquiri-la, por decreto do Presidente da República, se estiver domiciliado no Brasil (Lei 818/49, art. 36). Aquele que, eventualmente, a tenha perdido, nos termos das constituições anteriores, por ter aceitado comissão, emprego ou pensão de governo estrangeiro, sem licença do Presidente da República, poderá agora recuperá-la sem mesmo renunciá-los, como se exigia antes, porquanto não constitui mais causa de perda da nacionalidade

Outra questão relevante envolve a possibilidade – ou não – de re aquisição de nacionalidade. Sim, é possível reaver a nacionalidade. Entretanto, a doutrina não é uníssona quanto aos efeitos do decreto de re aquisição. Vale trazer á baila o disposto no novo diploma regulador de migração, o art. 76, da Lei nº 13.445/2017, que dispõe, *in verbis*:

Art. 76. O brasileiro que, em razão do previsto no [inciso II do § 4º do art. 12 da Constituição Federal de 1988](#), houver perdido a nacionalidade, uma vez cessada a causa, **poderá readquiri-la ou ter o ato que declarou a perda revogado, na forma definida pelo órgão competente do Poder Executivo** (sem grifo no original).

Pelo que se extrai do dispositivo em tela, para a re aquisição da nacionalidade o requerente não necessariamente deverá estar domiciliado em solo brasileiro, conforme prevê o art. 36, da Lei n 818/1949, que estabelece: “o brasileiro que, por qualquer das causas do art. 22, números I e II, desta lei, houver perdido a nacionalidade, poderá readquiri-la por decreto, se estiver domiciliado no Brasil”.

<sup>168</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 832-833.

Conforme mencionado, a doutrina diverge quanto ao alcance dos efeitos do decreto que restabelece a nacionalidade. Para uma corrente (Ilmar Penna Marinho, Haroldo Valadão, Uadi Lammêgo Bulos)<sup>169</sup> tal ato restabelece o *status* anterior, isto é, se o indivíduo era brasileiro nato, voltará a sê-lo, se era naturalizado, será renaturalizado.

A jurisprudência do STF parece seguir esta primeira vertente de pensamento, conforme se infere da decisão proferida no processo de extradição nº 441, da relatoria do ministro Néri Silveira. A renaturalização de brasileiro nato ensejaria a volta ao *statusquo ante*, conforme ementa abaixo<sup>170</sup>:

EMENTA:EXTRADIÇÃO. HAVENDO O EXTRADITANDO COMPROVADO A **REAQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE BRASILEIRA**, INDEFERE-SE O PEDIDO DE EXTRADIÇÃO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 153, PARAGRAFO 19, PARTE FINAL. NÃO CABE INVOCAR, NA ESPÉCIE, O ART. 77, I, DA LEI N. 6.815/1980. ESSA REGRA DIRIGE-SE, IMEDIATAMENTE, A FORMA DE AQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE BRASILEIRA, POR VIA DE NATURALIZAÇÃO. NA ESPÉCIE, O EXTRADITANDO É BRASILEIRO NATO (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 145, I, LETRA 'A'). A **REAQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE, POR BRASILEIRO NATO, IMPLICA MANTER ESSE STATUS E NÃO O DE NATURALIZADO**. INDEFERIDO O PEDIDO DE EXTRADIÇÃO, DESDE LOGO, DIANTE DA PROVA DA NACIONALIDADE BRASILEIRA, DETERMINA-SE SEJA O EXTRADITANDO POSTO EM LIBERDADE, SE AL NÃO HOVER DE PERMANECER PRESO.

Em sentido diverso, outra corrente, da qual fazia parte Pontes de Miranda<sup>171</sup>, o brasileiro nato que perdeu a nacionalidade brasileira e depois vem a readquiri-la, só poderia fazê-la pelo procedimento de naturalização, ou seja, seria um brasileiro naturalizado, não sendo mais brasileiro nato.

### III. 6. ESTUDO DE CASO

**1. (OAB 206.2)** Joaquim Silva, português equiparado em direitos civis e políticos, preocupado com a probidade na República, impetrou *habeas data* contra ato do Presidente da Assembleia Legislativa de seu Estado, pois este não respondera a pedido de expedição de certidão que comprovaria a suposta participação de deputados estaduais em fraudes a licitações de obras públicas. Aduziu que o Presidente da Casa Legislativa já havia se negado a expedir a certidão e

<sup>169</sup> BULOS (2015), op.,cit, p. 832-833.

<sup>170</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ext. nº 441** – Estados Unidos. Julgamento em 18.06.1986. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 16.02.2017.

<sup>171</sup> MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969**. São Paulo: Ed. RT, 1974, v. 4, p. 590.

que ela seria fundamental para as investigações que vinham sendo realizadas pelo Ministério Público.

Em resposta ao *writ*, o Presidente da Assembleia Legislativa requer que a ação não seja conhecida, sob a alegação de que todo e qualquer remédio constitucional é garantia concedida pela Constituição da República Federativa do Brasil apenas a brasileiros natos.

Considerando a situação hipotética apresentada, responda, de forma fundamentada, aos itens a seguir.

A) Ser cidadão brasileiro nato é condição para a impetração do *habeas data*?

### III. 7. QUESTÕES OBJETIVAS

1. **São direitos sociais**, nos termos da CF/88:

- a) a educação, a saúde, o trabalho, a liberdade, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância
- b) a educação, a saúde, o trabalho, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e a proteção à maternidade e à infância
- c) a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade
- d) a igualdade de direitos entre homens e mulheres
- e) a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta constituição

2. **(TJ/SP 2013 - VUNESP - Escrevente Técnico Judiciário)** Nos termos da Constituição Federal, são brasileiros natos:

- a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência, por um ano ininterrupto, e idoneidade moral.
- b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil até a maioridade.
- c) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país.
- d) os nascidos no estrangeiro, desde que de pai brasileiro e de mãe brasileira.
- e) os portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros.

3. **(CNJ 2013 - CESPE - Técnico Judiciário - Programação de Sistemas)** Em tempo de paz, a liberdade de locomoção dentro do território nacional é ampla para os nacionais e os estrangeiros residentes e não residentes que tenham ingressado regularmente no país.

( ) CERTO      ( ) ERRADO

**4. (TRT 9º 2013 - FCC - Técnico Judiciário - Área Administrativa).** Não é privativo de brasileiro nato o cargo de

- a) Ministro do Supremo Tribunal Federal.
- b) Ministro do Superior Tribunal de Justiça.
- c) Oficial das Forças Armadas.
- d) Presidente da Câmara dos Deputados.
- e) Carreira Diplomática.

**5. (Exame de Ordem Unificado - XVI - Primeira Fase - FGV)** Alessandro Bilancia, italiano, com 55 anos de idade, ao completar 15 anos de residência ininterrupta no Brasil, decide assumir a nacionalidade “brasileira”, naturalizando-se de renomado professor, cuja elevada densidade intelectual e capacidade de liderança são muito bem vistas por um dos maiores partidos políticos brasileiros. Na certeza de que Alessandro poderá fortalecer os quadros do governo caso o partido em questão seja vencedor nas eleições presidenciais, a cúpula partidária já ventila a possibilidade de contar com o auxílio do referido professor na complexa tarefa de governar o País. Analise as situações abaixo e assinale a única possibilidade idealizada pela cúpula partidária que encontra respaldo na Constituição Federal.

- a) Alessandro Bilancia, graças ao seu reconhecido saber jurídico e à sua ilibada reputação, poderá ser indicado para compor o quadro de ministros do Supremo Tribunal Federal.
- b) Alessandro Bilancia, na hipótese de concorrer ao cargo de deputado federal e ser eleito, poderá ser indicado para exercer a Presidência da Câmara dos Deputados.
- c) Alessandro Bilancia, na hipótese de concorrer ao cargo de senador e ser eleito, pode ser o líder do partido na Casa, embora não possa presidir o Senado Federal.
- d) Alessandro Bilancia, dada a sua ampla e sólida condição intelectual, pode ser nomeado para assumir qualquer ministério do governo.

**6. (Exame de Ordem Unificado - XV - FGV)** A CRFB/88 identifica as hipóteses de caracterização da nacionalidade para brasileiros natos e os brasileiros naturalizados. Com base no previsto na Constituição, assinale a alternativa que indica um caso constitucionalmente válido de naturalização requerida para obtenção de nacionalidade brasileira.

- a) Juan, cidadão espanhol, casado com Beatriz, brasileira, ambos residentes em Barcelona.
- b) Anderson, cidadão português, domiciliado no Brasil há 36 dias



c) Louis, cidadão francês, domiciliado em Brasília há 14 anos, que está em liberdade condicional, após condenação pelo crime de exploração sexual de vulnerável.

d) Maria, 45 anos, cidadã russa, residente e domiciliada no Brasil desde seus 25 anos de idade, processada criminalmente por injúria, mas absolvida por sentença transitada em julgado.

### REFERÊNCIAS DO CAPÍTULO III

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 15ª Ed. São Paulo: Editora Forense. 2016.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões Sobre os Direitos Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

BARRETO, Vicente. Ética e Direitos Humanos: aporias preliminares. In: TORRES, Ricardo Lobo (organizador). **Legitimação dos Direitos Humanos**. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.

BÍBLIA SAGRADA. Português. **Livro de Deuteronômio**. São Paulo: Editora Impres. Tradução João Ferreira de Almeida. 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Poder Executivo. **Decreto nº 30.544**, de 14 de fevereiro de 1952. Disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br>. Acesso em 04.02.2017.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 08.02.2017.

BRASIL. Poder Legislativo. **Mandado de Injunção**. Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 12.02.2017

BRASIL. Poder Judiciário. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.969-4/PR**, publicado em 30.09.2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Pesquisa realizada em 14.07.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição nº 890**. Julgamento em 05.08.2004. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 15.02.2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Composição dos Tribunais Superiores**. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 12.12.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 418096/RS**. Julgado em 25.09.2003. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 14.02.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 83.113 QO**. Julgamento em 26-3-2003. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 15.02.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ext. nº 441** – Estados Unidos. Julgamento em 18.06.1986. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 16.02.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição nº 1.121**, julgamento em 18.12.2009, publicado no DJE em 25.06.2010. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 14.02.2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 4 ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1986.

CANOTILHO, J.J.,Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra. Portugal: Ed. Almedina, 2003.

CARLI, Ana Alice De. **O bem de família do fiador e o direito fundamental à moradia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARLI, Ana Alice De. A água e seus instrumentos de efetividade: educação ambiental, normatização, tecnologia e tributação. São Paulo: Ed. Millennium, 2013.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. A Emenda Constitucional no. 54 e o resgate da cidadania brasileira para filhos de nacionais nascidos no estrangeiro. **Anuario mexicano de derecho internacional**. Mex. Der. Inter vol.9 México ene. 2009. Disponível em [www.scielo.org](http://www.scielo.org). Acesso em 14.02.2017.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**: parte geral. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. 13ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

ESTADOS UNIDOS. **Constitution of the Unites States**. Disponível em <https://www.senate.gov/civics/constitution>. Acesso em 03.02.2017.

FACHIN, Zulmar e SILVA, Deise Marcelino da. **Acesso à Água Potável**: direito fundamental de sexta dimensão. Campinas, São Paulo: Editora Millennium, 2011.

HARDING, Stephan. **Terra Viva**: ciência, intuição e a evolução de gaia. Tradução de Mario Molina. São Paulo: Editora Cultrix, 2008.

HUMAN ECOLOGY. **The Essential James Hillman**. Disponível em <http://www.humanecology.com.au>. Acesso em 08.02.2017.

JONAS, Hans. **O princípio da vida**. Tradução de Carlos Almeida Pereira. Petrópolis: Ed. Vozes, 2004.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Tradução Rodolfo Schaefer. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.

KIRIAKOS, Norma. **Direitos Humanos das Mulheres e Saúde**. Disponível em [www.normakiriakos.com.br/opinião/mulhres.html](http://www.normakiriakos.com.br/opinião/mulhres.html). Acesso em 01.02.2017.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 3ª ED. Coimbra, Portugal: Ed. Coimbra, 2000.

MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969**. São Paulo: Ed. RT, 1974, v. 4, p. 367.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30ª Ed. São Paulo: Atlas. 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**: Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003..

OLIVEIRA, Almir de. **Curso de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

- RAWLS, John. *Le Droit des Gens*. Paris: Edition Esprit, 1996.
- ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948**. Disponível em [www.onu.org.br](http://www.onu.org.br). Acesso em 10.02.2017.
- PYTHAGORAS. 4. The Philosophy of Pythagoras. Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em <https://plato.stanford.edu/entries/pythagoras/>. Acesso em 08.02.2017.
- REZEK, Francisco. Direito Internacional Público. 11ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p. 180.
- RUBIO, David Sánchez. **Repensar Derechos Humanos: De la anestesia a la sinestesia**. Sevilla. Espanha: Editora Mad, S.L. 2007.
- SARLET, Wolfgang Ingo (Org.). **Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas Notas sobre a Dimensão Ecológica da Dignidade da Pessoa Humana e sobre a Dignidade da Vida em Geral.. **DPU Nº 19** – Jan-Fev/2008 – assunto especial – doutrina. Disponível em [dspace.idp.edu.br](http://dspace.idp.edu.br). Acesso em 08.02.2017, p. 18.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2005.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Vol. III. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.

## CAPÍTULO IV

### CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

#### IV. 1. O constitucionalismo e a força normativa das constituições

O surgimento do constitucionalismo ocorre em um contexto de grandes transformações sociais, associadas às revoluções burguesas deflagradas entre os Séculos XVII e XVIII, por meio das quais o povo buscava limitar a atuação do Estado na seara privada. Nesse sentido, esclarece Gustavo Binimbojm<sup>172</sup> que a “Constituição surge, assim, como exigência burguesa de limitação e racionalização do poder real, até então absoluto, que passa a curvar-se aos interesses da nova classe dominante”.

A aplicação prática das normas constitucionais depende, no entanto, de instrumentos, a exemplo da jurisdição constitucional<sup>173</sup>. Gustavo Binimbojm<sup>174</sup> destaca o pensamento de Emmanuel Joseph Sieyès, para quem a jurisdição constitucional seria “uma instituição política essencial à garantia da supremacia da Constituição”.

Mauro Cappelletti<sup>175</sup>, ao tratar da extensão do termo “justiça constitucional”, acentua que o controle de constitucionalidade é apenas uma das suas manifestações, e acrescenta:

Todas as manifestações da “justiça constitucional” podem, de certo, reduzir-se a unidade, pelo menos, sob o seu aspecto funcional: a função da tutela a atuação judicial dos preceitos da supremacia da lei constitucional.

Ainda, sobre o tema, leciona Luís Roberto Barroso:<sup>176</sup>

As locuções jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade não são sinônimas, embora sejam frequentemente utilizadas de maneira intercambiável. **Jurisdição constitucional designa a aplicação da Constituição** por juízes e tribunais. **Controle de constitucionalidade, que é, portanto, uma das formas de exercício da jurisdição constitucional** (grifo nosso).

<sup>172</sup> BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004, p. 16.

<sup>173</sup> Também denominada de justiça constitucional, vide CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 23.

<sup>174</sup> BINENBOJM (2004), op., cit., p. 24.

<sup>175</sup> CAPPELLETTI (1999), op., cit., p. 25.

<sup>176</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 20.

A partir de tal linha de pensamento é possível extrair as seguintes premissas: jurisdição constitucional (justiça constitucional) e controle de constitucionalidade se comunicam, mas são institutos distintos, este (controle) é uma forma de realização daquele (jurisdição/justiça constitucional).

De acordo com Konrad Hesse<sup>177</sup>, a jurisdição constitucional (justiça constitucional) é um profícuo instrumento para dar força à Constituição. Decerto, o controle de constitucionalidade viabiliza a tutela dos direitos fundamentais.

#### **IV.2. Controle de constitucionalidade: aspectos gerais, conceituais e finalidade**

O controle de constitucionalidade, como será visto, pressupõe a observância dos princípios da rigidez e da supremacia das Constituições, os quais justificam a existência da jurisdição constitucional pela via do controle de constitucionalidade de atos normativos infraconstitucionais.

O princípio da supremacia da constituição sinaliza uma posição de destaque das normas constitucionais dentro do ordenamento jurídico. Segundo lições de Luís Roberto Barroso<sup>178</sup>:

A supremacia da Constituição revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada, em diferentes níveis. [...] Para que possa figurar como parâmetro, como paradigma de validade de outros atos normativos, a norma constitucional precisa ter um processo de elaboração diverso e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais.

No tocante ao princípio da rigidez constitucional, assevera Uadi Lammêgo Bulos<sup>179</sup> que o mesmo se concretiza a partir de três perspectivas (o autor denomina de graduações): máxima, média e mínima.

A máxima aplicação deste princípio ocorreria no contexto das Constituições super-rígidas, ou seja, aquelas cujo procedimento de mudanças é bastante rigoroso, a exemplo da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, a qual contempla um aparato de

<sup>177</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1991.

<sup>178</sup> BARROSO (2012), op., cit. P. 19.

<sup>179</sup> BULOS, Uadi Lammêgo Bulos. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 125-126.

“freios jurídicos de elevado teor proibitório de revisões ou emendas constitucionais”, pontua Bulos.

O grau médio do princípio da rigidez constitucional seria aplicado no cenário das constituições rígidas, que se caracterizam desse modo, porque, embora possuam quórum qualificado para sua modificação, admitem revisões ou emendas, a fim de afinar o texto constitucional com a realidade dos fatos e situações da vida em relação. Exemplo clássico deste tipo é a Constituição Federal de 1988, pois de acordo com Uadi Lammêgo Bulos, não se mantém o entendimento de que a Carta Constitucional de 1988 é super-rígida, malgrado apresentar um rol de direitos e garantias (também denominados de cláusulas pétreas), cuja essência ou núcleo basilar não pode ser objeto de extinção (vide art. 60, par. 4º, CF/88). Por fim, o grau mínimo deste princípio vincula-se às constituições pouco rígidas, que possuem procedimento de mudanças menos complexo em relação àquelas mais rígidas e rígidas<sup>180</sup>.

O vocábulo “controle” possui múltiplos sentidos, segundo o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Desse modo, a expressão em tela pode designar:

- \*monitoração, fiscalização ou exame minucioso, que obedece a determinadas expectativas, normas, convenções etc.
- \*instituição, órgão, setor etc. ao qual compete tal função.
- \*dispositivo ou mecanismo interno destinado a comandar ou regular o funcionamento de máquina, aparelho ou instrumento.
- \*poder, domínio ou autoridade sobre alguém ou algo.
- \*domínio da própria vontade, das próprias emoções; autocontrole, equilíbrio.
- \*capacidade de reagir de imediato em determinadas situações, por meio de reflexo motor, ou por habilidade.
- \*função que estabelece o curso das operações ou do sistema de processamento de dados.

No âmbito do Direito e da Sociologia, por sua vez, verifica-se várias formas de controle, a exemplo dos controles social, econômico, administrativo, político e o controle de constitucionalidade. Mas o que é, e para que serve o controle de constitucionalidade?

Luís Roberto Barroso<sup>181</sup>, no fragmento textual a seguir, indica o alcance e a finalidade do instituto do controle de constitucionalidade:

<sup>180</sup> BULOS (2010), op., cit., p. 126. O autor chama atenção para a diferença semântica entre constituição pouco rígida e constituição flexível e esclarece: “Constituições pouco rígidas - preservam a hierarquia formal de seus preceitos perante as leis formais. Constituições flexíveis – inexistem hierarquia formal entre os seus preceitos e as leis comuns”.

<sup>181</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 19.

Um sistema pressupõe ordem e unidade, devendo suas partes conviver de maneira harmoniosa. A quebra dessa harmonia deverá deflagrar mecanismos de correção destinados a estabelecê-la. O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição. [...] A declaração de inconstitucionalidade consiste no reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por fim paralisar sua eficácia.

Nessa linha de pensamento, o controle de constitucionalidade tem por finalidade primeira assegurar a higidez da Constituição. Nesse sentido, assevera Uadi Lammêgo Bulos:<sup>182</sup>

Controlar a constitucionalidade (...) é examinar a adequação de dado comportamento ao texto maior, mediante a análise dos requisitos formais e materiais (...). Enquanto a inconstitucionalidade é a doença que contamina o comportamento desconforme à constituição, o controle é o remédio que visa restabelecer o estado de higidez constitucional.

Nessa senda, tem-se que o controle de constitucionalidade, além de assegurar a higidez da Constituição, visa assegurar a eficácia das normas constitucionais, em especial as que albergam direitos e garantias fundamentais. A rigor, há controle político e judicial de constitucionalidade.

O controle político é realizado por órgãos fora do Poder Judiciário. Na França, por exemplo, onde o controle é preventivo, ou seja, ele ocorre antes da norma entrar em vigor no ordenamento jurídico, o controle político é feito pelo Conselho Constitucional (órgão vinculado ao Poder Legislativo)<sup>183</sup>. No Brasil, por sua vez, o controle político é exercido pelos Poderes Executivo e Legislativo. Desse modo, o Presidente da República, ao examinar projeto de lei aprovado pelo Parlamento, poderá sancioná-lo ou vetá-lo (art. 66, caput e par. 1º, CF/88), o que o faz por meio do exercício do controle político de constitucionalidade. As comissões de constituição e justiça do Poder Legislativo – cujas atribuições estão elencadas nos Regimentos Internos de cada Casa Legislativa – também detêm a prerrogativa de exercer o controle político de projetos de lei e de propostas de emenda à Constituição.

<sup>182</sup>BULOS, Uadi Lamego. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 186

<sup>183</sup>BARROSO, Luís Roberto. Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel. **O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99**. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2001, p. 233-268.

O controle judicial de constitucionalidade é exercido pelos órgãos judicantes do Poder Judiciário. No Brasil, em regra, este controle ocorre após promulgação do ato normativo, ou seja, adota-se o controle judicial repressivo.

Apenas excepcionalmente o Supremo Tribunal Federal tem admitido o controle preventivo judicial, especialmente quando o projeto de lei ou proposta de emenda constitucional em trâmite revelarem afronta ao texto constitucional. Assim, é possível a utilização do mandado de segurança pelo parlamentar. Vale trazer o exemplo prático do Mandado de Segurança nº 32.033, impetrado por um parlamentar:<sup>184</sup>

Ementa: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE PROJETO DE LEI. INVIABILIDADE. 1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a **jurisprudência do STF tem admitido, como exceção**, é “a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo” (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). **Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível**, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não. 2. **Sendo inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação**, não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição nega habilitação para provocar o controle abstrato repressivo, a prerrogativa, sob todos os aspectos mais abrangente e mais eficiente, de provocar esse mesmo controle antecipadamente, por via de mandado de segurança. 3. A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto,

<sup>184</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 32033 / DF. Relator Min. GILMAR MENDES. Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI. Julgamento: 20/06/2013. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 03.03.2017.



se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico. 4. Mandado de segurança indeferido.

Quando se reconhece que uma norma infraconstitucional ou uma emenda constitucional é “constitucional” significa que há compatibilidade entre ela e o texto constitucional, ao revés, o termo “inconstitucional” confirma o entendimento de que determinado ato normativo afronta a Carta Constitucional.

No dizer de José Afonso da Silva<sup>185</sup>, a inconstitucionalidade de atos normativos traduz-se em uma “incompatibilidade vertical de normas inferiores com a constituição”, manifestando-se a partir de duas perspectivas:

- a) formalmente, quando tais normas são formadas por autoridades incompetentes ou em desacordo com procedimentos estabelecidos na constituição,
- b) materialmente, quando o conteúdo de tais leis ou atos contraria preceito ou princípio da constituição.

Desse modo, a inconstitucionalidade pode ser de caráter formal ou material. A inconstitucionalidade formal revela-se a quando uma ou mais formalidades do processo legislativo não foram observadas. Nesse sentido, esclarecem Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Ferreira Mendes<sup>186</sup> que “os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência”.

A inconstitucionalidade material, por sua vez, ocorre quando o vício encontra-se na própria essência da norma jurídica impugnada, conforme acentuam Branco e Mendes<sup>187</sup>: “os vícios materiais dizem respeito ao próprio conteúdo ou ao aspecto substantivo do ato, originando-se de um conflito com regras ou princípios estabelecidos na Constituição”. Corroboram Luís Roberto Barroso<sup>188</sup> que “a inconstitucionalidade será material quando o conteúdo do ato infraconstitucional estiver em contrariedade com alguma norma substantiva prevista na Constituição, seja uma regra ou um princípio”.

<sup>185</sup>SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 Ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 47.

<sup>186</sup>BRANCO, MENDES (2012), op., cit., p. 1432.

<sup>187</sup>Idem. Ibidem, p. 1438.

<sup>188</sup>BARROSO (2012), op., cit., p.30-31.

Além disso, ainconstitucionalidade pode ser por ação e por omissão. Entende-se por inconstitucionalidade por ação ou comissiva quando o ato normativo editado pelo legislador viola o texto constitucional: podendo ser total ou parcial.

A seu turno, a inconstitucionalidade por omissão, ensina José Afonso da Silva<sup>189</sup>:

verifica-se nos casos em não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais. Muitas delas, de fato, requererem uma lei ou uma providencia administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem na prática.

Ainda, sobre a inconstitucionalidade omissiva, preleciona Luís Roberto Barroso<sup>190</sup>:

a inconstitucionalidade por omissão, como um fenômeno novo, que tem desafiado a criatividade da doutrina, da jurisprudência e dos legisladores, é a que se refere à inércia na elaboração de *atos normativos* necessários à realização dos comandos constitucionais. O fenômeno da inconstitucionalidade por omissão só recebeu previsão nos textos constitucionais, e mesmo assim timidamente, a partir da década de 1970.

A inconstitucionalidade por omissão pode ser total ou parcial. A omissão será total na hipótese de inércia completa do legislador para editar lei necessária para a produção plena de uma norma constitucional. A omissão parcial identifica-se a partir de duas perspectivas. Nesse sentido leciona Luís Roberto Barroso<sup>191</sup>:

a) omissão relativa: a lei exclui do seu âmbito de incidência determinada categoria que nela deveria estar abrigada, privando-a de um benefício em violação ao princípio da isonomia<sup>192</sup>.

b) omissão parcial propriamente dita: o legislador atua sem afetar o princípio da isonomia, mas de modo insuficiente ou deficiente relativamente à obrigação que lhe era imposta.

A hipótese trazida por Barroso no item *b* acima pode ser ilustrada com o patamar fixado para o salário mínimo, o qual, sem dúvida, não satisfaz os preceitos constitucionais esculpidos no art. 7º, IV, da Carta Constitucional de 1988, que dispõe:

**IV - salário mínimo**, fixado em lei, nacionalmente unificado, **capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social**, com reajustes periódicos que lhe

<sup>189</sup> SILVA (2005), op., cit., p. 47.

<sup>190</sup> BARROSO (2012), op., cit., p. 34.

<sup>191</sup> Idem. Ibidem, p. 36-37.

<sup>192</sup> Vide RMS nº 22.307, da relatoria do ministro Mauricio Correa, no qual o STF, ao reconhecer a inconstitucionalidade por imissão parcial, estendeu aos servidores públicos civis o mesmo benefício concedido aos militares.

preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim (grifo nosso).

A inconstitucionalidade também é analisada quanto ao seu momento, podendo ser originária ou superveniente. Com relação à aplicação das normas jurídicas no tempo, vale trazer à baila as palavras do constitucionalista português Jorge Miranda<sup>193</sup>:

Quando qualquer lei ordinária *ab initio* contradiz a Lei Fundamental, ela fica desde logo ferida de invalidade. O mesmo não acontece com a lei que fica sendo inconstitucional num momento subsequente ao da sua produção, por virtude de novo princípio ou norma da Constituição; mas no momento da entrada em vigor deste princípio ou norma, tal lei ordinária automaticamente cessa a sua subsistência (embora o evento tenha ou não de ser declarado pelos órgãos competentes).

A inconstitucionalidade superveniente exprime uma valoração negativa da ordem jurídica, moldada por novos princípios ou normas constitucionais, relativamente à lei anterior. É essa valoração que determina a cessação da vigência da lei, e determina-a por caducidade e não por revogação, pois que, em face da sua desconformidade com a Constituição, doravante a lei deixa de ter uma condição intrínseca de subsistência, independentemente de qualquer acto de vontade especificamente dirigido à sua eliminação.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se manifestar sobre o tema, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2. Na ocasião, o ministro relator Paulo Brossard mostrou de forma elucidativa a extensão das formas de controle originária e superveniente, conforme se extrai da ementa do julgado em tela<sup>194</sup>:

**EMENTA: CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE.** 1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. **A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita**, dispondo sobre o que lhe era vedado. **O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente**; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. **A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as.** Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que

<sup>193</sup>MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 29.

<sup>194</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2** / DF. Relator(a): Min. Paulo Brossard. Julgamento: 06/02/1992. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 02.03.2017.

cinquentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido (grifo nosso).

Daniel Sarmento, ao discorrer sobre a eficácia temporal das decisões em sede de controle de constitucionalidade, apresenta duas formas de manifestação da inconstitucionalidade superveniente:<sup>195</sup>

a) decorrente da não recepção de uma norma infraconstitucional, pela sua incompatibilidade material com nova Constituição, ou com reforma constitucional posterior.

b) a resultante de mudanças substanciais nas relações fáticas subjacentes à norma, ou da interpretação evolutiva da Constituição.

Vale acrescentar que a hipótese prevista na letra *a*, acima mencionada, não encontra respaldo na jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, que adotou a Teoria da Recepção em sede de controle de constitucionalidade. Segundo orientação da Corte Suprema de Justiça Brasileira, as normas jurídicas infraconstitucionais anteriores à Constituição vigente se compatíveis com ela é caso de recepção, se, ao revés, afrontarem o novo texto constitucional configura a hipótese de não – recepção ou revogação. Nesse diapasão, esclarecem Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo<sup>196</sup>:

não se afere a constitucionalidade do direito pré-constitucional ante a Constituição vigente, porque a matéria é considerada pertinente ao campo do direito intertemporal: quando a lei anterior à Constituição é materialmente compatível com ela, é recepcionada; quando há conflito entre o conteúdo da lei anterior à Constituição e o seu texto, a Carta Política não a recepciona, isto é, revoga a lei pré-constitucional.

Em sede de Agravo Regimental, no bojo do processo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.222, o relator, ministro Celso de Mello, argumentou sobre a não-recepção de normas anteriores materialmente incompatíveis com a Constituição vigente, conforme se extrai de fragmento textual de seu voto<sup>197</sup>:

(...) a superveniência de uma nova Constituição não torna inconstitucionais os atos estatais a ela anteriores e que, com ela, sejam materialmente incompatíveis. Na hipótese de ocorrer tal situação, a incompatibilidade normativa superveniente resolve-se-á pelo reconhecimento de que o ato pré-constitucional acha-se revogado, expondo-se, por isso mesmo, a mero juízo negativo de

<sup>195</sup> SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no de controle de constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel. **O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99**. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2001, p. 101-138.

<sup>196</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE Paulo. **Direito Constitucional descomplicado**. 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Ed. Método, 2015, p. 885.

<sup>197</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4222 AgR / DF. AG.REG. NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** Julgamento: 01/08/2014. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em <[www.stf.jus](http://www.stf.jus)>. Acesso em 03.03.2017.

recepção, cuja pronúncia, contudo, não se comporta no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade.

Quanto aos limites objetivos da decisão em sede de controle de inconstitucionalidade em abstrato, cabe destacar a doutrina da “inconstitucionalidade por arrastamento ou atração” (também denominada de “inconstitucionalidade de preceitos não impugnados”, “inconstitucionalidade consequencial”, “inconstitucionalidade consequente ou derivada” e, ainda, “inconstitucionalidade por reverberação normativa”)<sup>198</sup>. Sobre esta teoria argumenta Pedro Lenza:

(...) a consequência prática da coisa julgada material, que se projeta para fora do processo, impediria não só que a mesma pretensão fosse julgada novamente, como também, sob essa interessante perspectiva, que a norma consequente e dependente ficasse vinculada tanto ao dispositivo da sentença (principal) quanto à *ratio decidendi*, invocando, aqui, a “teoria dos motivos determinantes”.

Pedro Lenza realça que o STF já aplicou a teoria dos motivos determinantes em algumas decisões ao dar efeito vinculante não apenas ao dispositivo da sentença, mas também aos fundamentos que embasaram a decisão<sup>199</sup>.

Entretanto, em recente decisão em sede de Agravo Regimental na Reclamação nº 2491<sup>200</sup>, da relatoria da ministra Rosa Weber, o STF ressaltou a impossibilidade do manejo da teoria dos motivos determinantes como fundamento de Reclamação Constitucional, conforme se depreende da ementa abaixo:

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DA AUTORIDADE DE DECISÃO TOMADA NA ADI 1.851/AL. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE ESTRITA ENTRE OS ATOS DECISÓRIOS CONFRONTADOS. **TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. NÃO APLICAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA CONTEMPORÂNEA DO STF. RAZÕES RECURSAIS GENÉRICAS. AGRAVO NÃO CONHECIDO. 1. Firmou-se nesta Suprema Corte o entendimento de que inviável o manejo de reclamação constitucional para garantia da autoridade de suas decisões quando calcada na transcendência dos motivos determinantes das decisões tomadas no exercício do controle abstrato da constitucionalidade dos atos normativos. 2. Razões recursais de Agravo Regimental genéricas e desvinculadas do contexto decisório e fático do caso concreto, que demonstram a total ausência de aptidão para infirmar decisão**

<sup>198</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 20ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, p. 366.

<sup>199</sup> Idem. *Ibidem.*, p. 365.

<sup>200</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 2491 AgR/PI**. AG.REG. NA RECLAMAÇÃO. Julgamento: 02/12/2016 - Órgão Julgador: Primeira Turma. Disponível em <www.stf.jus>. Acesso em 11.03.2017.

monocrática. 3. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, nos casos em que as razões do recurso não impugnaram os fundamentos da decisão agravada ou deles estejam dissociadas, não resta preenchido o requisito de regularidade formal disposto no artigo 317, 1º, do RISTF e no artigo 1.021, §1º, do CPC/2015. Agravo regimental não conhecido (grifo nosso).

Assim, a teoria dos motivos determinantes, também denominada de “técnica do transbordamento dos motivos determinantes”, não tem espaço, pelo menos atualmente, no STF.

É preciso esclarecer as diferenças entre as teorias da recepção, da desconstitucionalização e da repristinação (tema frequente em provas de concurso).

A Teoria da Desconstitucionalização – adotada pelo direito português – consagra a ideia de que as normas da Constituição anterior que não sejam incompatíveis com o novo texto constitucional são mantidas com *status* de lei ordinária. No Brasil, esta teoria tem poucos adeptos. José Afonso da Silva<sup>201</sup> já foi simpatizante, porém, em nova edição de seu livro “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, revendo seu posicionamento, pontua:

Hoje, porém, temos dúvidas de sua validade e conveniência. Pois, se uma constituição nova é elaborada pelo poder constituinte que não reproduz determinadas normas constitucionais (administrativas, civis etc.) inseridas na constituição apenas para lhes dar estabilidade, significa isso que a nova ordem constitucional as quis desqualificar, não apenas como normas constitucionais, mas também como normas jurídicas vigentes. Isso quer dizer que ficam igualmente revogadas, tal como a constituição que as acolhia.

Já Pontes de Miranda, revela Guilherme Peña de Moraes<sup>202</sup>, capitaneava a corrente que aceitava a adoção da Teoria da desconstitucionalização em solo brasileiro, consoante se extrai de seus comentários à Constituição de 1934.

A doutrina do efeito repristinatório funda-se no fato de uma norma, anteriormente revogadora de outra norma, ser declarada inconstitucional. Desse modo, com a referida declaração, o ato normativo reconhecidamente inconstitucional não possuía o condão de revogar outra norma de mesma natureza, implicando, conseqüentemente, na retomada dos seus efeitos.

<sup>201</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003, p. 222.

<sup>202</sup> MORAES, Guilherme Peña de. **Constitucional** – teoria da constituição. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006, p. 18.

Atenção, o efeito repristinatório não se confunde com a repristinação, pois aquele atua no plano do controle de constitucionalidade, já esta cuida de um instituto de direito material e caracteriza-se pelo retorno ao mundo jurídico de uma norma anteriormente revogada por outra que perdeu sua vigência<sup>203</sup>.

Para melhor compreensão, segue exemplo ilustrativo do efeito repristinatório em sede de controle de constitucionalidade. A Lei nº X (que tratava do uso de cinto de segurança) foi revogada pela Lei nº Y. Ocorre que a Lei nº Y foi objeto de ADI, cuja decisão do STF reconheceu a sua inconstitucionalidade. Tendo em vista que no Brasil adota-se a Teoria das Nulidades dos atos normativos contrários à Constituição, a norma jurídica reconhecidamente inconstitucional torna-se nula, em regra, *ab initio*, ocorrendo o efeito repristinatório da Lei nº X, uma vez que a Lei nº Y não tinha o condão para revoga-la.

#### IV. 3. Dos Sistemas de Controle de Constitucionalidade

##### IV. 3.1. Sistema Norte-americano (controle incidental, difuso, em concreto, via de exceção, via de defesa)

O caso “William Marbury x James Madison” é considerado o marco da jurisdição constitucional nos Estados Unidos. Conforme esclarece Gustavo Binbenojm<sup>204</sup>, foi no voto do então ministro Marshal, da Suprema Corte Constitucional daquele Estado, na Ação Mandamental, que tratou do caso em tela, que surgiram os contornos do controle de constitucionalidade em concreto (difuso), os quais, em síntese, são:

- 1) A Constituição escrita é vista como lei fundamental, expressão da vontade originária do povo (soberania popular), que instituiu e, ao mesmo tempo delimita os poderes do Estado (governo limitado). Reafirma-se, assim, o princípio da supremacia constitucional.
- 2) Reconhece-se a todo e qualquer juiz ou tribunal, chamado a decidir uma demanda, a possibilidade de deixar de aplicar uma norma da legislação ordinária, pertinente ao caso, quando esta se revelar contrária ao texto constitucional.
- 3) A lei inconstitucional, porque contrária a uma lei superior, é considerada nula, isto é, inválida desde o seu nascedouro, cabendo ao Judiciário, apenas, declarar tal nulidade. A decisão judicial cinge-se a reconhecer uma situação preexistente, operando, portanto, efeitos retroativos (*ex tunc*).

<sup>203</sup> Vide **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB** (Decreto-Lei nº 4.657/42), art. 2º, par. 3º, *in verbis*: “salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”.

<sup>204</sup> BINENBOJM (2004), op., cit., p. 29-34.

Ou seja: o controle de constitucionalidade pressupõe: a supremacia das normas constitucionais, a competência dos juízes e tribunais para enfrentar incidentalmente a questão prejudicial de inconstitucionalidade e, ainda, a norma jurídica considerada inconstitucional é considerada nula desde seu nascimento.

#### **IV.3.2. Sistema Austríaco (europeu continental)**

Conforme exposto acima, no controle de constitucionalidade em concreto (incidental, difuso) o exame de possível vício de inconstitucionalidade da norma jurídica infraconstitucional é incidente processual no âmbito de um processo em andamento, tratando-se, portanto, de fundamento, de causa de pedir de uma ação, cujo pedido desta é outro diverso da declaração de inconstitucionalidade.

Já o controle de constitucionalidade em abstrato, em tese - exercido de forma concentrada - é examinado em uma ação própria, cujo pedido é o reconhecimento da inconstitucionalidade do ato normativo.

Este sistema de controle de constitucionalidade, inspirado na doutrina de Hans Kelsen, pressupõe a existência de uma Corte Especial - órgão autônomo - para analisar as questões de controle de constitucionalidade em abstrato<sup>205</sup>.

A Constituição da Áustria de 1920 recepcionou o controle de constitucionalidade em tese (abstrato), defendido por Hans Kelsen, estabelecendo que a competência para realizar o referido controle é de uma Corte Constitucional. Em 1929, no entanto, a Constituição austríaca foi modificada, contemplando também a possibilidade de análise de vícios de inconstitucionalidade de forma incidental. A rigor, hoje o sistema austríaco de controle de constitucionalidade prevê, além do controle em abstrato, o controle em concreto (incidental), mas, como salienta Gustavo Binbenbom<sup>206</sup>, ambos ficam sob o crivo exclusivo da Corte Constitucional.

#### **IV. 3.3. Sistema Francês**

O controle de constitucionalidade na França - com matiz fortemente política - é repressivo e concentrado. Ou seja: o exame da constitucionalidade de uma norma jurídica ocorre antes de a mesma ir para o ordenamento jurídico, ocorrendo, portanto, no curso do processo legislativo. De acordo com a Constituição da França de 1958, cabe ao *Conseil*

<sup>205</sup>KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2006, p.300-301.

<sup>206</sup>BINENBOJM (2004), op., cit., p. 38-39.



*Constitucional* exercer o controle de constitucionalidade do ordenamento jurídico infraconstitucional em face da Constituição.

#### **IV. 4. Brasil: Sistema Híbrido (misto) de Controle de Constitucionalidade**

O Brasil adota dois sistemas de controle judicial de constitucionalidade, por isso denominado de sistema híbrido ou misto. Assim, utiliza-se concomitantemente o controle de constitucionalidade norte-americano – chamado também de controle concreto, incidental ou *incidenter tantum*, difuso, via de defesa e via de exceção – e o sistema austríaco – este com feições próprias do direito pátrio.

##### **IV.4.1. O controle difuso de constitucionalidade (concreto, incidental ou incidenter tantum, via de defesa e via de exceção) no Brasil: aspectos gerais**

O sistema norte-americano de controle de constitucionalidade (*judicial review of legislation*) foi o primeiro a ser adotado em solo brasileiro na Constituição republicana de 1891, por influência de Rui Barbosa<sup>207</sup>. Este modelo de controle judicial representa um avanço para o constitucionalismo, pois permite que, diante de um caso concreto, qualquer órgão judicante enfrente a questão prejudicial de constitucionalidade. Trata-se de prejudicialidade em relação à análise do mérito da ação em curso, cujo reconhecimento de violação à Constituição não é o pedido, mas sim a causa de pedir, o fundamento do pedido.

Podem reconhecer como fundamento e, desse modo, afastar a norma impugnada ao enfrentar o mérito da ação: juízes estaduais das varas e dos juizados especiais; juízes federais das varas federais e dos juizados; órgãos fracionários (câmaras, seções, grupos de câmaras etc) dos tribunais de justiça dos estados e do Distrito Federal e dos tribunais regionais federais; os tribunais superiores (STJ, TST, TSE, STM) e o próprio STF.

Além dos magistrados, a jurisprudência do STF tem reconhecido a prerrogativa de os tribunais de contas, ao realizarem suas finalidades constitucionais, fazerem o

---

<sup>207</sup> Cabe informar que a Constituição Imperial de 1824, embora não previsse o controle de constitucionalidade como exercido hodiernamente, estabelecia em seu art. 15: “E’ da atribuição da Assembléa Geral: (...) VIII. Fazer Leis, interpretá-las, suspendê-las, e revogá-las. IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação.

controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público. Para ilustrar, Marcelo Alexandrino e Paulo Vicente apresentam a seguinte situação hipotética<sup>208</sup>:

suponha que determinada Corte de Contas - da União, dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios - esteja apreciando um processo de aposentadoria de servidor público e que recentemente tenha sido publicada uma lei que incida sobre a questão. Nessa hipótese, caso a Corte entenda que essa lei é inconstitucional, poderá, por maioria absoluta de votos (CF, art. 97), declará-la inconstitucional, afastando a sua aplicação ao caso concreto.

Os efeitos da decisão, em sede de controle difuso, são, em regra, entre as partes envolvidas em um dado processo, e *ex tunc* (isto é, efeitos retroativos). Para que a decisão possa produzir efeitos *erga omnes* (contra todos) faz-se mister que o Senado Federal, nos termos do art. 52, X, CF/88, suspenda “a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Ressalte, por oportuno, que o STF já se posicionou no sentido da possibilidade de efeitos *ex nunc* (prospectivos) de decisão no âmbito do controle difuso, conforme se extrai da ementa do Recurso Extraordinário nº 197.917<sup>209</sup>, da relatoria do ministro Maurício Correa:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de

<sup>208</sup> ALEXANDRINO, Marcelo, VICENTE Paulo. **Direito Constitucional descomplicado**. 14. ed. São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 812.

<sup>209</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 197917** / SP. Julgamento: 06/06/2002 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em [www.stf.br](http://www.stf.br). Acesso em 14.03.2017

um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37). 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). 7. Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ex tunc, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido.

A Constituição Federal de 1988 determina que a declaração de inconstitucionalidade, tanto no controle em abstrato como no controle difuso, pressupõe, em regra, a observância do Princípio da Reserva de Plenário (maioria absoluta dos membros do Tribunal ou de seu órgão especial, onde houver), esculpido no art. 97. Vale ressaltar que este princípio surgiu com a Constituição Federal de 1934.<sup>210</sup>

#### **IV.4.2. Do controle abstrato de constitucionalidade (em tese, concentrado) em solo brasileiro**

O controle abstrato (em tese, concentrado) visa a assegurar a higidez da Constituição, ou seja, ao examinar a constitucionalidade de um ato normativo, a Corte Constitucional (ou aquela que detém jurisdição constitucional) tem a missão de velar pelo

<sup>210</sup> A dinâmica processual do controle difuso de constitucionalidade e bem assim os elementos processuais pertinentes serão tratados na disciplina de Processo Constitucional,.

texto constitucional, por isso, a doutrina afirma se tratar de um processo objetivo, sem partes<sup>211</sup>.

Esta modalidade de controle em solo brasileiro começou a ser delineada a partir da Constituição Federal de 1934 com a Ação de Representação Interventiva, cujo objeto era a análise de constitucionalidade, pelo STF, da lei que decretara a intervenção. Esclarece Uadi Lammêgo Bulos que a mencionada ação tem origem no direito brasileiro, configurando “o embrião do controle concentrado de normas”, e complementa o autor<sup>212</sup>:

Na realidade, o constituinte de 1934 instituiu uma ação direta que, embora não possa ser considerada o marco da fiscalização abstrata no Brasil, correspondeu ao meio termo entre o controle difuso e o concentrado de normas.

Assim, a representação interventiva foi criada como uma variante de difusa, para operar em concreto, embora seja exercida por meio de ação direta, por mero didatismo, inclusa dentre os mecanismos de controle abstrato.

A rigor, a ação direta de inconstitucionalidade interventiva é “um instrumento de defesa abstrata da Constituição Federal de 1988, incumbido de defender concretamente os princípios constitucionais sensíveis”, assevera Uadi Lammêgo Bulos.<sup>213</sup> Tais princípios estão albergados no art. 34, inciso VII, alíneas *a, b, c, d, e*, CF/88, são eles:

- a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- b) direitos da pessoa humana;
- c) autonomia municipal;
- d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.
- e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

A violação a esses princípios pode dar ensejo à promoção da ação direta interventiva, e, por conseguinte, a flexibilização da autonomia dos Entes Políticos.

O controle de constitucionalidade abstrato e concentrado surgiu de fato no sistema jurídico brasileiro a partir da Emenda à Constituição nº 16 de 26 de novembro de 1965 (CF/46), a qual instituiu a ação genérica de constitucionalidade (a ADI de hoje). Sobre essa inovação assevera Luís Roberto Barroso<sup>214</sup>:

O controle de constitucionalidade só viria a sofrer inovação radical com a Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, na vigência ainda da Constituição de 1946, mas já sob o regime militar. Por seu

<sup>211</sup> BARROSO (2012), op., cit., p. 126.

<sup>212</sup> BULOS (2010), op., cit., p. 233-234.

<sup>213</sup> Idem. Ibidem, p. 234.

<sup>214</sup> BARROSO (2012), op., cit., p. 48.

intermédio instituiu-se a então denominada ação *genérica* de inconstitucionalidade. [...] Passava o Supremo Tribunal Federal a ter competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato federal, mediante representação que lhe fosse encaminhada pelo Procurador-Geral da República.

Nessa época apenas o Procurador Geral da República tinha legitimidade para propor a ação genérica de constitucionalidade, mantendo-se com esta prerrogativa até a promulgação da Constituição Federal de 1988, quando então a nova Carta trouxe um rol significativo de legitimados para manejar o controle abstrato concentrado de constitucionalidade, consoante o disposto no art. 103, CF/88, *in verbis*:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I- o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A doutrina divide a legitimação ativa *ad causam* no processo abstrato de constitucionalidade em: legitimados universais e legitimados especiais (temáticos).

Os legitimados universais (também denominados de neutros) são aqueles que em razão da sua função institucional não precisam demonstrar a correlação entre o ato impugnado e o seu interesse. Assim, são legitimados universais: Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados; Procurador-Geral da República; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional.

Os legitimados especiais (também chamados de interessados ou temáticos), por sua vez, são aqueles que dependem de demonstração de pertinência temática para propor uma ação de controle de constitucionalidade em abstrato. A pertinência temática consiste na correlação entre o interesse do legitimado e o conteúdo da norma jurídica. Nesses termos, pertencem a esta categoria de legitimados: a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Governador de Estado ou do Distrito Federal e Confederação sindical ou Entidade de classe de âmbito nacional.

A Constituição Federal de 1988 proclama em seu art. 102 que o STF é o guardião máximo da Constituição, competindo a ele exclusivamente conhecer e julgar as ações do

controle em abstrato de normas federais estaduais e, bem assim, as do Distrito Federal que tenham caráter de norma estadual (art. 32, par. 1º. CF/88), em face da Constituição Federal - por isso tal controle também é denominado de concentrado.

Já no plano estadual, o controle das normas municipais e estaduais é realizado em face da Constituição de cada Estado (art. 125, par. 2º, CF/88). Uma questão que já foi objeto de questão de concurso é a que envolve o ajuizamento concomitante de uma ADI federal perante o STF e uma ADI estadual (ação de representação de inconstitucionalidade) junto ao Tribunal de Justiça de um Estado, ambas com o mesmo objeto (lei estadual daquele estado). Nesse sentido, explica Luís Roberto Barroso:<sup>215</sup>

a decisão que vier a ser proferida pela Suprema Corte vinculará o Tribunal de Justiça estadual, mas não o contrário. Por essa razão, quando tramitarem paralelamente as duas ações, e sendo a norma constitucional estadual contrastada mera reprodução da Constituição Federal, tem-se entendido pela suspensão do processo no plano estadual.

A Federação é uma forma de Estado em que há uma sobreposição de ordens jurídicas e, desse modo, pode ocorrer de um ato normativo do Estado X violar ao mesmo tempo a Constituição deste ente regional e a Constituição Federal, configurando a situação acima ilustrada. André Tavares Ramos esclarece:<sup>216</sup>

declarada pelo Supremo Tribunal Federal a *inconstitucionalidade* de uma lei em face da Constituição Federal, a decisão, de efeito *erga omnes*, praticamente impedirá que subsista apreciação relativa à mesma norma requerida perante Corte estadual, na medida em que a lei ter-se-á tornado inexistente com a decisão. O processo perde seu objeto.

A Carta Constitucional de 1988 trouxe várias novidades para o cenário jurídico, entre elas destacam-se: 1.o aumento de legitimados para propor as ações de controle de constitucionalidade em tese (DI, ADC, ADO, ADPF), que antes era proposta somente pelo Procurador Geral da República; 2. estabeleceu o controle omissivo de constitucionalidade, compreendido na ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO, art. 103, par. 2º, CF/88) e no mandado de injunção (MI, art. 5º, LXXI, CF/88); 3. retornou com a representação de inconstitucionalidade estadual (art. 125, § 2º, CF/88), a qual, na verdade, se trata de uma ADI estadual; 4. a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF, art. 102, par. 1º, CF/88) e, 5. com a Emenda

<sup>215</sup> BARROSO (2012), op. cit., p.128.

<sup>216</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012. p. 465.

Constitucional nº 3 de 17 de março de 1993 introduziu-se a ação declaratória de constitucionalidade<sup>217</sup>.

O controle de constitucionalidade abstrato concentrado materializa-se nas seguintes ações diretas:

1. Ação direta de inconstitucionalidade (genérica - ADI) - disciplina normativa: art. 102, I, a, CF/88 e Lei nº 9.868/99;
2. Ação declaratória de constitucionalidade (ADC) - disciplina normativa: art. 102, I, a, CF/88 e Lei nº 9.868/99;
3. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) - disciplina normativa: art. 103, §2º, CF/88 e Lei nº 9.868/99;
4. Ação direta interventiva: disciplina normativa - art. 36, III, CF/88 e Lei nº 12.562/2011 (ADI Interventiva Federal) e Lei nº 4.337/64<sup>218</sup> (ADI Interventiva Estadual);
5. Ação de arguição de preceito fundamental (ADPF) - disciplina normativa: art. 102, §1º, CF/88 e Lei nº 9.882/99.

Cabe ressaltar que somente as normas editadas posteriormente à Carta Constitucional de 1988 podem ser objeto de controle pela via da ADI ou ADC. As normas anteriores se compatíveis com a nova ordem constitucional são recepcionadas, conforme já mencionado. Pode-se, entretanto, verificar a legitimidade constitucional de um diploma normativo anterior a Constituição por meio da ADPF ou no controle difuso pela via recursal (perante o STF com o recurso extraordinário).

Os atos normativos <sup>219</sup>passíveis de controle de constitucionalidade pela via da ação genérica de inconstitucionalidade são todos aqueles instituídos pela União, pelos Estados-membros e pelo Distrito Federal na sua competência estadual, nos termos do art. 102, I, a, combinado com o art. 32, par. 1º, ambos da CF/88.

As decisões do STF no âmbito das ações acima mencionadas consideram as seguintes consequências: no caso de ADI, ADC e ADPF as decisões terão: a) eficácia *erga omnes* (contra todos, exceto contra o Poder Legiferante); b) efeitos *vinculantes* em relação

<sup>217</sup> SILVA (2005) op., cit., p. 51.

<sup>218</sup> Segundo Pedro Lenza, este diploma normativo teria sido superado pelo novo diploma normativo, a Lei nº 12.562/11, a qual parece disciplinar por completo a ação direta interventiva, vide LENZA (2016), op., cit., p. 464.

<sup>219</sup> As espécies de normas jurídicas passíveis de sindicabilidade por meio da ADI, ADC e ADPF serão examinadas na disciplina de Processo Constitucional.

aos Poderes Executivo – nas Administrações Públicas federal, estadual, municipal e do Distrito Federal) e Judiciário.

Ainda, tais decisões terão, em regra, efeitos *ex tunc*, isto é, retroagem ao momento em que a norma jurídica entrou para o sistema normativo, visto que o STF adota a teoria das nulidades em sede de controle de constitucionalidade abstrato. Entretanto, esta teoria foi flexibilizada com a edição da Lei nº 9.868/99, que permite a modulação dos efeitos da decisão da Corte Suprema, conforme prescreve o art. 27 do mencionado diploma legal:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, **poderá** o Supremo Tribunal Federal, por **maioria de dois terços** de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (grifo nosso).

A mesma regra está prevista no art. 11 da Lei nº 9.882/99, que disciplina a ação de arguição de preceito fundamental (ADPF):

Art. 11. 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 (grifo nosso).

Assim, se a declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica pode resultar em prejuízo ao princípio da segurança jurídica ou outro dano maior que o reconhecimento de vício de inconstitucionalidade do ato normativo, o STF tem a prerrogativa legal de temporizar os efeitos da nulidade, transpondo para outro momento os efeitos de sua decisão.

Em se tratando de ADO os efeitos variam de acordo com a característica do órgão inerte. Desse modo, tem-se, nos termos do art. 103, par. 2º, CF/88:

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Na ação direta interventiva, se o STF julgar procedente o pedido, após a publicação do acórdão, dará ciência ao Presidente da República para tomar as medidas necessárias, nos termos do art. 36, par. 1 e 3º, CF/88, que estabelecem:



§ 1º O decreto de intervenção, que especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução e que, se couber, nomeará o interventor, será submetido à apreciação do Congresso Nacional ou da Assembleia Legislativa do Estado, no prazo de vinte e quatro horas.

(...)

§ 3º Nos casos do art. 34, VI e VII, ou do art. 35, IV, dispensada a apreciação pelo Congresso Nacional ou pela Assembleia Legislativa, o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade.

Somente o Procurador Geral da República tem legitimidade para propor a ADI Interventiva Federal, *ex vi* art. 129, inciso IV e art. 36, inciso III, CF/88. Já no âmbito dos estados, entende-se que, por simetria, a prerrogativa para propor a ADI Interventiva Estadual seria do Procurador Geral de Justiça, chefe do Ministério Público Estadual, mas cada Ente Político regional disciplinará esta ação em sua Constituição. No estado do Rio de Janeiro, por exemplo, a Constituição fluminense prescreve, em seu art. 161, inciso V, alínea b, que a deflagração da representação interventiva ocorre por iniciativa do Procurador Geral de Justiça.

#### **IV.4.3. Técnicas (critérios) do controle de constitucionalidade**

##### **IV.4.3.1. Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto**

Esta técnica (critério) - também denominada de princípios por alguns estudiosos<sup>220</sup> - visa a salvar parte de uma norma impugnada por ferir a Constituição, sem com isso haver qualquer alteração no texto. Nesse sentido, preleciona Uadi Lammêgo Bulos:<sup>221</sup>

O princípio da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto é a **técnica decisória que possibilita à Corte Suprema excluir determinadas hipóteses de aplicação de um programa normativo. Sem empreender qualquer alteração gramatical dos textos legais**, permite que o Supremo aplique uma lei, num determinado sentido, a fim de preservar a sua constitucionalidade (grifo nosso).

Ainda, em relação à finalidade deste critério, acentuam Marcelo Alexandrino e Paulo Vicente:<sup>222</sup>

o Supremo Tribunal Federal recorre à técnica de declaração parcial de nulidade sem redução de texto quando constata a existência de uma regra legal inconstitucional que, em razão da redação adotada pelo

<sup>220</sup> Vide Uadi Lammêgo Bulos, in: BULOS (2010), op. cit., p. 360-462.

<sup>221</sup> BULOS (2014), op., cit., p. 371.

<sup>222</sup> ALEXANDRINO; VICENTE (2015), op., cit., p. 784.

legislador, não tem como ser excluída do texto da lei sem que a supressão acarrete um resultado indesejado. Assim, nem a lei, nem parte dela, é retirada do mundo jurídico (nenhuma palavra é suprimida do texto da lei). Apenas a aplicação da lei - em relação a determinadas pessoas, ou a certos períodos - é tida por inconstitucional. Em relação a outros grupos de pessoas, ou a períodos diversos, ela continuará plenamente válida, aplicável.

Vale acrescentar que esta técnica de interpretação no plano abstrato de constitucionalidade tem sido adotada pelo STF desde os anos de 1960<sup>223</sup>.

Um exemplo jurisprudencial para ilustrar a aplicação da declaração parcial sem redução de texto, conforme ementa da decisão na ADI 939<sup>224</sup>, da relatoria do ministro Sydney Sanches:

**EMENTA:** - Direito Constitucional e Tributário. **Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar.** I.P.M.F. Imposto Provisorio sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal. 1. **Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.).** 2. A **Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993**, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que e garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributaria reciproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que e garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I, e art. 150, VI, "a", da C.F.); 3. - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: "b"): templos de qualquer culto; "c"): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e "d"): livros, jornais, periodicos e o papel destinado a sua impressão; 3. **Em consequencia, e inconstitucional, também, a**

<sup>223</sup>BULOS (2014), op., cit., p. 361.

<sup>224</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 939/DF. Julgamento: 15/12/1993. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 16.03.2017.

**Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos**, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993 (grifo nosso).

No caso acima, foram objeto da ADI dispositivos da Emenda Constitucional nº 3/93 e da Lei Complementar nº 77/93, que regulamentou o disposto na referida emenda à Constituição.

Por oportuno, em alguns julgados o STF equipara a declaração parcial sem redução de texto com a interpretação conforme a Constituição. Alguns autores, no entanto, fazem distinção, apesar de reconhecerem que na prática os efeitos são muito semelhantes. À guisa de exemplo, segue ementa da decisão da ADI nº 4815, da relatoria da ministra Carmem Lúcia:<sup>225</sup>

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVOLABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO. 1. A Associação Nacional dos Editores de Livros - Anel congrega a classe dos editores, considerados, para fins estatutários, a pessoa natural ou jurídica à qual se atribui o direito de reprodução de obra literária, artística ou científica, podendo publicá-la e divulgá-la. A correlação entre o conteúdo da norma impugnada e os objetivos da Autora preenche o requisito de pertinência temática e a presença de seus associados em nove Estados da Federação comprova sua representação

<sup>225</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4815/DF. Julgamento: 10.06.2015. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 16.03.2017.

nacional, nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2. O objeto da presente ação restringe-se à interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil relativas à divulgação de escritos, à transmissão da palavra, à produção, publicação, exposição ou utilização da imagem de pessoa biografada. 3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceada pelo Estado ou por particular. 4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações. 5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa. 6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei. 7. A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem. 8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias. 9. **Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição** aos arts. 20 e 21 do Código Civil, **sem redução de texto**, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes) (grifo nosso).

A doutrina<sup>226</sup> ressalta que a técnica de controle que dá interpretação a uma norma sem redução de seu texto equipara-se com a interpretação conforme a Constituição dada pelo STF.

<sup>226</sup> BRANCO; MENDES (2012), op., cit., p. 1818-1819.

#### IV. 4.3.2. Interpretação conforme a Constituição

A datar da Constituição alemã de 1949, desenvolveu-se no âmbito da jurisprudência daquele país esta técnica. Segundo Uadi Lammêgo Bulos<sup>227</sup>, a interpretação conforme a Constituição “é um critério de exegese, ao mesmo tempo, uma técnica de controle de constitucionalidade”, cuja função é salvar um ato normativo a partir de uma, dentre várias interpretações, que se coadune com a Constituição vigente.

Ainda, acentua André Ramos Tavares<sup>228</sup>:

O Tribunal, na técnica da interpretação conforme, declara a constitucionalidade do ato questionado, desde que compreendido em conformidade com a Constituição, interpretação esta explicitada pelo julgado e incorporada, resumidamente, na parte dispositiva da decisão. O resultado da decisão é, pois, a declaração de constitucionalidade. A interpretação conforme à Constituição é um método de trabalho desenvolvido dentro da atividade de controle da constitucionalidade. Não é mera fórmula interpretativa.

A interpretação conforme a Constituição já vem sendo utilizada pelo STF antes mesmo da promulgação da Carta Constitucional de 1988. Atualmente ela está positivada, juntamente com declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, no art. 28, p.u., da Lei nº 9.868/99 (que disciplina a ADI, ADC, ADO), *in verbis*:

Parágrafo único. a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação **conforme a constituição** e a **declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto**, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do poder judiciário e à administração pública federal, estadual e municipal (grifo nosso).

Embora esta técnica objetive salvaguardar pelo menos uma interpretação do texto normativo que esteja em harmonia com a Constituição, há de se ter em mente que o julgador (intérprete) encontra limites nos elementos existentes no texto normativo. Nesse sentido acentua André Gustavo C. de Andrade:<sup>229</sup>

A tarefa interpretativa, apesar do subjetivismo que encerra, encontra limites incontornáveis no texto interpretado. Não pode o intérprete, à guisa de buscar harmonização com a Constituição, retirar consequência jurídica evidentemente não emanável da lei interpretada.

Assim, a técnica da interpretação conforme a constituição não pode ser manejada para esvaziar ou criar sentidos que não existem no texto normativo. Abaixo segue ementa

<sup>227</sup> BULOS (2010), op., cit., p. 458.

<sup>228</sup> TAVARES, André Ramos **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 292.

<sup>229</sup> ANDRADE, André Gustavo C. de. **Dimensões da interpretação conforme a constituição**. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/>. Acesso em 16.03.2017.

de decisão da ADI nº 1719, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa, na qual o STF aplica a técnica da interpretação conforme a Constituição:<sup>230</sup>

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. JUIZADOS ESPECIAIS. ART. 90 DA LEI 9.099/1995. APLICABILIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA EXCLUIR AS NORMAS DE DIREITO PENAL MAIS FAVORÁVEIS AO RÉU. O art. 90 da lei 9.099/1995 determina que as disposições da lei dos Juizados Especiais não são aplicáveis aos processos penais nos quais a fase de instrução já tenha sido iniciada. Em se tratando de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral contida no art. 2º do CPP não padece de vício de inconstitucionalidade. Contudo, as normas de direito penal que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL da Constituição federal. Interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995 para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis aos réus contidas nessa lei.

No tocante às semelhanças entre a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e a interpretação conforme a Constituição, asseveram Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Ferreira Mendes:<sup>231</sup>

Ainda que se não possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme à Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na *declaração de nulidade sem redução de texto*, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas *hipóteses de aplicação do programa normativo* sem que se produza alteração expressa do texto legal. (grifo no original).

Desse modo, conclui-se que o STF, ao utilizar a técnica ou o princípio da interpretação conforme a Constituição, objetiva encontrar dentre várias interpretações da norma impugnada, uma que se coadune com o texto constitucional vigente.

Logo, não cabe o manejo desta técnica quando o ato normativo tiver apenas um sentido possível. O STF pronunciou-se neste sentido no julgamento da ADI 3510, da relatoria do ministro Carlos Ayres Britto, cujo objeto era a Lei de Biossegurança, conforme se extrai de parte da ementa do julgado<sup>232</sup>:

<sup>230</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1719 / DF. Julgamento: 18/06/2007 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 16.03.2017.

<sup>231</sup>BRANCO; MENDES (2012), op., cit., p. 1822.

<sup>232</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510 / DF - Julgamento: 29/05/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 18.03.2017.

EMENTA: Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei de Biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (lei de biossegurança). Pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência de violação do direito à vida. Consistencialidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. Descaracterização do aborto. Normas constitucionais conformadoras do direito fundamental a uma vida digna, que passa pelo direito à saúde e ao planejamento familiar. Descabimento de utilização da técnica de interpretação conforme para aditar à lei de biossegurança controles desnecessários que implicam restrições às pesquisas e terapias por ela visadas. improcedência total da ação (...).

IX - Improcedência da ação. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. **Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade.** Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente (grifo nosso).

A declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto - ou de nulidade sem redução de texto, como a denominada Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Ferreira Mendes -, por sua vez, pressupõe a exclusão de certa hipótese prevista na norma, sem, entretanto, retirá-la do texto normativo.

#### **IV.4.3.3. Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade**

Por meio desta técnica o STF reconhece que a norma impugnada é inconstitucional, mas, para evitar danos maiores com a declaração de sua nulidade, mantém seus efeitos.

A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade - cuja origem é do direito alemão - não é novidade em solo brasileiro, sendo utilizada em vários momentos pelo STF, conforme se extrai das ementas das ADIs nº 3.316 e 3.489<sup>233</sup>, da relatoria do ministro Eros Roberto Grau, nas quais as leis dos Estados-membros, que promoveram a criação de novo município ou desmembraram área de um município para agregar a outro, foram declaradas inconstitucionais, mas sem a perda de seus efeitos no mundo jurídico:

<sup>233</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIs nº 3.316, 3.489. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 18.03.2017.

ADI 3316 / MT -

Relator: Min. EROS GRAU

Julgamento: 09/05/2007 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno

EMENTA: **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.**

**LEI N. 6.893, DE 28 DE JANEIRO DE 1.998, DO ESTADO DO MATO GROSSO, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE SANTO ANTÔNIO DO LESTE. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO. 1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada -- - embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do Município de Santo Antônio do Leste importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desapplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação**



do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. **Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade** 13. **Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, Lei n. 6.893, de 28 de janeiro de 1.998, do Estado do Mato Grosso** (grifo nosso).

ADI 3489 / SC  
Relator(a): Min. EROS GRAU

Julgamento: 09/05/2007 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno

**EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 12.294, DE 22 DE JUNHO DE 2.002, DO ESTADO DE SANTA CATARINA, QUE ANEXO A LOCALIDADE DE VILA ARLETE, DESMEMBRADA DO MUNICÍPIO DE CAMPOS NOVOS, AO MUNICÍPIO DE MONTE CARLO. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO. 1. A localidade de Vila Arlete, desmembrada do Município de Campos Novos, foi efetivamente integrada ao Município de Monte Carlo. 2. Existência de fato da agregação da faixa de terra ao Município de Monte Carlo, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: o desmembramento de parte de Município e sua conseqüente adição a outro. A não edição da lei**

complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. O desmembramento e integração da localidade de Vila Arlete objeto da lei importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento do desmembramento de gleba de um Município e sua integração a outro, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. **Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade** 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, Lei n. 12.294, de 22 de junho de 2002, do Estado de Santa Catarina.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Eros Grau (Relator), julgando improcedente a ação, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 18.05.2006. Decisão: **O Tribunal, à unanimidade, julgou procedente a ação direta, e, por maioria, ao não pronunciar a nulidade do ato impugnado, manteve sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses até que o legislador estadual estabeleça novo regramento, nos termos do voto reajustado do Senhor Ministro Eros Grau (Relator)** e do voto-vista do Senhor Ministro Gilmar Mendes, vencido, nesse ponto, o Senhor Ministro Marco Aurélio, que declarava a nulidade do ato questionado. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 09.05.2007 (grifo nosso).

As decisões acima transcritas, proferidas pelo STF no controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, em sede de ADI, como se constata, cedem lugar para a segurança jurídica e a realidade fática, em detrimento da aplicação da teoria da nulidade da norma reconhecidamente inconstitucional.

#### IV. 4.4.4. Declaração de inconstitucionalidade da norma ainda constitucional, mas em trânsito para a inconstitucionalidade

Por meio desta técnica o STF contemporiza a aplicação das demais técnicas de controle de constitucionalidade abstrato, concentrado.

A declaração de inconstitucionalidade de norma ainda constitucional - também conhecida como inconstitucionalidade progressiva, tem sua origem no direito alemão, decorrente de construção jurisprudencial da Corte Constitucional daquele país.

O STF já aplicou esta técnica em alguns casos em sede de controle difuso de constitucionalidade. Para ilustrar seguem dois exemplos:

A primeira situação envolvia a possibilidade – ou não – de prazo em dobro para a Defensoria Pública recorrer em sede de processo penal, uma vez que tal possibilidade não está prevista para o Ministério Público.

Entretanto, a Lei nº 1.060/50 prescreve, em seu art. 5º, par. 5º, *in verbis*.<sup>234</sup>

nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, **o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente** de todos os atos do processo, em ambas as Instâncias, **contando-se-lhes em dobro todos os prazos** (grifo nosso).

Também a Lei Complementar nº 80/94 (diploma que estabelece a organização da defensoria pública da União e do Distrito Federal) prevê a intimação pessoal e o prazo em dobro em todas as situações para esta instituição<sup>235</sup>, nos termos do art. 44, inciso I, *ipsis litteris*:

**Art. 44. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União:**

I – receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes **em dobro todos os prazos** (grifo nosso).

O STF foi instado a se manifestar acerca da constitucionalidade do referido dispositivo da Lei nº 1.060/50, em sede de controle difuso, na ação de *habeas corpus* nº

<sup>234</sup> Ressalta-se que o dispositivo acima transcrito não foi revogado pelo novel de processo civil de 2015, que passou a tratar da gratuidade de justiça, revogando assim alguns dispositivos da Lei nº 1.060/50.

<sup>235</sup> Sem descuidar de mencionar as normas constitucionais que revelam a importância social da Defensoria Pública, que são o art. 5º, LXXIV, que reza, *in verbis*, “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”; e o art. 134, que delinea as suas finalidades institucionais.

70.514, da relatoria do ministro Sydney Sanches, conforme demonstra respectivamente a ementa e a decisão do julgado em tela:<sup>236</sup>

**EMENTA: - Direito Constitucional e Processual Penal. Defensores Públicos: prazo em dobro para interposição de recursos (§ 5º do art. 5º da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989). Constitucionalidade. "Habeas Corpus". Nulidades. Intimação pessoal dos Defensores Públicos e prazo em dobro para interposição de recursos. 1. Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5º do art. 1º da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública. 2. Deve ser anulado, pelo Supremo Tribunal Federal, acórdão de Tribunal que não conhece de apelação interposta por Defensor Público, por considerá-la intempestiva, sem levar em conta o prazo em dobro para recurso, de que trata o § 5º do art. 1º da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989. 3. A anulação também se justifica, se, apesar do disposto no mesmo parágrafo, o julgamento do recurso se realiza, sem intimação pessoal do Defensor Público e resulta desfavorável ao réu, seja, quanto a sua própria apelação, seja quanto à interposta pelo Ministério Público. 4. A anulação deve beneficiar também o co-réu, defendido pelo mesmo Defensor Público, ainda que não tenha apelado, se o julgamento do recurso interposto pelo Ministério Público, realizado nas referidas circunstâncias, lhe é igualmente desfavorável. "Habeas Corpus" deferido para tais fins, devendo o novo julgamento se realizar com prévia intimação pessoal do Defensor Público, afastada a questão da tempestividade da apelação do réu, interposto dentro do prazo em dobro.**

**Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por maioria de votos, rejeitou a arguição de inconstitucionalidade do § 5º do art. 5º da Lei n. 1.060, de 05.02.50, com a redação da Lei n. 7.871, de 08.11.89, no que concerne ao prazo em dobro fixado para recurso do defensor público, por entendê-la ainda constitucional, nos termos do voto proferido pelo Relator. Vencidos, em parte, os Ministros Paulo Brossard e Néri da Silveira, que também a declaravam constitucional, e o Ministro Marco Aurélio, que a declarava inconstitucional. No mérito, o Tribunal, por maioria de votos, deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio, que o indeferia. Votou o Presidente na preliminar e no mérito. Procurador-Geral da República, Dr. Moacir Antonio Machado da Silva,**

<sup>236</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 70.514-RS. Julgamento: 23/03/1994 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 19.03.2017.

na ausência ocasional do Dr. Aristides Junqueira Alvarenga. Plenário, 23.3.94 (grifo nosso).

Como se verifica na ementa acima transcrita, o STF aplicou ao caso concreto a técnica da inconstitucionalidade progressiva, ou seja, os dispositivos, tanto da Lei nº 1.060/50, como da Lei Complementar nº 80/94, poderão ser declarados inconstitucionais quando a defensoria pública tiver a estrutura necessária para seu bom funcionamento, assim como a tem o Ministério Público.<sup>237</sup>

Outro caso em que o STF teve a oportunidade de examinar e, por razões práticas, aplicou o princípio (técnica) da inconstitucionalidade progressiva (declaração de constitucionalidade de norma em trânsito para a inconstitucionalidade) foi no Recurso Extraordinário (paradigma) nº 135.328, da relatoria do ministro Marco Aurelio Mello, no qual se discutia a eficácia do art. 68, do Código de Processo Penal brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988, que em seu art. 134 estabelece a missão institucional da Defensoria Pública. A ementa da decisão é elucidativa e merece transcrição:<sup>238</sup>

**LEGITIMIDADE - AÇÃO "EX DELICTO" - MINISTÉRIO PÚBLICO - DEFENSORIA PÚBLICA - ARTIGO 68 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CARTA DA REPÚBLICA DE 1988.** A teor do disposto no artigo 134 da Constituição Federal, cabe à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV, da Carta, estando restrita a atuação do Ministério Público, no campo dos interesses sociais e individuais, àqueles indisponíveis (parte final do artigo 127 da Constituição Federal). **INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA - VIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE - ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUDICIÁRIA DOS NECESSITADOS - SUBSISTÊNCIA TEMPORÁRIA DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.** Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada por lei, organizada - e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação - a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. Irrelevância de a assistência

<sup>237</sup> Vide art. 98, ADCT, CF/88, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 80/2014, que estabelece, *in verbis*: “Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população. § 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo. § 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional”.

<sup>238</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 135.328/SP**. Julgamento em 29.06.1994. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 19.03.2017.

vir sendo prestada por órgão da Procuradoria Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento.

O que se infere desta técnica de decisão, em que se reconhece que determinada norma é constitucional, é que dada a efetivação de certas condições, ela poderá se tornar inconstitucional – guardando afinidade com outras técnicas desenvolvidas na atualidade, como será visto no próximo tópico.

#### **IV. 4.4.5. Novas construções de técnicas de decisão em sede de controle de constitucionalidade político e judicial: da declaração de inconstitucionalidade por agregação e a teoria do estado de coisas inconstitucional**

Desde a Antiguidade pensadores estudam os fundamentos do Direito e de sua função construtora e modificadora da realidade<sup>239</sup>. Paulo Nader<sup>240</sup>, na contemporaneidade, assevera que:

Para o homem e para a sociedade, **o Direito não constitui um fim, apenas um meio para tornar possível a convivência e o progresso social**. Apesar de possuir um substrato axiológico permanente, que reflete a estabilidade da ‘natureza humana’, **o Direito é um engenho à mercê da sociedade e deve ter a sua direção de acordo com os rumos sociais**. (grifo nosso).

As múltiplas necessidades dos homens trazem grande desafio ao Direito que, além de desenvolver mecanismos à manutenção da paz e do equilíbrio social, precisa criar instrumentos racionais com vistas a manter sua coerência e a cientificidade, tanto no plano da produção legislativa, como no plano da interpretação por parte dos magistrados. Com efeito, as decisões geram impacto não apenas *inter partes*, mas também *erga omnes*, quando se tratar de controle de constitucionalidade abstrato (controle concentrado).

As teorias do controle de constitucionalidade por agregação e a teoria do estado de coisas inconstitucional surgem neste contexto.

Segundo o idealizador da primeira corrente de pensamento (controle de constitucionalidade por agregação) Leonardo de Andrade Costa<sup>241</sup>, o caráter científico e

<sup>239</sup> Sobre o tema vide SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica**: introdução a uma leitura externa do Direito. 4 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

<sup>240</sup> NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 31 ed. Rev. e Atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 19-20

<sup>241</sup> COSTA, Leonardo de Andrade; CARLI, Ana Alice De. **A inconstitucionalidade por agregação: requisito de coerência e cientificidade do direito**. (no prelo), 2017.

a coerência que se espera do Direito pressupõe a adoção de uma visão holística da disciplina jurídica em sua permanente interação com os demais campos do conhecimento.

A partir de uma concepção sistêmica da razão humana, percebe-se que o legislador (ao criar a norma jurídica) e o magistrado, ao interpretá-la e aplicá-la no caso concreto ou no controle de constitucionalidade abstrato, precisam levar em consideração, também, os impactos (efeitos) do conjunto de decisões já exaradas e o conjunto das alterações legislativas já produzidas. Explica o autor<sup>242</sup>:

um ato individualmente submetido à avaliação jurídica em dado momento do tempo pode não ser inconstitucional, mas o conjunto dos eventos em relação ao mesmo tema (mudanças legislativas adotadas e decisões judiciais já proferidas anteriormente) pode caracterizar **inconstitucionalidade por agregação**. Um exemplo concreto de inconstitucionalidade por agregação decorre de diversas decisões do Supremo Tribunal Federal e de Emendas Constitucionais que ocasionaram, **em seu conjunto**, a ruptura da forma federativa idealizada pelo Constituinte Originário, posto atingir o **núcleo essencial** do regime federativo, o qual tem como pressuposto a autonomia constitucional dos entes políticos subnacionais, o que abrange, necessariamente, a autonomia financeira. Não se quer dizer com o exposto, que o modelo de federalismo fiscal idealizado pelo Constituinte Originário seja imutável, a partir de uma interpretação literal do teor do disposto no inciso I do §4º do art. 60 da Constituição. Não é isso. No entanto, o conjunto de decisões perpetradas (legislativas e judiciais) desde 1988 não poderiam ter atingido **o núcleo essencial** da forma federativa, que tem como seu pilar fundamental de sustentação a autonomia financeira dos entes políticos subnacionais (grifo nosso).

Por sua vez, a tese do estado de coisas inconstitucional – oriunda da jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia – tem como fundamento a ideia de que significativa parcela da realidade social não está em conformidade com os ditames constitucionais. Carlos Alexandre de Azevedo Campos<sup>243</sup> traz suas impressões sobre a doutrina em tela:

Trata-se de decisão que busca conduzir o Estado a observar a dignidade da pessoa humana e as garantias dos direitos fundamentais, uma vez que esteja em curso graves violações a esses direitos por omissão dos poderes públicos. [...] o juiz constitucional depara-se com uma realidade social necessitada de transformação urgente, e, ao mesmo tempo, com falhas estruturais e impasses políticos que implicam, além do estado inconstitucional em si mesmo, a improbabilidade de o governo superar esse estágio de coisas contrário ao sistema de direitos

<sup>242</sup>COSTA; CARLI (2017), op., cit., p. 7.

<sup>243</sup>CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 1ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 96.

fundamentais, sem que o seja a partir de uma forte e ampla intervenção judicial [...].

Também sobre tese do estado de coisas inconstitucional, o estudioso colombiano Omar Huertas Díaz<sup>244</sup> acentua:

[...]a figura do estado de coisas inconstitucional foi criada pela jurisprudência com o objetivo de garantir o cumprimento dos fins do Estado, assim como garantir os direitos e deveres constitucionais, buscando contestar e corrigir as violações aos direitos humanos que requerem um tratamento especial por parte dos órgãos do Estado no seu conjunto.

Na Colômbia a doutrina do estado de coisas inconstitucional já foi aplicada em várias situações. A guisa de exemplo vale trazer à baila a Sentença nº T-153/98 da Corte Suprema da Colômbia<sup>245</sup>:

#### **ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Hacinamiento**

*Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. Durante muchos años, la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella representaba día a día la transgresión de la Constitución y de las leyes. Las circunstancias en las que transcurre la vida en las cárceles exigen una pronta solución. En realidad, el problema carcelario representa no sólo un delicado asunto de orden público, como se percibe actualmente, sino una situación de extrema gravedad social que no puede dejarse desatendida. Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema.*<sup>246</sup>

<sup>244</sup> DIAZ, Omar Huertas; CARLI, Ana Alice De; SOARES, Bruno P. *El estado de cosas inconstitucional como un mecanismo de exigibilidad de respeto y garantía de los derechos humanos en Colombia y en Brasil pelo STF*. (no prelo).

<sup>245</sup> COLÔMBIA. Suprema Corte de Justiça. **La Corte Suprema confirma medidas de amparo a la población penitenciaria de San Bernardo (Armenia)**. Disponível em <<http://www.derechos.org/>>. Acesso em 19.03.2017.

<sup>246</sup> Tradução Livre: “Estado de coisas inconstitucional prisão em –Superlotação. Prisões colombianas caracterizam-se pela superlotação, graves deficiências em termos de assistência social e serviços públicos, a regra de violência, a extorsão e a corrupção e a falta de oportunidades e meios para a ressocialização dos



O fragmento da decisão acima transcrita revela nuances da teoria do estado de coisas inconstitucional e a evolução da jurisdição constitucional. No mesmo sentido segue a tese do controle de constitucionalidade por agregação.

#### IV.5. ESTUDO DE CASO

**1. Em determinado estado da federação, o Chefe do Poder Executivo decidiu reduzir proposta orçamentária encaminhada pela Defensoria Pública do respectivo Estado ao enviá-la para a Assembleia Legislativa. A Associação Nacional dos Defensores Públicos não se conformou com tal ato por parte do Governador, alegando desrespeito a normativa constitucional. Você, na qualidade de advogado da referida Associação, deverá produzir a peça pertinente, apontando a competência para julgar a lide, a legitimidade e demais pressupostos processuais.**

#### IV. 6. QUESTÕES OBJETIVAS

**1. (IX Exame de Ordem Unificado – FGV) O Estado “X” possui Lei Ordinária, que dispõe sobre regras de trânsito e transporte. Determina essa lei a instalação de cinto de segurança em veículos de transporte coletivo de passageiros, impondo penalidades em caso de descumprimento. Inconformado com este diploma legal, o Governador do Estado deseja propor ação direta de inconstitucionalidade. Neste caso, assinale a afirmativa correta.**

- a) A ação não poderá ser ajuizada pelo Governador sem prévia autorização da Assembleia Legislativa do Estado X, já que se trata de ação contra lei do próprio Estado.
- b) O Governador não poderá propor a ADI, como pretende, pois a lei não possui vício de inconstitucionalidade.
- c) A lei é inconstitucional, pois viola a competência privativa da União para legislar sobre trânsito.
- d) Não haveria vício de inconstitucionalidade, caso a lei estadual tivesse status de lei complementar, em vez de lei ordinária.

**2. (SEFAZ/SP 2013 - FCC - AGENTE FISCAL DE RENDAS - TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO) Sob o fundamento de ofensa à repartição constitucional de competências entre os entes da Federação, o Procurador-Geral da República propõe ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, tendo por objeto lei estadual que complementa a disciplina de determinada matéria de direito urbanístico constante de lei federal preexistente. Como se depreende de elementos extraídos do processo, a lei**

---

presos. Esta situação é totalmente consistente com a definição do estado inconstitucional de assuntos. E aí segue uma flagrante violação de uma série de direitos fundamentais dos reclusos no colombiano prisões, tais como a dignidade, a vida e a integridade pessoal, familiar, saúde, trabalho e direitos à presunção de inocência, etc. Por muitos anos, a sociedade e o estado tem cruzado de armas nesta situação, observando a tragédia diária de prisão, com indiferença, enquanto ela representava todos os dias a violação da Constituição e as leis. As circunstâncias em que corre a vida na prisão exigem uma solução rápida. Na verdade, o problema da prisão representa não só uma delicada questão de ordem pública, como atualmente percebida, mas uma situação de extrema gravidade social que não pode ser deixada sozinha. Mas o remédio para os males que assolam o sistema prisional não está exclusivamente nas mãos do INPEC ou do Ministério da justiça. Por isso, o tribunal tem que passar para exigir aos diferentes ramos e órgãos do poder público então eles tomam medidas adequadas no endereço para a solução deste problema”.

**estadual tem por finalidade atender a peculiaridades do Estado-membro, sem contrariar as normas gerais contidas na lei federal preexistente, a qual, contudo, não contém norma de autorização para que os Estados-membros legislem sobre a matéria. Nessa hipótese, nos termos da Constituição da República de 1988:**

a) o Procurador-Geral da República não possui legitimidade para a propositura da ação, embora, no mérito, a fundamentação seja procedente, uma vez que direito urbanístico é matéria de competência legislativa privativa da União.

b) a lei estadual não pode ser objeto de controle concentrado perante o Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, embora, no mérito, a fundamentação seja procedente, uma vez que direito urbanístico é matéria de competência legislativa privativa da União.

c) o Procurador-Geral da República possui legitimidade ativa e a lei estadual pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, mas a ação, no mérito, é improcedente, uma vez que direito urbanístico é matéria de competência legislativa concorrente, em relação à qual os Estados possuem competência suplementar.

d) o Procurador-Geral da República possui legitimidade ativa e a lei estadual pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, assim como, no mérito, a ação é procedente, uma vez que direito urbanístico é matéria de competência legislativa privativa da União.

e) o Procurador-Geral da República possui legitimidade ativa e a lei estadual pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, mas a ação, no mérito, é improcedente, uma vez que seria necessária prévia autorização por lei complementar federal para o Estado legislar a respeito da matéria de forma a atender a suas peculiaridades.

**3. (OAB Nacional 2009 – II) Assinale a opção correta no que diz respeito ao controle das omissões inconstitucionais.**

a) A ação direta de inconstitucionalidade por omissão que objetive a regulamentação de norma da CF somente pode ser ajuizada pelos sujeitos enumerados no artigo 103 da CF, sendo a competência para o seu julgamento privativa do STF.

b) Na omissão inconstitucional total ou absoluta, o legislador deixa de proceder à completa integração constitucional, regulamentando deficientemente a norma da CF.

c) A omissão inconstitucional pode ser sanada mediante dois instrumentos: o mandado de injunção, ação própria do controle de constitucionalidade concentrado; e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, instrumento do controle difuso de constitucionalidade.

d) O mandado de injunção destina-se à proteção de qualquer.

**4. (TRT 9ª 2013 - FCC - ANALISTA JUDICIÁRIO - ÁREA JUDICIÁRIA) De acordo com a Constituição Federal brasileira, em matéria de controle difuso de constitucionalidade, o Senado Federal poderá editar uma resolução suspendendo a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Esta resolução senatorial**

a) terá efeitos erga omnes, porém *ex nunc*, ou seja, a partir da sua publicação.

b) não terá efeitos erga omnes, sendo que os efeitos inter partes, serão *ex nunc*, ou seja, a partir da sua publicação.

c) terá efeitos erga omnes e *ex tunc*, ou seja, anteriores a sua publicação.

d) somente terá efeitos *ex tunc* depois de aprovada por maioria absoluta do Senado Federal e um terço do Congresso Nacional.

e) não terá efeitos *erga omnes*, porém os efeitos inter partes serão *ex tunc*, ou seja, anteriores a sua publicação.

**5. No tocante à Ação Declaratória de Constitucionalidade, considere:**

I. Pode ser proposta por Confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.  
II. O Procurador-Geral da República e a Mesa da Câmara dos Deputados têm legitimidade ativa para a sua propositura.

III. Tem a finalidade principal de transformar a presunção relativa de constitucionalidade em presunção absoluta, em razão dos seus efeitos vinculantes.

IV. Pode ter como objeto a lei ou ato normativo federal ou estadual que se pretenda declarar constitucional.

Está correto APENAS o que se afirma em

- a) I, II e IV.
- b) I e III.
- c) II e III.
- d) I, II e III.
- e) III e IV.

**6. (OAB/Nacional 2008.II) Acerca do controle de constitucionalidade concentrado, julgue os itens a seguir.**

I – A administração pública indireta, assim como a direta, nas esferas federal, estadual e municipal, fica vinculada

às decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade.

II – Em razão do princípio da subsidiariedade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão somente será cabível se ficar provada a inexistência de qualquer meio eficaz para afastar a lesão no âmbito judicial.

III – É possível controle de constitucionalidade do direito estadual e do direito municipal no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

IV – São legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade interventiva os mesmos que têm legitimação para propor ação direta de inconstitucionalidade genérica.

Estão certos apenas os itens

- a) I e II.
- b) I e III.
- c) II e IV.
- d) III e IV.

**7. (XVIII Exame de Ordem Unificado – 2015) A Lei Z, elaborada recentemente pelo Poder Legislativo do Município M, foi promulgada e passou a produzir seus efeitos regulares após a Câmara Municipal ter derrubado o veto aposto pelo Prefeito. A peculiaridade é que o conteúdo da lei é praticamente idêntico ao de outras leis que foram editadas em milhares de outros Municípios, o que lhe atribui inegável relevância. Inconformado com a derrubada do veto, o Prefeito do Município M, partindo da premissa de que a Lei Z possui diversas normas violadoras da ordem constitucional federal, pretende que sua inconstitucionalidade seja submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal.**

**A partir das informações acima, assinale a opção que se encontra em consonância com o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil.**

a) O Prefeito do Município M, como agente legitimado pela Constituição Federal, está habilitado a propor arguição de descumprimento de preceito fundamental questionando a constitucionalidade dos dispositivos que entende violadores da ordem constitucional federal.

b) A temática pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade ou de arguição de descumprimento de preceito fundamental, se proposta por qualquer um dos legitimados pelo Art. 103 da Constituição Federal.

c) A Lei Z não poderá ser objeto de ação, pela via concentrada, perante o Supremo Tribunal Federal, já que, de acordo com o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, atos normativos municipais só podem ser objeto de controle, caso se utilize como paradigma de confronto a Constituição Federal, pela via difusa.

d) Os dispositivos normativos da Lei Z, sem desconsiderar a possibilidade de ser realizado o controle incidental pela via difusa, podem ser objeto de controle por via de arguição de descumprimento de preceito fundamental, se proposta por qualquer um dos legitimados pelo Art. 103 da Constituição Federal.

**8. (OAB 2010.2 – FGV) A obrigatoriedade ou necessidade de deliberação plenária dos tribunais, no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, significa que:**

a) somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

b) a parte legitimamente interessada pode recorrer ao respectivo Tribunal Pleno das decisões dos órgãos fracionários dos Tribunais Federais ou Estaduais que, em decisão definitiva, tenha declarado a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

c) somente nas sessões plenárias de julgamento dos Tribunais Superiores é que a matéria relativa a eventual inconstitucionalidade da lei ou ato normativo pode ser decidida.

d) a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar toda e qualquer ação que pretenda invalidar lei ou ato normativo do Poder Público pode ser delegada a qualquer tribunal, condicionada a delegação a que a decisão seja proferida por este órgão jurisdicional delegado em sessão plenária.

**9. (OAB 2011.3 – FGV) NÃO pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade**

a) decreto que promulga tratado.

b) decreto legislativo que aprova tratado.

c) resolução.

d) súmula vinculante.

**10. (TJ/AL 2012 - CESPE\_ME - ANALISTA JUDICIÁRIO ESPECIALIZADO - ÁREA JUDICIÁRIA) Julgue os itens abaixo (V ou F):**

a) É admitida medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão ajuizada perante o STF.

b) A CF estabelece a possibilidade de deferimento de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade interventiva federal.

c) Em regra, decisão proferida em controle difuso de constitucionalidade produz efeitos entre as partes e *ex tunc*, embora o STF já tenha reconhecido efeito *ex nunc*.

d) Resolução administrativa de tribunal não pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, por não constituir ato normativo.

e) Qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do poder público pode propor arguição de descumprimento de preceito fundamental.

**11. (XI Exame de Ordem Unificado – FVG) A Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão estão regulamentadas no âmbito infraconstitucional pela lei 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento destas ações perante o Supremo Tribunal Federal. Tomando por base o constante na referida lei, assinale a alternativa incorreta.**

a) Podem propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão os mesmos legitimados para propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade.

b) Cabe no âmbito da Ação Declaratória de Constitucionalidade a concessão de medida cautelar.

c) As decisões proferidas em Ação Direta de Inconstitucionalidade e em Ação Declaratória de Constitucionalidade possuem o chamado efeito dúplice.

d) Enquanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade não admitem desistência, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão admite a desistência a qualquer tempo.

**12. (MPE/AL 2012 - FCC - PROMOTOR DE JUSTIÇA DE 1º ENTRÂNCIA) Determinado Estado-Membro da Federação Brasileira possui uma lei de organização de seus servidores públicos, em vigor desde 1986, com três dispositivos frontalmente contrários à atual ordem constitucional. Referidos dispositivos legais poderão ter sua compatibilidade com a Constituição Federal judicialmente questionada por meio de:**

a) ação direta de inconstitucionalidade, de competência do Supremo Tribunal Federal.

b) arguição de descumprimento de preceito fundamental, de competência do Tribunal de Justiça do respectivo Estado-Membro.

c) recurso extraordinário, de competência do Supremo Tribunal Federal.

d) ação direta de inconstitucionalidade por omissão, de competência do Tribunal de Justiça do respectivo Estado-Membro.

e) ação direta interventiva, de competência do Superior Tribunal de Justiça.

**13. (OAB 2010.2 – FGV) Declarando o Supremo Tribunal Federal, incidentalmente, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal em face da Constituição do Brasil, caberá:**

a) ao Procurador-Geral da República, como chefe do Ministério Público da União, expedir atos para o cumprimento da decisão pelos membros do Ministério Público Federal e dos Estados.

b) ao Presidente da República editar decreto para tornar inválida a lei no âmbito da administração pública.

c) ao Senado Federal suspender a execução da lei, total ou parcialmente, conforme o caso, desde que a decisão do Supremo Tribunal Federal seja definitiva.

d) ao Advogado-Geral da União interpor o recurso cabível para impedir que a União seja compelida a cumprir a referida decisão.

#### **REFERÊNCIAS DO CAP. IV**

ALEXANDRINO, Marcelo, VICENTE Paulo. **Direito Constitucional descomplicado**. 14. ed. São Paulo: MÉTODO, 2015.

ANDRADE, André Gustavo C. de. **Dimensões da interpretação conforme a constituição**. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em 16.03.2017.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 2 Ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel. **O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99**. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2001, p. 233-268.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2** / DF. Relator(a): Min. PAULO BROSSARD. Julgamento: 06/02/1992. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 02.03.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4815/DF**. Julgamento: 10.06.2015. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 16.03.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 135.328/SP**. Julgamento em 29.06.1994. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 19.03.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4222 AgR** / DF. AG.REG. NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Julgamento: 01/08/2014. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 03.03.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIs nº 3.316, 3.489 e 3.689**. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 18.03.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 70.514-RS**. Julgamento: 23/03/1994 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 19.03.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 939/DF**. Julgamento: 15/12/1993. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 16.03.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 2491 AgR/PI**. AG.REG. NA RECLAMAÇÃO. Julgamento: 02/12/2016 - Órgão Julgador: Primeira Turma. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 11.03.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3510** / DF - Julgamento: 29/05/2008 . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 18.03.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 32033** / DF. Relator Min. GILMAR MENDES. Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI. Julgamento: 20/06/2013. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 03.03.2017.

BULOS, Uadi Lammêgo Bulos. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

BULOS, Uadi Lamego. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1999.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 1ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

COLÔMBIA. Suprema Corte de Justiça. **La Corte Suprema confirma medidas de amparo a la población penitenciaria de San Bernardo (Armenia)**. Disponível em <<http://www.derechos.org/>>. Acesso em 19.03.2017.

COSTA, Leonardo de Andrade; CARLI, Ana Alice De. **A inconstitucionalidade por agregação: requisito de coerência e cientificidade do direito**. (no prelo), 2017.

DIAZ, Omar Huertas; CARLI, Ana Alice De; SOARES, Bruno P. *El estado de cosas inconstitucional como un mecanismo de exigibilidad de respeto y garantía de los derechos humanos en Colombia y en Brasil pelo STF*.(no prelo).

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fonte.2006.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 20ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MORAES, Guilherme Peña de. **Constitucional** – teoria da constituição. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 31 ed. Rev. e Atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica**: introdução a uma leitura externa do Direito. 4 ed. rev.atual.ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no de controle de constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel. **O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99**. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 Ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3 Ed. São Paulo: Ed. Malheiros. 1988.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

## CAPÍTULO V

### REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

#### V.I. Considerações iniciais

O termo “garantias constitucionais” foi consagrado na doutrina brasileira desde os mais antigos constitucionalistas, como Paulo Bonavides. Desde cedo, o signo “garantia” foi objeto de estudo e de uso deliberado pela classe jurídica publicista, o que, para Paulo Bonavides (2005, p. 526), também foi conceituado de maneira indevida.

Para Bonavides, ao se recorrer do Dicionário da Real Academia Espanhola, o termo “garantia” foi historicamente associado ao texto da Constituição de um país, de modo que o contexto histórico da sua concepção foi perdido no tempo. Bonavides<sup>247</sup> leciona que:

Como se vê, ocorre o equívoco sempre que a garantia é posta numa acepção em conexão direta com o instrumento de organização do Estado que é a Constituição. Demais, se aceitássemos a confusão, nunca lograríamos tampouco um conceito preciso e útil do que seja uma garantia constitucional. Esse caminho conduziria sem dúvida ao obscurecimento de uma das noções mais valiosas para o entendimento da progressão valorativa do Estado liberal em sua passagem para o Estado social, conforme adiante intentaremos demonstrar. Há dois pólos ao redor dos quais giram as garantias, as declarações e os direitos desde o berço em que se formaram: o indivíduo e a liberdade. A estes, um terceiro pólo se acrescentou no século XX: a instituição. Mas o advento desta marca uma ruptura da linha clássica e tradicional no entendimento das garantias enquanto garantias individuais.

Ao consagrar o advento das garantias constitucionais no âmbito do Estado libera, Bonavides muito bem reconhece que as garantias se ligam umbilicalmente ao escopo do rompimento de relações abusivas entre o poder público e o particular. Carlos Sánchez Viamonte<sup>248</sup> conceitua garantia como: “[...] instituição criada em favor do indivíduo, para que, armado com ela, possa ter ao seu alcance imediato o meio de fazer efetivo qualquer dos direitos individuais que constituem em conjunto a liberdade civil e política”.

<sup>247</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 526.

<sup>248</sup> VIAMONTE, Carlos Sánchez. In: BONAVIDES, *Opus Citatum*, p. 527.

Comentado [AADC3]: USAR ESPAÇO 2.O DE PARÁGRFO

Comentado [AADC4]: AQUI DEVE SER LETRA 11, ESPAÇO 1,15



De todo modo, Paulo Bonavides<sup>249</sup> reconhece que o texto constitucional contém garantias constitucionais para a proteção da ordem objetiva (como é o caso do controle de constitucionalidade e das limitações materiais e formais de reforma da Constituição) e do Estado (intervenção, estado de sítio e estado de defesa), assim como para a proteção de direitos subjetivos do particular lesados ou em vias de sofrer lesão por justa ameaça. A primeira classe, das garantias constitucionais em sentido estrito, foi mais bem estudada por constitucionalistas italianos após a Segunda Guerra Mundial; já a segunda classe, comumente referida como remédios constitucionais, é objeto de preferência dos constitucionalistas latino-americanos:

[...] Mostram eles [publicistas latino-americanos] a cada passo uma viva preocupação em acompanhar de perto, com redobrado interesse, a criação pelo constituinte de novos recursos jurisdicionais, novas técnicas ou novos institutos aptos a configurarem mecanismos de garantia constitucional dos direitos fundamentais.

A garantia constitucional nesta última acepção é em geral entendida, não somente como garantia prática do direito subjetivo, garantia que de perto sempre o circunda toda vez que a uma cláusula declaratória do direito corresponde a respectiva cláusula assecuratória, senão também como o próprio instrumento (remédio jurisdicional) que faz a eficácia, a segurança e a proteção do direito violado.

Assim estabelecida, temos visto nos ordenamentos constitucionais contemporâneos crescer de importância a figura da garantia constitucional, que repercute não somente no campo do direito constitucional de amplitude clássica, senão também que se dilata à esfera do direito processual, atraindo-o, no tocante à tutela jurisdicional da liberdade e dos direitos fundamentais, para o vasto território onde se renova e amplia cada vez mais o estudo da matéria constitucional.

José Afonso da Silva<sup>250</sup>, por sua vez, entende que as nomenclaturas “remédios constitucionais” e “garantias constitucionais”, apesar de conceitualmente distintas, encontram-se no cerne da mesma questão: a proteção a direitos e interesses individuais frente a atos ilegais ou de abuso de poder. Sobre o conceito de “remédios constitucionais” como espécie de “garantias constitucionais”, “ações constitucionais” e suas características:

A Constituição inclui entre as garantias individuais o direito de petição, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o *habeas data*, a ação popular – aos quais se vem dando, na doutrina e na

<sup>249</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 533.

<sup>250</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 161.

jurisprudência, o nome de “remédios de direito constitucional” ou “remédios constitucionais”, no sentido de *meios* postos à disposição dos indivíduos para propor a intervenção das autoridades competentes visando a *sanar, corrigir*, ilegalidade e abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais. Alguns desses remédios revelam-se meios de provocar a atividade jurisdicional; e, então, têm natureza de ação: são *ações constitucionais*.

São *garantias constitucionais* na medida em que são instrumentos destinados a assegurar o gozo de direitos violados ou me vias de serem violados, ou simplesmente não-atendidos. [...]. Permitimo-nos, contudo, lembrar que esses remédios não deixam também de exercer um papel limitativo da atuação do Poder Público, quer porque, existindo, este se comporta de maneira a evitar sofrer-lhes a impugnação, quer porque o exercício desses direitos-remédios pelos titulares dos direitos ou interesses violados ou ameaçados, ou não satisfeitos nos termos da Constituição, importa impor correção a seus atos e atividades – o que é um modo de limitar. E mais: tais remédios atuam precisamente quando as limitações e vedações não foram bastantes para impedir a prática de atos ilegais e com excesso de poder ou abuso de autoridade. São, pois, espécies de garantias, que, pelo seu caráter específico e por sua função saneadora, recebem o nome de “remédios”, e “remédios constitucionais”, porque consignados na Constituição.

A partir destas noções fundamentais, é possível inferir que os direitos fundamentais são a posição jurídica de que é titular uma pessoa para o exercício da sua liberdade, da sua dignidade, da identificação nacionalista, da realização política e da realização social. Já as garantias são os meios pelos quais estes direitos são protegidos contra abusos de poder ou ilegalidades, ou mesmo para a defesa da ordem jurídica e do Estado. Os remédios constitucionais são garantias destinadas ao indivíduo para conter abusos de poder ou ilegalidades, de modo a se configurarem como ações constitucionais caso previstos no texto magno e com repercussão no exercício dos direitos fundamentais.

## V.II. Espécies de remédios constitucionais

São as espécies de remédios constitucionais consagrados pelo texto constitucional e pela doutrina<sup>251</sup>: *habeas corpus*, *habeas data*, ação popular, mandado de segurança, mandado de injunção e reclamação constitucional, os quais serão explanados a seguir.

<sup>251</sup> SILVA, *Opus Citatum*, p. 161.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 571.

### V.II.1. *Habeas Corpus*

As origens do *habeas corpus* remontam ao rompimento do absolutismo inglês com o advento da *Magna Carta* de 1215, não relacionado estritamente ao direito fundamental de livre locomoção, porém sim ao *due process of law*<sup>252</sup>.

No Brasil, o *habeas corpus* foi primeiro previsto no Código de Processo Criminal de 1832<sup>253</sup>, no seu artigo 340, com escopo semelhante ao vigente hodiernamente, porém este remédio constitucional sofreu um alargamento no âmbito de proteção por conta do artigo 72, §22, da Constituição Federal da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891<sup>254</sup>, segundo a nova reforma ortográfica: “Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder”.

A expansão da circunscrição de aplicação do *habeas corpus* como ação constitucional permitiu o que se denominou com o costume da Ciência do Direito Constitucional de “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, para admitir o seu conhecimento para atos ilegais ou em que se configurem abuso de poder com relação a outras espécies de direitos fundamentais. Assim leciona Gilmar Mendes<sup>255</sup>:

A formulação ampla do texto constitucional deu ensejo a uma interpretação que permitia o uso do *habeas corpus* para anular até mesmo ato administrativo que determinara o cancelamento de matrícula de aluno em escola pública, para garantir a realização de comícios eleitorais, o exercício de profissão, dentre outras possibilidades.

No mesmo sentido é Paulo Bonavides<sup>256</sup>, que complementa o andamento histórico do instituto com a reforma constitucional de 1926 e com a sua reformulação com a Constituição Federal de 1934:

Mas nem tudo foi derrota para o antigo Estado de Direito da tradição liberal: ao antigo *habeas corpus*, basicamente o único meio processual de defesa dos direitos e das liberdades individuais contra o arbítrio do Estado e com uma amplitude *sui generis* que perdurou até 1926, ano da única e efêmera reforma da primeira Constituição republicana do Brasil (a de 1891), se acrescentou, por criação do constituinte de 1934, o mandado de segurança, um novo remédio de jurisdição constitucional.

<sup>252</sup> SILVA, *Opus Citatum*, p. 161.

<sup>253</sup> BRASIL. Código de Processo Criminal de 1832. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

<sup>254</sup> BRASIL. Constituição Federal dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>>. Acesso em: 25 de maio de 2020.

<sup>255</sup> MENDES, *Opus Citatum*, p. 609.

<sup>256</sup> BONAVIDES, *Opus Citatum*, p. 546-547.

Após 1934, como apontado por Gilmar Mendes<sup>257</sup>:

Todas as demais Constituições brasileiras, sem qualquer exceção, incorporaram a garantia do *habeas corpus* (Constituição de 1934, art. 113, n. 23; Constituição de 1937, art. 122, n. 16; Constituição de 1946, art. 141, § 23; Constituição de 1967/69, art. 150, § 20). Durante todo esse tempo, essa garantia somente foi suspensa pelo Ato Institucional n. 5, de 1968, no que concerne aos crimes políticos, contra a segurança nacional, contra a ordem econômica e social e contra a economia popular.

O *habeas corpus* é regulado pelo artigo 5º, LXVIII, da CF e pelos artigos 647 ao 667 do CPP. O cabimento do *habeas corpus* se limita à **violação injusta ou ameaça da liberdade de locomoção** (ilegalidade ou abuso de poder). A liberdade de locomoção é norma de eficácia contida, porque ela é livre em tempos de paz, mas a lei poderá restringi-la (artigo 5º, XV, da CF). Em tempos de guerra, as restrições à liberdade de locomoção podem ser maiores que em tempos de paz.

O *habeas corpus* poderá ser **preventivo** (ameaça à liberdade de locomoção – o pedido é o salvo conduto) ou **repressivo** (lesão à liberdade de locomoção – o pedido é o alvará de soltura ao paciente). Rege-se pelo princípio da universalidade: qualquer pessoa poderá impetrar *habeas corpus*, natural ou jurídica, nacional ou estrangeira, independente da capacidade postulatória e da capacidade civil. **O *habeas corpus* dispensará advogado e será gratuito** (artigo 5º, LXXVII, da CF). As pessoas jurídicas não poderão ser pacientes, porque não sofrem restrição à locomoção – mas as pessoas jurídicas podem ser impetrantes do *habeas corpus*.

**Legitimado ativo** é qualquer pessoa ou o Ministério Público<sup>258</sup> (artigo 654 do CPP), sendo o **paciente** quem sofreu a restrição à locomoção ou quem se encontra ameaçado. O **legitimado passivo** será o agente público que promoveu o abuso de poder – juízes, delegados de polícia – ou os particulares que promoverem ilegalidades – donos de centros de reabilitação de entorpecentes, por exemplo. O *habeas corpus* pode ser concedido de ofício pelo juiz.

Segundo o artigo 142, §2º, da CF, **não caberá *habeas corpus* para o mérito de punições disciplinares militares**. A interpretação que se dá a este dispositivo é a de que se a prisão administrativa disciplinar for legal e válida, não caberá *habeas corpus*. Se

<sup>257</sup> MENDES, *Opis Citatum*, p. 610.

<sup>258</sup> Mas também a Defensoria Pública e outros órgãos.

houver algum vício, como excesso de prazo e autoridade incompetente, caberá *habeas corpus*.

A súmula 690 do STF foi cancelada. O entendimento atual é que os *habeas corpus* de decisões de Turmas Recursais dos Juizados Especiais Criminais sejam impetrados perante os Tribunais de Justiça. Se for de Turma Recursal de Juizado Especial Federal, serão impetrados perante os Tribunais Regionais Federais.

A súmula 693 do STF diz que o *habeas corpus* **não caberá para condenações em que só se comine pena de multa**. A súmula 694 do STF diz que não caberá *habeas corpus* para pena de exclusão militar, perda de patente ou de função pública. Também não caberá *habeas corpus* quando a pena privativa de liberdade já for extinta (súmula 695 do STF). Em todas estas situações não há ameaça ou lesão à liberdade de locomoção.

Não caberá *habeas corpus* contra **decisões do STF**, inclusive contra **decisão monocrática de Ministro do STF** (vigora o princípio da superioridade de grau). Não caberá também contra a **suspensão de direitos políticos** ou contra **pena em PAD**.

**Do ato que determinar a quebra de sigilo bancário, fiscal ou telefônico, em regra, não caberá *habeas corpus*, mas caberá quando houver risco de ofensa indireta à liberdade de locomoção.**

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, pela 2ª turma, julgou o HC 143.641/SP, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Foram apontadas como autoridades coatoras os Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, os juízes e juízas das varas criminais estaduais, os Tribunais Regionais Federais e os juízes e juízas federais com competência criminal. Trata-se da primeira impetração de *habeas corpus* coletivo na prática forense da Corte Suprema.

O referido *writ* foi impetrado no contexto da cultura do confinamento pela justiça criminal que condena<sup>259</sup>:

[...] mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais precários, subtraindo-lhes o acesso a programas de saúde pré-natal, assistência

<sup>259</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no *Habeas Corpus* 143.641 (São Paulo). 2018, p. 13. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 20 de fevereiro de 2018. Data de Publicação: 9 de outubro de 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338809875&ext=.pdf>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

regular na gestação e no pós-parto, e ainda privando as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento, constitui tratamento desumano, cruel e degradante, que infringe os postulados constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de penas cruéis e, ainda, ao respeito à integridade física e moral da presa.

Apesar de não haver previsão expressa no texto constitucional e no Código de Processo Penal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal se debruçaram sobre a questão e alinhavaram os argumentos que permitiriam a impetração de um *habeas corpus* coletivo.

O relator, Ministro Ricardo Lewandowski, entendeu que é cabível a impetração de *habeas corpus* coletivo ao retomar a jurisprudência da corte sobre o cabimento de medidas judiciais em situações críticas, em que a defesa individual do direito resta inviabilizada, como é o caso, pela hipossuficiência econômica. Assim, o ministro<sup>260</sup> relata que a massificação das situações jurídicas, aliada à proteção devida pelos remédios constitucionais, requer que se entenda cabível o *habeas corpus* coletivo:

De forma coerente com essa realidade, o Supremo Tribunal Federal tem admitido, com crescente generosidade, os mais diversos institutos que logram lidar mais adequadamente com situações em que os direitos e interesses de determinadas coletividades estão sob risco de sofrer lesões graves. A título de exemplo, vem permitindo a ampla utilização da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), assim como do Mandado de Injunção coletivo. [...].

Com maior razão, penso eu, deve-se autorizar o emprego do presente writ coletivo, dado o fato de que se trata de um instrumento que se presta a salvaguardar um dos bens mais preciosos do homem, que é a liberdade. Com isso, ademais, estar-se-á honrando a venerável tradição jurídica pátria, consubstanciada na doutrina brasileira do *habeas corpus*, a qual confere a maior amplitude possível ao remédio heroico, e que encontrou em Ruy Barbosa quiçá o seu maior defensor. Segundo essa doutrina, se existe um direito fundamental violado, há de existir no ordenamento jurídico um remédio processual à altura da lesão. À toda a evidência, quando o bem jurídico ofendido é o direito de ir e vir, quer pessoal, quer de um grupo pessoas determinado, o instrumento processual para resgatá-lo é o *habeas corpus* individual ou coletivo. É que, na sociedade contemporânea, burocratizada e massificada, as lesões a direitos, cada vez mais, assumem um caráter coletivo, sendo conveniente, inclusive por razões de política judiciária, disponibilizar-se um remédio expedito e efetivo para a proteção dos segmentos por elas atingidos, usualmente desprovidos de mecanismos de defesa céleres e adequados. [...].

<sup>260</sup> BRASIL, *Idem*, p. 24-25; 27.

Nessa linha, destaco o art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, que preconiza a competência de juízes e os tribunais para expedir, de ofício, ordem de habeas corpus, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofreu ou está na iminência de sofrer coação ilegal. A faculdade de concessão, ainda que de ofício, do writ, revela o quanto o remédio heroico é flexível e estruturado de modo a combater, de forma célere e eficaz, as ameaças e lesões a direitos relacionados ao *status libertatis*. Indispensável destacar, ainda, que a ordem pode ser estendida a todos que se encontram na mesma situação de pacientes beneficiados com o writ, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

A impetração coletiva vem sendo conhecida e provida em outras instâncias do Poder Judiciário, tal como ocorreu no Habeas Corpus 1080118354-9, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e nos Habeas Corpus 207.720/SP e 142.513/ES, ambos do Superior Tribunal de Justiça. Neste último, a extensão da ordem a todos os que estavam na mesma situação do paciente transformou o habeas corpus individual em legítimo instrumento processual coletivo, por meio do qual se determinou a substituição da prisão em contêiner pela domiciliar.

#### V.II.2. *Habeas data*

O *habeas data* foi concebido na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. O seu escopo de criação remonta ao período de exceção pelo qual o país havia passado nas últimas duas décadas anteriores a 1985, porquanto<sup>261</sup>:

O instituto cristaliza historicamente na consciência da sociedade brasileira uma reação jurídica do constituinte a violações, manipulações e excessos perpetrados em matéria informativa pessoal pelas entidades governamentais da ditadura ao longo de duas décadas de exercício do poder autoritário sem limites.

Surgindo com a Constituição Federal de 1988, cabe para obter informações pessoais em poder do Estado, ou a complementação ou retificação destes dados (artigo 5º, LXXII, da CF e artigo 7º, III, da Lei 9.507/1997) – os pedidos não podem ser cumulativos: ou obter, ou complementar, ou retificar. Protege a **intimidade e a vida privada**, podendo girar em torno de dados sobre o nome, a escolaridade, o trabalho, **configurando medida personalíssima**<sup>262</sup>:

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;

<sup>261</sup> BONAVIDES, *Opus Citatum*, p. 553.

<sup>262</sup> BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 25 de março de 2020.  
BRASIL. Lei 9.507/1997. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

Artigo 7º – Conceder-se-á *habeas data*: [I e II são réplicas do dispositivo anterior]

[...].

III – para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro, mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

**Não caberá *habeas data* para dados públicos** (caberá mandado de segurança), e **nem para dados de terceiros** (a não ser para falecidos, sendo legitimado ativo extraordinário o seu herdeiro), mas somente de dados próprios.

Se a recusa for de fornecer certidão ou documento, caberá mandado de segurança; se a recusa for de fornecer algum dado ou informação, caberá *habeas data*. Também não caberá *habeas data* para acessar informações sobre critérios utilizados em avaliação de provas de concursos, revisão ou consulta de provas, porque os dados não são pessoais, cabendo mandado de segurança. Não caberá *habeas data* para saber a autoria do denunciante em processo administrativo, cabendo mandado de segurança.

**Caberá *habeas data* para acessar a dados do pagamento de tributos do próprio contribuinte**, mas não para obter vista de processo administrativo.

A legitimidade ativa do *habeas data* assiste à **pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, titular dos dados. Excepcionalmente, o herdeiro poderá ajuizar *habeas data* em favor de dados do falecido** – hipótese de substituição processual ou legitimação extraordinária.

A legitimidade passiva pertence à **entidade que controla o banco de dados**. O banco de dados pode ser da Administração Pública direta ou indireta de todas as esferas, ou mesmo banco de dados privado, desde que tenha caráter público, ou seja, que estes dados possam ser transmitidos a terceiros (cartórios privados, SPC, Serasa).

<b>Legitimidade ativa</b>	<b>Legitimidade passiva</b>
Pessoa natural ou jurídica, nacional ou estrangeira, relativa a dados próprios. Legitimidade ativa extraordinária: herdeiro pode ajuizar <i>habeas data</i> em favor de dados do falecido (substituição processual).	Entidade que controla banco de dados, da Administração Pública direta ou indireta, ou banco de dados privado, desde que tenha caráter público. Considera-se de <b>caráter público</b> todo <u>registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam</u>



	<u>ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações</u> (artigo 1º da Lei 9.507/1997).
--	--

Segundo a súmula 2 do STJ<sup>263</sup>, **não caberá *habeas data* se a autoridade administrativa não se recusar a fornecer os dados (hipótese de jurisdição condicionada)**, não havendo necessidade de esgotar as instâncias administrativas. Uma mera tentativa frustrada gera direito a impetrar *habeas data*.

A **prova da recusa** poderá se dar com a própria recusa declarada expressamente pela autoridade ou pelo administrador do banco de dados e também pelo decurso do tempo (artigo 8º da Lei 9.507/1997). **Não havendo pretensão resistida, a ação é carente de interesse de agir, não devendo ser conhecida.** Se for para o acesso a informações, prova-se pela declaração ou pelo decurso de 10 dias; se for para a retificação de informações, prova-se pela declaração ou pelo decurso de 15 dias.

<b>Prova da recusa (acesso a informações)</b>	<b>Prova da recusa (retificação de informações ou anotação nos assentamentos da justificação da informação)</b>
Declaração ou o decurso de 10 dias	Declaração ou o decurso de 15 dias

**O *habeas data* e o *habeas corpus* são remédios constitucionais gratuitos** (artigo 5º, LXXVII, da CF). **O *habeas data* não dispensa advogado, porque a parte não possui capacidade postulatória neste caso** – o único remédio constitucional cujo *jus postulandi* pertence ao legitimado ativo é o *habeas corpus*.

O procedimento é extremamente simples e célere, porque o *habeas data* se baseia em provas pré-constituídas majoritariamente.

A **petição inicial** é confeccionada de acordo com o artigo 319 do CPC, em duas vias, cujos documentos originais serão copiados na segunda via (artigo 8º da Lei 9.507/1997). A petição inicial será instruída com (artigo 8º, § único, da Lei 9.507/1997):

- ♣ A recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de 10 dias sem decisão;
- ♣ A recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de 15 dias;

<sup>263</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Enunciado da súmula 2. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

- ♣ A recusa em fazer-se a anotação nos assentamentos da justificação da informação ou do decurso de mais de 15 dias.

Ao **despachar a inicial**, o juiz ordenará que se notifique o coator do conteúdo da petição, entregando-lhe a segunda via apresentada pelo impetrante, com as cópias dos documentos, a fim de que, **no prazo de 10 dias, preste as informações que julgar necessárias** (artigo 9º da Lei 9.507/1997).

Ao invés de despachar a inicial, o juiz **poderá indeferir a petição inicial**, quando (artigo 10 da Lei 9.507/1997):

- ♣ Faltar-lhe requisito legal;
- ♣ Não for o caso de *habeas data*.

Do indeferimento da petição inicial, caberá Apelação (artigo 15 da Lei 9.507/1997); se parcial, caberá Agravo de Instrumento.

Após despachar a inicial e receber as informações que julgar necessárias do coator em 10 dias, o **Ministério Público será ouvido em 5 dias** e o **juiz decidirá em 5 dias** (artigo 12 da Lei 9.507/1997).

Na decisão, **se julgar procedente o pedido, o juiz marcará data e horário para que o coator** (artigo 12 da Lei 9.507/1997) – obrigação de fazer e entregar:

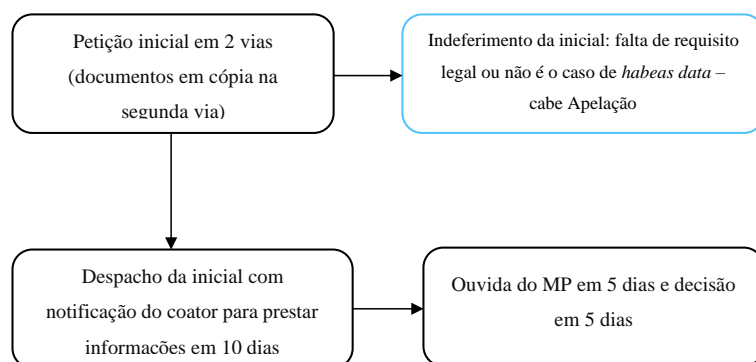
- ♣ Apresente ao impetrante as informações a seu respeito, constantes de registros ou bancos de dados; ou
- ♣ Apresente em juízo a prova da retificação ou da anotação feita nos assentamentos do impetrante.

Da sentença que conceder ou negar o *habeas data* cabe Apelação – se for caso de procedência do *habeas data*, o recurso terá efeito meramente devolutivo (artigo 15 da Lei 9.507/1997). Isto não impede que o réu requeira efeito suspensivo da decisão no tribunal pelo Presidente do Tribunal, cabendo Agravo Interno contra sua decisão (artigo 16 da Lei 9.507/1997).

O pedido de *habeas data* poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito (artigo 18 da Lei 9.507/1997).

Os processos de *habeas data* terão **prioridade sobre todos os atos judiciais, exceto *habeas corpus* e mandado de segurança**. Na instância superior, deverão ser levados a julgamento na primeira sessão que se seguir à data em que feita a distribuição, forem conclusos ao relator (artigo 19, *caput*, da Lei 9.507/1997) – o prazo para conclusão não poderá exceder a 24 horas (artigo 19, § único, da Lei 9.507/1997).

São gratuitos o procedimento administrativo para acesso a informações e retificação de dados e para anotação de justificação, bem como a ação de *habeas data* (artigo 21 da Lei 9.507/1997).



### V.II.3. Ação popular

A ação popular, regulada pelo artigo 5º, LXXIII, da CF, e pela Lei 4.717/1965<sup>264</sup>, surgiu na Constituição Federal de 1934. Excluída do texto de 1937, voltou a ser contemplada pela Constituição Federal de 1946.

A história da ação popular remonta o Direito Romano, em que os interesses públicos, isto é, atinentes a todos indistintamente, poderiam ser defendidos por qualquer um, por agir *pro populo*. José Afonso da Silva<sup>265</sup> leciona:

O nome “ação popular” deriva do fato de se atribuir ao povo, ou a parcela dele, legitimidade para pleitear, por qualquer de seus membros, a tutela jurisdicional de interesse que não lhe pertence *uti singuli*, mas à coletividade. O *autor popular* faz valer um interesse que só lhe cabe *uti universi*, como membro de uma comunidade, agindo *pro populo*. Mas a ação popular não é mera atribuição de *ius actionis* a qualquer do povo, ou a qualquer cidadão, como no caso da nossa. Essa é apenas uma de suas notas conceituais. O que lhe dá conotação essencial é a natureza impessoal do interesse defendido por meio dela: *interesse da coletividade*. Ela há de visar à defesa de direito ou interesse público. O qualificativo “popular” prende-se a isto: *defesa da coisa pública, coisa do povo (publicum, de populum, de populum)*.

Toda ação popular consiste na possibilidade de qualquer membro da coletividade, com maior ou menor amplitude, invocar a tutela jurisdicional a interesses coletivos.

Trata-se de um remédio constitucional pelo qual *qualquer cidadão* fica investido de legitimidade para o exercício de um poder de natureza

<sup>264</sup> BRASIL. Lei 4.717/1965. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>> . Acesso em: 25 de março de 2020.

<sup>265</sup> SILVA, Opus Citatum, p. 171.

essencialmente política, e constitui manifestação direta da soberania popular consubstanciada no art. 1º, parágrafo único, da CF [...].

O que José Afonso da Silva chama por “interesses coletivos” se coaduna com o que foi disciplinado no artigo 81, § único, do Código de Defesa do Consumidor, ao estratificar as espécies de direitos coletivos no sistema de direito coletivo que instituiu.

De toda forma, o cabimento da ação popular no artigo 5º, LXXIII, da CF, e na Lei 4.717/1965, ficou restrito a **anular atos ou contratos administrativos que ponham em risco ou produzam lesão ao meio ambiente, à moralidade administrativa, ao patrimônio histórico e cultural** – majoritariamente, tutela direitos difusos e liberdades públicas. Tem como objetivo o controle popular de atos ilegais e lesivos. São objeto da Ação Popular:

- ♣ Atos administrativos e equiparados;
- ♣ Atos do Poder Judiciário de caráter administrativo;
- ♣ Atos do Poder Legislativo de efeitos concretos.

**Não é cabível Ação Popular para combater ato de conteúdo jurisdicional e lei em tese, pois que a ação popular não pode ser sucedâneo de recurso.**

A Ação Popular tutela direitos difusos pertencentes à sociedade relacionados ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Considera-se **patrimônio público** os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico (artigo 1º, §1º, da Lei 4.717/1965). **Na defesa do patrimônio público caberá suspensão liminar do ato lesivo impugnado (artigo 5º, §4º, da Lei 4.717/1965).**

A Ação Popular preventiva se destina a atos administrativos que ainda não se concretizaram, mas cuja ameaça com justo receio já se concretizou. A Ação Popular repressiva servirá para os atos administrativos que já se concretizaram. **Existe prazo de 5 anos contados do conhecimento da lesão para a Ação Popular repressiva** (artigo 21 da Lei 4.717/1965).

Não há foro por prerrogativa de função em Ação Popular (contra um ato do Presidente da República, por exemplo, será proposta a Ação Popular na Justiça Federal de 1º grau).

Conforme a origem do ato impugnado, é **competente o juiz que o for para as causas que interessem à União (Justiça Federal), ao Distrito Federal, ao Estado ou ao Município (Justiça Estadual)** – artigo 5º, *caput*, da Lei 4.717/1965. Quando o pleito

interessar simultaneamente à União e a qualquer outra pessoa ou entidade, será competente o juiz das causas da União; quando interessar simultaneamente ao Estado e ao Município, será competente a Justiça Estadual (artigo 5º, §2º, da Lei 4.717/1965).

A propositura da ação previne a jurisdição do juízo para todas as ações, que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos (artigo 5º, §3º, da Lei 4.717/1965).

**O legitimado ativo é qualquer cidadão**, ou seja, que possua direitos políticos positivos, acompanhado do título de eleitor ou documento que a ele corresponda, como a certidão de regularidade eleitoral (artigo 1º, §3º, da Lei 4.717/1965). **Não podem propor Ação Popular as pessoas jurídicas** (súmula 365 do STF<sup>266</sup>), tampouco o **Ministério Público, os estrangeiros, os inalistáveis** (artigo 14, §2º, da CF), e **os que perderam ou têm os seus direitos políticos suspensos** (artigo 15 da CF).

Legitimado ativo	Legitimados passivos
Qualquer cidadão (inclusive o maior de 16 anos e menor de 18 anos, ou maior de 70 anos, inscrito) e o <u>brasileiro equiparado</u> alistado (português).	<b>Pessoas públicas e privadas</b> (naturais e jurídicas) e <b>as entidades do artigo 1º da Lei 4.717/1965</b> , contra <b>autoridades, funcionários ou administradores</b> que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas tiverem dado

<sup>266</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciado da súmula 365. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

<p>Não são legitimados ativos: pessoas jurídicas, MP, estrangeiros, inalistáveis, e quem perdeu ou tem seus direitos políticos suspensos.</p>	<p>oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo (artigo 6º da Lei 4.717/1965).</p> <p>Entidades do artigo 1º:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>♣ Entes da Administração Pública direta e indireta;</li> <li>♣ Sociedades mútuas de seguro;</li> <li>♣ Serviços sociais autônomos;</li> <li>♣ Instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido com mais de 50% do patrimônio ou receita anual – se for menos, a responsabilidade será até o montante de contribuição do dinheiro público;</li> <li>♣ Empresas incorporadas ao patrimônio público;</li> <li>♣ Quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.</li> </ul>
---	---

A pessoa jurídica de Direito Público ou de Direito Privado, cujo ato seja objeto de impugnação, **poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente** (artigo 6º, §3º, da Lei 4.717/1965).

Apesar de não poder ajuizar Ação Popular, **o Ministério Público, como custos juris, deve intervir em todas as ações populares** (artigo 7º, I, “a”, da Lei 4.717/1965) e, se o autor da Ação Popular desistir, **poderá promover o prosseguimento da ação, assim como qualquer outro cidadão**. Se o autor desistir da ação ou der motivo à absolvição de instância, serão publicados editais nos prazos e condições do artigo 7º, II, (30 dias), ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do MP, dentro do prazo de 90 dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação (artigo 9º da Lei 4.717/1965).

**Se a sentença condenatória de segunda instância não for executada pelo autor em 60 dias da sua publicação, o Ministério Público deverá promover a execução nos 30 dias seguintes** (artigo 16 da Lei 4.717/1965).

**Se a sentença for de improcedência ou parcial provimento contra o autor da ação, qualquer cidadão ou representante do Ministério Público poderá apelar** (artigo 19, §2º, da Lei 4.717/1965).

Desistência/motivo de absolvição e editais de 30 dias expirados	Sentença condenatória de 2º grau e sem execução nos 60 dias seguintes	Sentença de improcedência total ou parcial contra o autor
Dentro de 90 dias, qualquer cidadão ou o MP poderá dar prosseguimento à ação	O MP poderá promover a execução nos 30 dias seguintes ao término do prazo de 60 dias	Qualquer cidadão ou o MP poderá apelar

**Se proposta de boa-fé, a Ação Popular será gratuita e não arcará o autor com os ônus da sucumbência; se ficar comprovada má-fé na propositura da ação, o autor deverá suportar as custas judiciais e a sucumbência. O cidadão deverá ser assistido por advogado.**

O juiz determinará, no **despacho da petição inicial**:

- ♣ A citação dos réus e a intimação do Ministério Público para atuar como *custos juris* (artigo 7º, I, “a”, da Lei 4.717/1965);
  - **Quando o autor preferir, a citação dos beneficiários se fará por edital com prazo de 30 dias**, afixados na sede do juízo e publicado 3 vezes na imprensa oficial (artigo 7º, II, da Lei 4.717/1965);
- ♣ A requisição às entidades indicadas na petição inicial, dos documentos que tiverem sido referidos pelo autor, bem como a de outros que se afigurem necessários ao esclarecimento dos fatos, ficando prazos de 15 a 30 dias para o atendimento (artigo 7º, I, “b”, da Lei 4.717/1965). Se não puderem ser oferecidos nos prazos assinalados, o juiz poderá dilatar (artigo 7º, §2º, da Lei 4.717/1965).

Citado, o **prazo de contestação é de 20 dias, prorrogáveis por mais 20 dias**, a requerimento do interessado, se particularmente difícil a produção de prova documental, e será comum a todos os interessados, correndo da entrega em cartório do mandado cumprido, ou, quando for o caso, do decurso do prazo assinado em edital (artigo 7º, IV, da Lei 4.717/1965).

Segue-se a **instrução**, se requerida. Caso não requerida a instrução (prova testemunhal e pericial) até o despacho saneador, o juiz ordenará vista às partes por **10 dias para alegações finais**, sendo-lhes os autos **conclusos para sentença em 48h** após os 10 dias (artigo 7º, V, da Lei 4.717/1965).

A **sentença**, quando não prolatada em AIJ, deverá ser proferida **dentro de 15 dias** do recebimento dos autos pelo juiz (artigo 7º, VI, da Lei 4.717/1965). A sentença conterá:

♣ **Condenação em custas** – as partes só pagarão custas e preparo ao final (artigo 10 da Lei 4.717/1965). A Ação Popular é **gratuita em custas e sucumbência se proposta de boa-fé**; caso contrário, haverá condenação em custas e honorários de sucumbência na forma do artigo 5º, LXXIII, da CF, e do artigo 12 da Lei 4.717/1965;

○ **Caso a sentença julgue temerária a lide, condenará o autor no décuplo das custas (artigo 13 da Lei 4.717/1965);**

♣ **A decretação da invalidade do ato impugnado**, condenando em **perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele**, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa (artigo 11 da Lei 4.717/1965);

♣ **O valor da lesão**, caso fique provado no curso da causa (artigo 14 da Lei 4.717/1965). Caso dependa de avaliação ou perícia, será apurado na execução.

**A eficácia da sentença é erga omnes**, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova. Neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (artigo 18 da Lei 4.717/1965). Haverá **reexame necessário** quando a sentença (artigo 19 da Lei 4.717/1965):

♣ Carência de ação;

♣ Improcedência da ação.

#### V.II.4. Mandado de segurança

O mandado de segurança está previsto desde a Constituição Federal de 1934, sendo excluído do texto de 1937 e reinserido no ordenamento a partir da promulgação da Constituição Federal de 1946. No texto constitucional de 1988, além do mandado de segurança individual (artigo 5º, LXIX, da CF), foi positivado o mandado de segurança coletivo, com restrições à legitimidade ativa (artigo 5º, LXX, da CF).

A origem histórica do mandado de segurança é controversa e sofre influência de vários fatores. José Afonso da Silva<sup>267</sup> afirma que o traço mais determinante na adoção pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do mandado de segurança foi a

<sup>267</sup> SILVA, *Opus Citatum*, p. 162.



evolução da doutrina brasileira do *habeas corpus* combinado com o tratamento do *habeas corpus* no direito anglo-saxão e do *juicio de amparo* mexicano:

O *mandado de segurança* surgiu como evolução da doutrina brasileira do *habeas corpus*, realizada pela jurisprudência, sob a égide do STF, para não deixar sem remédio certas situações jurídicas que não encontravam no quadro das nossas ações a proteção adequada. O que nem era novidade, porque na origem inglesa o *habeas corpus* era usado também em matéria civil. Evolução interrompida pela reforma constitucional de 1926. Então, já se desenvolvia a ideia de um remédio apto a amparar direitos lesados pelo Poder Público, como o *recurso de amparo* mexicano. Foi assim que o *mandado de segurança* foi instituído pelo art. 113, n. 23, da Constituição de 1934, perdurando nas posteriores, como um remédio constitucional-processual destinado a proteger direito individual líquido e certo lesado ou ameaçado de lesão por autoridade, não amparado por *habeas corpus*.

Caberá o mandado de segurança para direitos que não possam ser tutelados por outro remédio, devendo estes direitos ser líquidos e certos. Tem caráter residual, portanto. Caberá, por exemplo, para obter certidões públicas denegadas, para assegurar o direito de reunião e de associação, para assegurar a educação (matrícula em escola pública), a saúde (mandar o Estado pagar medicamentos), entre outros. **A impetração do mandado de segurança depende de advogado e não é gratuito.**

**Direito líquido e certo** é aquele direito demonstrado mediante pré-constituída, documental, o que implica a desnecessidade de dilação probatória. É um pressuposto processual específico do mandado de segurança.

Segundo a súmula 625 do STF<sup>268</sup>, se houver controvérsia sobre matéria de fato, isto obsta o julgamento do mandado de segurança; se houver controvérsia sobre matéria de direito, em nada obsta o julgamento do mandado de segurança – não admite dilação probatória: o impetrante deverá de pronto juntar toda a documentação que entende necessária para o julgamento. **A prova deve ser pré-constituída, meramente documental. Não é admitida prova documentada, ou seja, prova testemunhal em ata de audiência ou laudo pericial (exemplo de produção antecipada de prova ou prova emprestada).**

O mandado de segurança caberá contra ato de autoridade (discricionário, quando houver abuso de poder, ou vinculado, quando houver ilegalidade).

<sup>268</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciado da súmula 625. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

O **mandado de segurança individual** pode ser impetrado por **qualquer pessoa natural ou jurídica, nacional ou estrangeira**, também por **entes despersonalizados** (no interesse das suas prerrogativas institucionais), como os órgãos públicos, **as universalidades de bens**, como o espólio, o condomínio e a massa falida) e o **Ministério Público**.

O **mandado de segurança coletivo** pode ser impetrado por **partido político com representação no Congresso Nacional**<sup>269</sup> e por **organização sindical, entidade de classe** (todos legalmente constituídos) ou **associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 ano** – são casos de **substituição processual**. Nestes casos, não haverá autorização expressa dos associados para não inviabilizar o instituto. As organizações coletivas poderão impetrar o mandado de segurança coletivo em defesa de todos ou de parte dos associados (súmulas 629<sup>270</sup> e 630<sup>271</sup> do STF).

O mandado de segurança poderá ser preventivo ou repressivo. Será preventivo quando houver ameaça de lesão a direito líquido e certo. Será repressivo se a lesão a direito líquido e certo já tiver sido efetivada – **o prazo de ajuizamento é de 120 dias a partir da ciência do ato lesivo** (artigo 23 da Lei 12.016/2009). Este prazo decadencial é constitucional (súmula 632<sup>272</sup> do STF).

As súmulas 266<sup>273</sup>, 267<sup>274</sup> e 268<sup>275</sup> do STF dispõem sobre hipóteses de não cabimento do mandado de segurança. Não caberá para **lei em tese** (súmula 266 do STF<sup>276</sup>), a lei em si, papel que é reservado ao controle de constitucionalidade – exceção: se a lei em tese produzir efeitos concretos e específicos.

---

269 Caso o partido perca representação no Congresso Nacional durante o processamento do mandado de segurança coletivo, não restará prejudicado, porque o momento de aferição da legitimidade ativa é o momento da impetração.

<sup>270</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciado da súmula 629. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

<sup>271</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciado da súmula 630. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

<sup>272</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciado da súmula 632. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

<sup>273</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciado da súmula 266. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

<sup>274</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciado da súmula 267. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

<sup>275</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciado da súmula 268. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

<sup>276</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciado da súmula 266. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

Não caberá mandado de segurança para **pretensão na qual se busca convalidar compensação tributária** (súmula 460 do STF<sup>277</sup>).

Não caberá mandado de segurança contra **ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo** (artigo 5º, I, da Lei 12.016/2009<sup>278</sup>, e súmula 429 do STF<sup>279</sup>).

Não caberá para **ato judicial ou administrativo passível de recurso com efeito suspensivo** ou **correição** (mesma disposição do artigo 5º, II, da Lei 12.016/2009 e da súmula 267 do STF) – a regra é que o mandado de segurança não caiba contra atos judiciais, a não ser que a decisão seja marcada por manifesta ilegalidade ou abuso de poder (para atos administrativos, caberá normalmente, caso não haja possibilidade de se recorrer com efeito suspensivo). Também não caberá para **decisões com trânsito em julgado** (artigo 5º, III, da Lei 12.016/2009, e súmula 268 do STF<sup>280</sup>).

Também não caberá o mandado de segurança contra **atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público** (artigo 1º, §2º, da Lei 12.016/2009). Não se incluem concursos e licitações, que são atos que se revestem da natureza pública (súmula 333 do STF<sup>281</sup>).

Não caberá mandado de segurança **impetrado por parlamentar contra projeto de lei** (jurisprudência do STF), mas há exceções:

- ♣ Durante o processo legislativo, para PEC que ofenda a cláusula pétrea;
- ♣ Durante o processo legislativo que viole manifestamente regra constitucional.

A **autoridade coatora** é quem tiver praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática (artigo 6º, §3º, da Lei 12.016/2009). É um conceito amplo, que abrange: entes da Administração Pública direta e indireta; particulares, pessoa física ou jurídica, quando no exercício de função pública.

<sup>277</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciado da súmula 470. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

<sup>278</sup> BRASIL. Lei 12.016/2009. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

<sup>279</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciado da súmula 429. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

<sup>280</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciado da súmula 268. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

<sup>281</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciado da súmula 333. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

O correto apontamento da autoridade coatora determina a **competência** para processamento do mandado de segurança.

- ♣ Se for integrante da União: Justiça Federal;
- ♣ Se tiver foro por prerrogativa de função: STF, STJ, TRF, TJ, conforme a regra constitucional pertinente.

#### V.II.4.1. Mandado de segurança individual

A **petição inicial** obedecerá aos requisitos do artigo 319 do CPC<sup>282</sup>, será apresentada em 2 vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda, indicando a autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra (artigo 6º, *caput*, da Lei 12.016/2009). É possível pedido de **medida liminar** no mandado de segurança, seja de natureza antecipada ou cautelar, comprovando os requisitos da tutela provisória.

No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz **ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 dias** – o escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição (artigo 6º, §1º, da Lei 12.016/2009).

Caso a autoridade que se recuse a fornecer o documento for a própria autoridade coatora, a ordem se faz no próprio instrumento da notificação (artigo 6º, §2º, da Lei 12.016/2009).

O juiz poderá **indeferir a petição inicial**, nos termos do artigo 330 do CPC, no caso de indeferimento da petição inicial, ou nos termos do artigo 332 do CPC, no caso de improcedência liminar do pedido (artigo 6º, §5º, da Lei 12.016/2009). Caso indefira, o mandado de segurança poderá ser renovado dentro do prazo decadencial, se a decisão denegatória não entrar no mérito (artigo 6º, §6º, da Lei 12.016/2009).

O juiz também poderá **indeferir a petição inicial**, por decisão motivada, quando (artigo 10 da Lei 12.016/2009):

- ♣ Não for caso de mandado de segurança;

<sup>282</sup> BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>> . Acesso em: 25 de março de 2020.

- ♣ Faltar-lhe algum dos requisitos legais;
- ♣ Decorrido o prazo legal para a impetração.

O juiz poderá **despachar a petição inicial**, ordenando (artigo 7º da Lei 12.016/2009):

- ♣ **Notificação da autoridade coatora:** que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, **no prazo de 10 dias, preste as informações;**
- ♣ **Citação da pessoa jurídica no seu órgão de representação judicial:** que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da petição inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;
- ♣ **Deferimento da medida liminar:** que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir, do impetrante, caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica. Caberá agravo de instrumento (artigo 7º, §1º, da Lei 12.016/2009).

Os efeitos da liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença (artigo 7º, §3º, da Lei 12.016/2009) – será decretada a **perempção ou caducidade da liminar**, *ex officio* ou a requerimento do Ministério Público, quando a parte beneficiada pela medida:

- ♣ Criar obstáculo ao normal andamento do processo;
- ♣ Deixar de promover, **por mais de 3 dias úteis**, os atos e as diligências que lhe cumprirem.

As autoridades administrativas remeterão em 48h da notificação da medida liminar ao Ministério ou ao órgão a que se acham subordinadas e ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica **cópia autenticada do mandado notificatório, assim como indicações e elementos outros necessários às providências** (artigo 9º da Lei 12.016/2009).

Findo o prazo de 10 dias para a autoridade coatora prestar as suas informações, o juiz **ouvirá o representante do Ministério Público**, que opinará, dentro do **prazo improrrogável de 10 dias** (artigo 12 da Lei 12.016/2009).

Com ou sem parecer do Ministério Público, os **autos serão conclusos ao juiz para que decida em 30 dias** (artigo 12, § único, da Lei 12.016/2009 – é um prazo impróprio). A sentença terá caráter mandamental.

Não cabem a interposição de Embargos Infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé (artigo 25 da Lei 12.016/2009).

Contra a sentença caberá Apelação (artigo 14, *caput*, da Lei 12.016/2009). **Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição (artigo 14, §1º, da Lei 12.016/2009)** – as regras do Código de Processo Civil de dispensa do reexame necessário não se aplicam.

**Estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer** (artigo 14, §2º, da Lei 12.016/2009).

A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar (artigo 14, §3º, da Lei 12.016/2009). Isto significa que **a Apelação será recebida no seu efeito devolutivo, e não no efeito suspensivo. Haverá efeito devolutivo e suspensivo nos casos de não possibilidade de liminar:**

- ♣ Compensação de créditos tributários;
- ♣ Entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior;
- ♣ Reclassificação ou equiparação de servidores públicos;
- ♣ Concessão de aumento ou extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Quando, a requerimento da pessoa jurídica de Direito Público interessada ou do Ministério Público (e para **evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas**), o Presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, **dessa decisão caberá Agravo (Interno), sem efeito suspensivo, no prazo de 5 dias**, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição (artigo 15, *caput*, da Lei 12.016/2009).

Caso o **mandado de segurança for de competência originária de tribunal, caberá Agravo Interno em 5 dias da decisão que conceder ou não conceder liminar**. Nestes casos, o relator será responsável pela instrução. O acórdão que conceder mandado de segurança em tribunal (competência originária) é atacável por Recurso Especial e

Recurso Extraordinário; se denegar, caberá Recurso Ordinário (artigo 18 da Lei 12.016/2009).

Os processos de mandado de segurança e os respectivos recursos terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo *habeas corpus* (artigo 20 da Lei 12.016/2009).

#### V.II.4.2. Mandado de segurança coletivo

Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser (artigo 21, § único, da Lei 12.016/2009):

- ♣ **Coletivos**<sup>283</sup>: assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica. São objetivamente indivisíveis, sendo titulares pessoas ligadas entre si por um vínculo jurídico-base;
- ♣ **Indivisuais homogêneos (acidentalmente coletivos)**: assim entendidos os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante. São objetivamente divisíveis.

A sentença fará **coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante** (artigo 22, *caput*, da Lei 12.016/2009). A regra é que seja *extra partes*, em relação aos membros do grupo abrangido pelo impetrante.

O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva (artigo 22, §1º, da Lei 12.016/2009).

No mandado de segurança coletivo, **a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de Direito Público**, que deverá se pronunciar **no prazo de 72h** (artigo 22, §2º, da Lei 12.016/2009).

#### V.II.5. Mandado de injunção

O mandado de injunção foi inserido no texto constitucional de 1988 (artigo 5º, LXXI, da CF) como um remédio constitucional destinado a sanar a omissão legislativa na regulamentação de direitos insertos em normas de eficácia limitada, cuja aplicabilidade

<sup>283</sup> A doutrina entende que nestes estão compreendidos os **direitos difusos**: objetivamente indivisíveis, cujos titulares são pessoas indeterminadas e indetermináveis, ligadas entre si por circunstâncias de fato.

é indireta (dependente de outra norma), mediata e reduzida (sua aplicabilidade pode ser restringida por outra norma constitucional). O mandado de injunção coletivo foi previsto na sua lei regulamentadora, no artigo 12 da Lei 13.300/2016<sup>284</sup>.

Sua origem remonta ao instituto do *juízo de equidade* (*writ of equity*) do direito anglo-saxão, como leciona José Afonso da Silva<sup>285</sup>:

O mandado de injunção vincula-se ao princípio de que as normas constitucionais são feitas para surtir efeitos, para incidir e ser aplicadas. No contexto da Constituição, constitui uma especial forma de aplicação da regra do §1º do art. 5º: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. E, como veremos em seguida, está intimamente ligado à ideia de que as normas jurídicas escritas não podem prever tudo, mas, mesmo na falta de norma expressa, não pode o Poder Judiciário deixar de apreciar lesão ou ameaça de direito (inciso XXXV); há de encontrar meio de solucionar o caso submetido à sua apreciação, aplicando o velho princípio de que, na falta de norma escrita e princípios gerais de Direito que lhe possibilitem essa apreciação, cumpre-lhe dispor para o caso concreto como se legislador fosse, exercendo uma forma de juízo de equidade. E foi exatamente assim, como essencial remédio da *equity*, que o instituto se originou na Inglaterra, no longínquo século XIV. Nasceu, pois, do *juízo de equidade* – ou seja, é um remédio outorgado, mediante um juízo discricionário, quando *falta norma legal* (*statues*) regulando a espécie e quando a *common law* não oferece proteção suficiente. A *equidade*, no sentido inglês do termo (sistema de estimativa social para a formulação da regra jurídica para o caso concreto), assenta-se na valoração judicial dos elementos do caso e dos princípios de justiça material, segundo a pauta de valores sociais; e assim se emite decisão fundada no não justo legal, mas no *justo natural*. Na *injunction* inglesa coo no mandado de injunção do art. 5º, LXXI, o juízo de equidade não é inteiramente desligado de pautas jurídicas. Não tem o juiz inglês da *equity* o arbítrio de criar norma de agir *ex nihil* pois se orienta por pauta de valores jurídicos existentes na sociedade (princípios gerais de Direito, costumes, *conventions* etc.). E o juiz brasileiro não terá o arbítrio de criar regras próprias, pois terá em primeiro lugar que se ater à pauta que lhe dão o ordenamento constitucional, os princípios gerais de Direito, os valores jurídicos que permeiam o sentir social – enfim, os vetores do justo natural que se auferem no viver social, na índole do povo, no evoluir histórico. Aí é que seu critério estimativo fundamenta sua decisão na falta de regulamentação do direito, liberdade ou prerrogativa objeto da proteção do mandado de injunção.

<sup>284</sup> BRASIL. Lei 13.300/2016. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>> . Acesso em: 25 de março de 2020.

<sup>285</sup> SILVA, *Opus Citatum*, p. 165.



É cabível para as situações em que os direitos fundamentais ainda não tenham sido regulamentados pelo legislador ordinário, determinado o contrário pela Constituição. Combate a **omissão legislativa, total ou parcial** (artigo 2º da Lei 13.300/2016), referente a **norma de eficácia limitada. Não é cabível liminar em mandado de injunção**

O mandado de injunção poderá ser individual ou coletivo. Se **individual**, é legitimada **qualquer pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira** com legitimidade para o caso (artigo 3º da Lei 13.300/2016).

Se **coletivo**, os legitimados (artigo 12 da Lei 13.300/2016) serão: **os mesmos do mandado de segurança coletivo (partido político, entidade de classe, sindicatos e associações constituídas há pelo menos 1 ano), o Ministério Público, quando a tutela for relevante para a ordem jurídica, e a Defensoria Pública, quando a tutela for relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos hipossuficientes**. Assim como o mandado de segurança coletivo, não necessitará de autorização expressa dos membros, podendo tutelar direitos de todos ou de parte dos membros das organizações coletivas. Os legitimados passivos serão **o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora** (artigo 3º da Lei 13.300/2016).

**Não será cabível** o mandado de injunção:

- ♣ Quando já houver regulamentação;
- ♣ Ausência de norma regulamentadora de direito infraconstitucional;
- ♣ Ausência de regulamentação de Medida Provisória ainda não convertida em lei;
- ♣ Ausência de obrigatoriedade de regulamentação.

Segundo o artigo 8º da Lei 13.300/2016, reconhecido o estado de mora legislativa, o juiz determinará prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora e estabelecerá as condições do exercício do direito fundamental caso não seja suprida a mora no prazo determinado. Na maioria das vezes, aplica-se outra lei por analogia *mutatis mutandis*.

A decisão do mandado de injunção produzirá efeitos *ex nunc* se prejudicial e *ex tunc* se mais favorável. Se for editada a norma regulamentadora no curso do processo, será extinto sem resolução do mérito (artigo 11 da Lei 13.300/2016).

O STF adotava a **corrente concretista (geral ou individual)** às decisões em mandado de injunção: busca-se declarar a mora legislativa e concretizar o direito. A Lei

13.300/2016 adotou a **corrente concretista intermediária individual**, com as seguintes características:

- ♣ Como regra, a **decisão em mandado de injunção só tem eficácia *inter partes***, mas é possível a atribuição de eficácia *erga omnes* quando for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração (artigo 9º, §1º, da Lei 13.300/2016);
- ♣ A concretização não é direta<sup>286</sup>, mas sim indireta: **o Judiciário dará prazo razoável ao Legislativo em um primeiro momento. Se não editada a norma, o Judiciário estabelecerá as condições sob as quais se dará o exercício do direito previsto na Constituição Federal.**

#### V.II.6. Reclamação constitucional

A evolução histórica do instituto da reclamação, a partir da teoria dos poderes implícitos e do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, é delineada em lição de Gilmar Mendes<sup>287</sup>:

A reclamação para preservar a competência do Supremo Tribunal Federal ou garantir a autoridade de suas decisões é fruto de criação jurisprudencial. Afirmava-se que ela decorreria da ideia dos implied powers deferidos ao Tribunal. O Supremo Tribunal Federal passou a adotar essa doutrina para a solução de problemas operacionais diversos. A falta de contornos definidos sobre o instituto da reclamação fez, portanto, com que a sua construção inicial repousasse sobre a teoria dos poderes implícitos.

[...].

Em 1957 aprovou-se a incorporação da reclamação no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. A Constituição Federal de 1967/64, que autorizou o STF a estabelecer a disciplina processual dos feitos sob sua competência, conferindo força de lei federal às disposições do Regimento Interno sobre seus processos, acabou por legitimar definitivamente o instituto da reclamação, agora fundamentada em dispositivo constitucional.

Com o advento da Carta de 1988, o instituto adquiriu, finalmente, status de competência constitucional (art. 102, I, l). A Constituição consignou ainda o cabimento da reclamação perante o Superior Tribunal de Justiça

<sup>286</sup> Na corrente concretista direta, o Judiciário de pronto estabelece os meios de exercício do direito.

<sup>287</sup> MENDES, *Opus Citatum*, p. 1875.

(art. 105, I, f), igualmente destinada à preservação da competência da Corte e à garantia da autoridade das decisões por ela exaradas.

Numa tentativa de sistematizar a evolução do instituto no Supremo Tribunal Federal, José da Silva Pacheco, em excelente artigo sobre a reclamação no STF e no STJ, identificou quatro fases distintas da reclamação: “1º) a primeira vai desde a criação do STF até 1957; 2º) a segunda começa em 1957, com a inserção da medida no RISTF, até 1967; 3º) a terceira, a partir do disposto na CF de 1967, art. 115, parágrafo único, c, que foi reproduzido na EC 1/69, art. 120, parágrafo único, c e, posteriormente, após a EC 7, de 13.4.77, com o disposto no art. 119, I, o, sobre a advocatória, e no § 3º, c, autorizando que o RISTF estabelecesse ‘o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal’; 4º) a quarta, com o advento da CF de 5.10.88, cujos arts. 102, I, I e 105, I, f, preveem, expressamente, a reclamação como da competência originária do STF e do STJ”.

[...].

Como se vê, a definição de sua natureza jurídica não constitui tarefa fácil, por inexistir consenso na doutrina e na jurisprudência. Pacificado está somente o entendimento de se tratar a reclamação de medida jurisdicional, pondo fim à antiga discussão de que a reclamação constituiria mera medida administrativa. Tal entendimento se deu quando o instituto era identificado com a correição parcial, mas, como explicita Marcelo Navarro Dantas, o fato de a jurisprudência do STF reconhecer, na reclamação, seu poder de produzir alterações em decisões tomadas em processo jurisdicional e da decisão em reclamação produzir coisa julgada confirmam seu caráter jurisdicional.

No tocante à natureza jurídica, a posição dominante parece ser aquela que atribui à reclamação natureza de ação propriamente dita, a despeito de outras vozes autorizadas da doutrina identificarem natureza diversa para o instituto, como já referido, seja como remédio processual, incidente processual ou recurso.

Tal entendimento justifica-se pelo fato de, por meio da reclamação, ser possível a provocação da jurisdição e a formulação de pedido de tutela jurisdicional, além de conter em seu bojo uma lide a ser solvida, decorrente do conflito entre aqueles que persistem na invasão de competência ou no desrespeito das decisões do Tribunal e, por outro lado, aqueles que pretendem ver preservada a competência e a eficácia das decisões exaradas pela Corte.

A reclamação, comumente referida como “reclamação constitucional”, está prevista no texto constitucional de 1988 como remédio constitucional destinado à garantia de preservação da competência do Supremo Tribunal Federal (artigo 102, I, “I”, da CF) e

do Superior Tribunal de Justiça (artigo 105, I, “f”, da CF) e garantia da autoridade das suas decisões. Deste a reforma do Judiciário promovida pela Emenda Constitucional 45/2004, houve um alargamento nas hipóteses de cabimento deste instituto, a saber:

- Para anular ato administrativo ou cassar decisão judicial que contrariar súmula vinculante aplicável ou que indevidamente a aplicar, para determinar que outra decisão seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso (artigo 103-A, §3º, da CF);
- Para a preservação da competência e garantia da autoridade das decisões do Tribunal Superior do Trabalho (artigo 111-A, §3º, da CF, inserido pela Emenda Constitucional 92/2016).

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, a reclamação passou a ter uma aplicação mais irrestrita, interpretada como ação própria de competência originária de tribunal, pois pode ser proposta perante qualquer tribunal e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir (artigo 988, §1º, do CPC). Deve-se salientar que a reclamação foi inserida no contexto da valorização dos precedentes judiciais, especificamente no Livro III do CPC/2015, intitulado “Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais”.

#### **A reclamação passou a ser cabível para (artigo 988 do CPC):**

- Preservar a competência do tribunal;
- Garantir a autoridade das decisões do tribunal;
- Garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- Garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

Quanto ao quarto item, sobre a uniformização de jurisprudência dos tribunais brasileiros, questão importante deve ser levantada acerca da possibilidade de modificação de um precedente que fundamenta uma reclamação no julgamento desta própria reclamação.

Fato é que o Supremo Tribunal Federal já se utilizou deste expediente por diversas vezes, dado que Fábio Lima Quintas e Alcebíades Galvão César Filho<sup>288</sup> entendem possível em razão da necessidade de reforço da institucionalidade dos tribunais e das suas jurisprudências, com limite no princípio da colegialidade (se um precedente é firmado no plenário, um órgão especial ou fracionário não poderia, em razão do devido processo legal constitucional, rever a jurisprudência em decisão de reclamação):

[...] Mas entendemos que, partindo da constatação de que há uma aproximação dos modelos de controle difuso e concentrado de constitucionalidade e de fortalecimento do papel institucional do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional, impõe-se conceber que as decisões firmadas pelo STF precisam ser assumidas como verdadeiros precedentes, que devem orientar a interpretação da Constituição por todos os órgãos do Poder Judiciário. Nesse particular, não caberia negar força de precedente a uma decisão do STF simplesmente porque ela foi proferida em sede de Habeas Corpus ou rejeitar a sua legitimidade porque modificou orientação anterior por meio de uma reclamação. É preciso levar em conta que muitas vezes a via recursal do controle difuso constitui a única oportunidade para o tribunal reapreciar sua própria jurisprudência.

Há um aspecto, contudo, que não pode ser negligenciado, que dá razão às preocupações externadas por todos aqueles que veem com reservas a ampliação do escopo da reclamação constitucional: a do devido processo legal constitucional.

O devido processo legal constitucional, na dicção do próprio Supremo Tribunal Federal, deve ser lido como garantia que incorpora não apenas o critério formal de observância de regras e procedimentos, mas também se configura como uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equilibrada, justa, leal e sempre envolvida pela boa-fé de todos os sujeitos do processo (partes processuais e juiz). Como destacou recentemente André Rufino do Vale, nesse espaço, o *fair trial* é “condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos”. A observância do devido processo legal constitucional exige que os precedentes sejam fixados pelo colegiado habilitado para tanto, com quórum próprio, concedendo-se às partes e à sociedade a oportunidade de exercer o contraditório material, entendido como a possibilidade de influenciar no convencimento do órgão julgador, com vistas a evitar decisões surpresa, regra contemplada no Código de Processo Civil de 2015 (artigo 10), que confere vitalidade ao princípio constitucional da segurança jurídica.

<sup>288</sup> QUINTAS, Fábio Lima; FILHO, Galvão César. Serve a reclamação constitucional para modificar precedentes?. Revista Conjur, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-10/observatorio-constitucional-serve-reclamacao-constitucional-modificar-precedentes>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

A primeira dificuldade que surge, nesse cenário, para admitir a possibilidade de utilizar a reclamação como via de superação de precedentes, está na competência do órgão julgador. Isso porque, hoje, a competência originária para seu julgamento, no STF, não é mais do Plenário, mas, sim, de suas turmas, por força das alterações introduzidas pela Emenda Regimental 49, de 3.6.2014.

Desse modo, parece-nos questionável admitir que no julgamento de uma reclamação, por um órgão fracionário, ocorra a revisão de um precedente estabelecido pelo Plenário da corte, especialmente diante de casos nos quais, por meio da reclamação, busca-se declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo cuja constitucionalidade houver sido anteriormente declarada pelo tribunal. Em tais hipóteses, caberia à turma, segundo o disposto no artigo 11 do Regimento Interno do STF (artigos 11 e 22), afetar o processo ao julgamento do Plenário, para que a questão de inconstitucionalidade, não obstante já decidida pela corte, fosse reexaminada.

Além disso, não se pode olvidar que os precedentes fortes fixados pelo Supremo Tribunal Federal (que são aqueles qualificados pela sua eficácia *erga omnes* e efeito vinculante) são moldados dentro de um contraditório qualificado. De fato, no controle concentrado, ocorre a manifestação da Advocacia-Geral da União defendendo a constitucionalidade da norma impugnada, exige-se o parecer da Procuradoria-Geral da República, bem como há a possibilidade de participação de *amici curiae*. E, mesmo no controle difuso, observa-se certa objetivação no julgamento dos recursos extraordinários, no regime da repercussão geral, com a possibilidade de converter o entendimento do tribunal em súmula vinculante.

Significa dizer, assim, que a força normativa de uma decisão, em HC ou ADPF, tem relação direta com o órgão julgador, o quórum de julgamento e a observância do contraditório especial que qualifica o controle de constitucionalidade concentrado.

Desse modo, no que se refere à possibilidade de superação de precedentes por meio de reclamação, parece-nos que, conquanto não haja impossibilidade absoluta de o Supremo Tribunal Federal utilizar a reclamação constitucional como veículo de revisão de sua jurisprudência, inclusive para superar precedentes, é indispensável que seja observado o devido processo legal constitucional.

Trata-se de uma ação meramente documental, sem dilação probatória (artigo 988, §2º, do CPC), a ser proposta pela parte interessada ou pelo Ministério Público (artigo 988, *caput*, do CPC).

Não caberá reclamação para decisão transitada em julgado (artigo 988, §5º, I, do CPC) e para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou

especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias (artigo 988, §5º, do CPC).

Basicamente, o procedimento é determinado pelo artigo 989 do CPC: requisição de informações à autoridade reclamada em 10 dias, deferimento ou indeferimento de tutela de urgência (suspensão do processo ou do ato impugnado para evitar dano irreparável) e citação do beneficiário da decisão impugnada para contestar a reclamação em 15 dias. O Ministério Público tem direito a vista do processo por 5 dias após o prazo de informações e do oferecimento da contestação, como *custos juris*.

## REFERÊNCIAS DO CAPÍTULO V

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 16ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>> . Acesso em: 25 de março de 2020.

BRASIL. Código de Processo Criminal de 1832. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>> . Acesso em: 25 de março de 2020.

BRASIL. Código de Processo Penal de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>> . Acesso em: 25 de março de 2020.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>> . Acesso em: 25 de março de 2020.

BRASIL. Constituição Federal dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>>. Acesso em: 25 de maio de 2020.

BRASIL. Lei 12.016/2009. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>> . Acesso em: 25 de março de 2020.

BRASIL. Lei 13.300/2016. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>> . Acesso em: 25 de março de 2020.

BRASIL. Lei 4.717/1965. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>> . Acesso em: 25 de março de 2020.

BRASIL. Lei 9.507/1997. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Enunciado da súmula 2. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no *Habeas Corpus* 143.641 (São Paulo). (2018). Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 20 de fevereiro de 2018. Data de Publicação: 9 de outubro de 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338809875&ext=.pdf>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciado da súmula 266. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciado da súmula 267. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciado da súmula 268. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciado da súmula 333. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciado da súmula 365. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciado da súmula 429. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciado da súmula 470. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciado da súmula 625. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciado da súmula 629. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciado da súmula 630. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciado da súmula 632. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciado da súmula 690. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciado da súmula 693. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciado da súmula 694. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

QUINTAS, Fábio Lima; FILHO, Galvão César. Serve a reclamação constitucional para modificar precedentes?. Revista Conjur, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-10/observatorio-constitucional-serve-reclamacao-constitucional-modificar-precedentes>>. Acesso em: 25 de março de 2020.

SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 6ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.



## ANEXO I

### GABARITO DAS QUESTÕES DOS CAPÍTULOS

#### GABARITO CAP. I

##### 1.5. ESTUDO DE CASO

1. Quem deve examinar e julgar o MS? Por quê? Fundamente.

R: A competência para o julgamento do mandado de segurança é definida segundo a autoridade coatora, devendo ser aplicado o disposto pelo art. 20, I, a da Lei 9.507/97 e o art. . Dessa forma, quem deve julgar o MS é o Supremo Tribunal Federal.

2. Explícite o poder de cautela do TCU e analise se ele alcança a quebra de sigilo financeiro de terceiros que negociam com a instituição financeira, objeto de fiscalização.

R: O poder de cautela do TCU pode ser delimitado como a atuação cautelar do órgão, exercida através de um parecer, que pode ter natureza prévia, concomitante ou posterior em relação a todas as licitações públicas e contratos administrativos realizados pelo poder público. O poder de cautela exercido pelo TCU já foi objeto de análise pelo STF, no ano de 2003, através do julgamento do MS 24.510-DF, o qual consolidou o entendimento de que o Poder Geral de Cautela é inerente às atribuições e competências fiscalizadoras dos Tribunais de Conta.

Além disso, o poder de cautela alcança a quebra de sigilo financeiro de terceiros que negociam com a instituição financeira, que é objeto da fiscalização, uma vez que se trata de dinheiro público. A matéria é tratada na apostila em fls. 39/40. Este entendimento já foi firmado através do julgamento do MS 33.340, que tem trecho transcrito a seguir:

O sigilo de informações necessárias para a preservação da intimidade é relativizado quando se está diante do interesse da sociedade de se conhecer o destino dos recursos públicos. Operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a LC 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da CF. Em tais situações, é prerrogativa constitucional do Tribunal [TCU] o acesso a informações relacionadas a operações financiadas com recursos públicos. [MS 33.340, rel. min. Luiz Fux, j. 26-5-2015, 1ª T, DJE de 3-8-2015.]

Abaixo segue na íntegra o Mandado de segurança nº 33340 / DF - DISTRITO FEDERAL , que trata sobre o tema:

**MS 33340 / DF - DISTRITO FEDERAL**  
**Relator(a):** Min. LUIZ FUX  
**Julgamento:** 26/05/2015 Órgão Julgador: Primeira Turma  
**PROCESSO ELETRÔNICO**  
DJe-151 DIVULG 31-07-2015 PUBLIC 03-08-2015  
**Parte(s)**  
IMPTE.(S) : BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL - BNDES E OUTRO(A/S)  
ADV.(A/S) : PATRICE GILLES PAIM LYARD E OUTRO(A/S)  
IMPDO.(A/S) : TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO  
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

**Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTROLE LEGISLATIVO FINANCEIRO. CONTROLE EXTERNO. REQUISIÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO DE INFORMAÇÕES ALUSIVAS A OPERAÇÕES FINANCEIRAS REALIZADAS PELAS IMPETRANTES. RECUSA INJUSTIFICADA. DADOS NÃO ACOBERTADOS PELO SIGILO BANCÁRIO E EMPRESARIAL.** 1. O controle financeiro das verbas públicas é essencial e privativo do Parlamento como consectário do Estado de Direito (IPSEN, Jörn. Staatsorganisationsrecht. 9. Auflage. Berlin: Luchterhand, 1997, p. 221). 2. O primado do ordenamento constitucional democrático assentado no Estado de Direito pressupõe uma transparente responsabilidade do Estado e, em especial, do Governo. (BADURA, Peter. Verfassung, Staat und Gesellschaft in der Sicht des Bundesverfassungsgerichts. In: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25jährige Bestehens des Bundesverfassungsgerichts. Weiter Band. Tübingen: Mohr, 1976, p. 17.) 3. **O sigilo de informações necessárias para a preservação da intimidade é relativizado quando se está diante do interesse da sociedade de se conhecer o destino dos recursos públicos.** 4. Operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar nº 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal. Em tais situações, é prerrogativa constitucional do Tribunal [TCU] o acesso a informações relacionadas a operações financiadas com recursos públicos. 5. O segredo como “alma do negócio” consubstancia a máxima cotidiana inaplicável em casos análogos ao sub iudice, tanto mais que, quem contrata com o poder público não pode ter segredos, especialmente se a revelação for necessária para o controle da legitimidade do emprego dos recursos públicos. É que a contratação pública não pode ser feita em esconderijos envernizados por um arcabouço jurídico capaz de impedir o controle social quanto ao emprego das verbas públicas. 6. “O dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos impõe não haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 114). 7. **O Tribunal de Contas da União não está autorizado a, manu militari, decretar a quebra de sigilo bancário e empresarial de terceiros, medida cautelar condicionada à prévia anuência do Poder Judiciário, ou, em situações pontuais, do Poder Legislativo. Precedente: MS 22.801, Tribunal Pleno, Rel. Min. Menezes Direito, DJe 14.3.2008.** 8. In casu, contudo, o TCU deve ter livre acesso às operações financeiras realizadas pelas impetrantes, entidades de direito privado da Administração Indireta submetidas ao seu controle financeiro, mormente porquanto operacionalizadas mediante o emprego de recursos de origem pública. Inoponibilidade de sigilo bancário e empresarial ao TCU quando se está diante de operações fundadas em recursos de origem pública. Conclusão decorrente do dever de atuação transparente dos administradores públicos em um Estado Democrático de Direito. 9. A preservação, in casu, do sigilo das operações realizadas pelo BNDES e BNDESPAR com terceiros não, apenas, impediria a atuação constitucionalmente prevista para o TCU, como, também, representaria uma acanhada, insuficiente, e, por isso mesmo, desproporcional limitação ao direito fundamental de preservação da intimidade. 10. O princípio da conformidade funcional a que se refere Canotilho, também, reforça a conclusão de que os órgãos criados pela Constituição da República, tal como o TCU, devem se manter no quadro normativo de suas competências, sem que tenham autonomia para abrir mão daquilo que o constituinte lhe entregou em termos de competências. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5ª edição. Coimbra: Almedina, 2002, p. 541.) 11. A Proteção Deficiente de vedação implícita permite assentar que se a publicidade não pode ir tão longe, de forma a esvaziar, desproporcionalmente, o direito fundamental à privacidade e ao sigilo bancário e empresarial; não menos verdadeiro é que a insuficiente limitação ao direito à privacidade revelar-se-ia, por outro ângulo, desproporcional, porquanto lesiva aos interesses da sociedade de exigir do Estado brasileiro uma atuação transparente. 12. No caso sub examine: I) O TCU determinou o fornecimento de dados pela JBS/Friboi, pessoa que celebrou contratos vultosos com o BNDES, a fim de aferir, por exemplo, os critérios utilizados para a escolha da referida sociedade empresária, quais seriam as vantagens sociais advindas das operações analisadas, se houve cumprimento das cláusulas contratuais, se as operações de troca de debêntures por posição acionária na empresa ora indicada originou prejuízo para o BNDES. II) O TCU não agiu de forma imotivada e arbitrária, e nem mesmo criou exigência irrestrita e genérica de informações sigilosas. Sobre o tema, o ato coator aponta a existência de uma operação da Polícia Federal denominada Operação Santa Tereza que apontou a existência de quadrilha intermediando empréstimos junto ao BNDES, inclusive envolvendo o financiamento obtido pelo Frigorífico Friboi. Ademais, a necessidade do controle financeiro mais detido resultou, segundo o decism atacado, de um “protesto da Associação Brasileira da Indústria

Frigorífica (Abrafigo) contra a política do BNDES que estava levando à concentração econômica do setor”. III) A requisição feita pelo TCU na hipótese destes autos revela plena compatibilidade com as atribuições constitucionais que lhes são dispensadas e permite, de forma idônea, que a sociedade brasileira tenha conhecimento se os recursos públicos repassados pela União ao seu banco de fomento estão sendo devidamente empregados. 13. Conseqüentemente a recusa do fornecimento das informações restou inadmissível, porquanto imprescindíveis para o controle da sociedade quanto à destinação de vultosos recursos públicos. O que revela que o determinado pelo TCU não extrapola a medida do razoável. 14. Merece destacar que in casu: a) Os Impetrantes são bancos de fomento econômico e social, e não instituições financeiras privadas comuns, o que impõe, aos que com eles contratam, a exigência de disclosure e de transparência, valores a serem prestigiados em nossa República contemporânea, de modo a viabilizar o pleno controle de legitimidade e responsividade dos que exercem o poder. b) A utilização de recursos públicos por quem está submetido ao controle financeiro externo inibe a alegação de sigilo de dados e autoriza a divulgação das informações necessárias para o controle dos administradores, sob pena de restar inviabilizada a missão constitucional da Corte de Contas. c) À semelhança do que já ocorre com a CVM e com o BACEN, que recebem regularmente dados dos Impetrantes sobre suas operações financeiras, os Demandantes, também, não podem se negar a fornecer as informações que forem requisitadas pelo TCU. 15. A limitação ao direito fundamental à privacidade que, por se revelar proporcional, é compatível com a teoria das restrições das restrições (Schranken-Schranken). O direito ao sigilo bancário e empresarial, mercê de seu caráter fundamental, comporta uma proporcional limitação destinada a permitir o controle financeiro da Administração Pública por órgão constitucionalmente previsto e dotado de capacidade institucional para tanto. 16. É cediço na jurisprudência do E. STF que: “ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – PUBLICIDADE. A transparência decorre do princípio da publicidade. TRIBUNAL DE CONTAS – FISCALIZAÇÃO – DOCUMENTOS. Descabe negar ao Tribunal de Contas o acesso a documentos relativos à Administração Pública e ações implementadas, não prevalecendo a óptica de tratar-se de matérias relevantes cuja divulgação possa importar em danos para o Estado. Inconstitucionalidade de preceito da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Ceará que implica óbice ao acesso.” (ADI 2.361, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 23/10/2014). 17. Jusfilosoficamente as premissas metodológicas aplicáveis ao caso sub iudice revelam que: I - “nuclearmente feito nas pranchetas da Constituição. Foi o legislador de primeiríssimo escalão quem estruturou e funcionalizou todos eles (os Tribunais de Contas), prescindindo das achegas da lei menor. (...) Tão elevado prestígio conferido ao controle externo e a quem dele mais se ocupa, funcionalmente, é reflexo direto do princípio republicano. Pois, numa República, impõe-se responsabilidade jurídica pessoal a todo aquele que tenha por competência (e conseqüente dever) cuidar de tudo que é de todos”. (BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. In: Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Volume 8. 2º semestre de 2014. Rio de Janeiro: TCE-RJ, p. 18 e 20) II - “A legitimidade do Estado Democrático de Direito depende do controle da legitimidade da sua ordem financeira. Só o controle rápido, eficiente, seguro, transparente e valorativo dos gastos públicos legitima o tributo, que é o preço da liberdade. O aperfeiçoamento do controle é que pode derrotar a moral tributária cínica, que prega a sonegação e a desobediência civil a pretexto da ilegitimidade da despesa pública. (TORRES, Ricardo Lobo. Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo. Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 645) 18. Denegação da segurança por ausência de direito material de recusa da remessa dos documentos.

#### 1.6- QUESTÕES OBJETIVAS

1. D- Art. 71, VI da CRFB/88
2. C
3. B - Art. 134. A da CFRB/88
4. C - Art. 41 da CRFB/88
5. A - I. Art. 127, §1º da CRFB/88  
II. Art. 128, § 1 da CRFB/88  
III. Art. 130-A da CRFB/88
6. E

O princípio do promotor natural pode ser extraído também do art. 5º, LIII. Dessa forma, parte da doutrina ser o princípio do Promotor Natural uma extensão do Princípio do Juiz Natural;

## GABARITOCAPÍTULO II

### 1.

a) 10%. O ingresso do advogado na carreira da magistratura pode ocorrer através do denominado Quinto Constitucional, pois a norma do art., 94, da CF, reserva um quinto das vagas dos tribunais para ocupação dentre membros do Ministério Público e da Advocacia, com notório saber, reputação ilibada, com mais de dez anos de atividade profissional.

b) A OAB, no caso a seccional estadual, indicará os candidatos em lista sêxtupla, cabendo ao Tribunal de Justiça votar uma lista tríplice que será enviada ao Governador do Estado que escolherá, livremente, um dos indicados.

c) Governador do Estado.

### 2.

a) Por se tratar de crime doloso contra a vida, o caso deverá ser julgado pelo Tribunal do Júri, da justiça estadual comum. Embora a vítima seja um índio, o caso não está relacionado à disputa de direitos indígenas, razão pela qual não seria competência da Justiça Federal (art. 109, XI).

b) A atribuição à Justiça Federal da competência para julgar disputas sobre direitos indígenas decorre da competência atribuída à União Federal para proteção da cultura indígena, seus bens e valores (art. 231, CRFB). É por esta razão que a competência, nestas hipóteses, será da Justiça Federal, independentemente do Estado onde o caso tenha ocorrido.

c) A competência, neste caso, será do STJ, pois se trata de conflito negativo de competência entre órgãos vinculados a tribunais diversos (art. 105, I, d, CRFB)

### QUESTÕES OBJETIVAS

1.B

2.D

3.B

4.CERTO

5.B

### GABARITO CAP. III

#### III. 6. Estudo de caso

**Entendimento do STF:** "As hipóteses de outorga da nacionalidade brasileira, quer se trate de nacionalidade primária ou originária (da qual emana a condição de brasileiro nato), quer se cuide de nacionalidade secundária ou derivada (da qual resulta o status de brasileiro naturalizado), decorrem, exclusivamente, em função de sua natureza mesma, do Texto Constitucional, pois a questão da nacionalidade traduz matéria que se sujeita, unicamente, quanto à sua definição, ao poder soberano do Estado brasileiro" (STF, HC 83.113-QO, Rel. Min. Celso de Mello, OJ de 29-8-2003).

**Dupla nacionalidade. Precedente do STF:** "O processo remete ao complexo problema da extradição no caso da dupla nacionalidade, questão examinada pela Corte Internacional de Justiça no célebre caso Nottebohm. Naquele caso a Corte sustentou que na hipótese de dupla nacionalidade haveria uma prevalecente - a nacionalidade real e efetiva - identificada a partir de laços fáticos fortes entre a pessoa e o Estado. A falta de elementos concretos no presente processo inviabiliza qualquer solução sob esse enfoque" (STF, HC 83.450, Rel. Min. Nelson Jobim, de 4-3-2005).

#### Questão do caso acima:

**Pode alguém, sem ser brasileiro nato, impetrar um HD?**

**Resposta:**SIM, conforme se depreende da Lei nº 9.507/97 e do disposto no Art. 5º, inciso LXXII, da CRFB/88. O status de cidadão brasileiro somente é exigido para o ajuizamento de Ação Popular.

### QUESTÕES OBJETIVAS

1. E

2. C

3. CERTO

4. E

5. C

6. D

### GABARITO CAP. IV

1) STF - ADPF 307 MC-Ref / DF  
REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE  
PRECEITO FUNDAMENTAL

Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI

Julgamento: 19/12/2013 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Parte(s)

REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS - ANADEP

ADV.(A/S) : CIANE FIGUEIREDO FELICIANO DA SILVA

INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DA PARAÍBA

INTDO.(A/S) : SECRETÁRIO DE ESTADO DO PLANEJAMENTO E GESTÃO DO  
ESTADO DA PARAÍBA

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

**EMENTA:** Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Medida cautelar. Referendo. Ato do Poder Executivo do Estado da Paraíba. Redução, no Projeto de Lei Orçamentária de 2014 encaminhado pelo Governador do Estado da Paraíba à Assembleia Legislativa, da proposta orçamentária da Defensoria Pública do Estado. Cabimento da ADPF. Mérito. Violação de preceito fundamental contido no art. 134, § 2º, da Constituição Federal. Autonomia administrativa e financeira das Defensorias Públicas estaduais. Medida cautelar confirmada. 1. A Associação Nacional dos Defensores Públicos, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não detém legitimidade ativa para mandado de segurança quando a associação e seus substituídos não são os titulares do direito que pretende proteger. Precedente: MS nº 21.291/DF-AgR-QO, Relator o Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ de 20/10/95. Resta à associação a via da arguição de descumprimento de preceito fundamental, único meio capaz de sanar a lesividade alegada. 2. A autonomia administrativa e financeira da Defensoria Pública qualifica-se como preceito fundamental, ensejando o cabimento de ADPF, pois constitui garantia densificadora do dever do Estado de prestar assistência jurídica aos necessitados e do próprio direito que a esses corresponde. Trata-se de norma estruturante do sistema de direitos e garantias fundamentais, sendo também pertinente à organização do Estado. 3. A arguição dirige-se contra ato do chefe do Poder Executivo estadual praticado no exercício da atribuição conferida constitucionalmente a esse agente político de reunir as propostas orçamentárias dos órgãos dotados de autonomia para consolidação e de encaminhá-las para a análise do Poder Legislativo. Não se cuida de controle preventivo de constitucionalidade de ato do Poder Legislativo, ma, sim, de controle repressivo de constitucionalidade de ato concreto do chefe do Poder Executivo. 4. São inconstitucionais as medidas que resultem em subordinação da Defensoria Pública ao Poder Executivo, por implicarem violação da autonomia funcional e administrativa da instituição. Precedentes: ADI nº 3965/MG, Tribunal Pleno, Relator a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 30/3/12; ADI nº 4056/MA, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 1/8/12; ADI nº 3569/PE, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 11/5/07. Nos termos do art. 134, § 2º, da Constituição Federal, não é dado ao chefe do Poder Executivo estadual, de forma unilateral, reduzir a proposta orçamentária da Defensoria Pública quando essa é compatível com a Lei de Diretrizes Orçamentárias. Caberia ao Governador do Estado incorporar ao PLOA a proposta nos exatos termos definidos pela Defensoria, podendo, contudo, pleitear à Assembleia Legislativa a redução pretendida, visto ser o Poder Legislativo a seara adequada para o debate de possíveis alterações no PLOA. A inserção da Defensoria Pública em capítulo destinado à proposta orçamentária do Poder Executivo, juntamente com as Secretarias de Estado, constitui desrespeito à autonomia administrativa da instituição, além de ingerência indevida no estabelecimento de sua programação administrativa e financeira. 5. Medida cautelar referendada.

**Decisão**

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, referendou a concessão da liminar. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, o Ministro Marco Aurélio. Plenário, 19.12.2013.

#### CAP. IV - QUESTÕES OBJETIVAS

1. C
2. C
3. A
4. A
5. D

- 6. E
- 7. B
- 8. A
- 9. D
- 10. A - V; B - F; C - V; D - F
- 11. D
- 12. C
- 13. C

## ANEXO II

### MODELO PEC



SENADO FEDERAL  
Gabinete do Senador Randolfe Rodrigues

### PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº , DE 2016

Altera o art. 6º da Constituição da República, para incluir, dentre os direitos sociais, o direito ao saneamento básico.

As mesas da Câmara e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

**Art. 1º** O art. 6º da Constituição da República, passa a vigorar com a seguinte redação:

“**Art. 6º.** São direitos sociais a educação, a saúde, o saneamento básico, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (NR)

**Art. 2º** Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

#### JUSTIFICAÇÃO

Dispõe a Constituição da República no seu art. 6º, caput, que saúde é direito social, ao lado de educação, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e assistência aos desamparados.

Por seu turno dispõe o art. 196 da mesma carta de princípios que: “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de

Gabinete do Senador Randolfe Rodrigues – Anexo II – Ala Senador Teotônio Vilela – Gabinete 7  
Tel.: (61) 3303-6568 – CEP 70165-900 – Brasília-DF – e-mail: randolfe.rodrigues@senador.gov.br

XX  
XX  
XX  
XX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**Essas são as razões que nos levam a solicitar a nossos pares apoio para a presente Proposta de Emenda à Constituição.**

**Sala das Sessões,**

**Senador RANDOLFE RODRIGUES  
REDE-AP**



## ANEXO III PEÇAS PROCESSUAIS

### 1.ADPF

#### EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

\*deixar +- 5 linhas em branco

**LEGITIMADA**, qualificação, CNPJ, com representação em âmbito nacional, sediada na rua xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx CEP xxxxxxxxxxxx vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, por meio de seu advogado infra-assinado, conforme instrumento de procuração anexo (doc. 01), com escritório localizado em xxxxx, para onde devem ser enviadas as intimações, nos termos do art. 77, CPC/2015, ajuizar a presente **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL COM PEDIDO DE LIMINAR**, com base no art. 102, § 1º, da Constituição Federal de 1988 em cotejo com o art. 1º, parágrafo único, I, da Lei nº. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, conforme indicação abaixo de alguns preceitos vulnerados.

#### **I – DA LEGITIMIDADE ATIVA e DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA**

Demonstrar porque a associação é legitimada, traçando a diferença entre legitimado universal e legitimado especial.

Transcrever o art. 103, inciso, CF/88, e bem assim, da Lei nº 9.882/99, que trata dos legitimados

#### **II – DO CABIMENTO DA ADPF**

Aqui deve demonstrar por que o instrumento constitucional processual tem que ser a ADPF; destacar o Princípio da Subsidiariedade da ADPF....

#### **III –DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS: análise**

Neste momento vc traz os preceitos fundamentais violados. Deve discorrer sobre o conceito aberto de preceito fundamental. Trazer correntes doutrinárias e jurisprudência do STF

#### **IV. DO PEDIDO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO**

Explicar o por quê.

Trazer as demais técnicas de interpretação – vide cap. IV da minha apostila ou algum livro de constitucional

#### **V – DO PEDIDO LIMINAR**

Explicar o por quê do pedido liminar

#### **VI. DOS PEDIDOS**

Diante do exposto, requer a arguente:

1. a concessão do pedido liminar;
2. no mérito, que o pedido da presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental seja julgado procedente, a fim de que este Egrégio Supremo Tribunal Federal realize a interpretação conforme à Constituição dos artigos 3º, § 1º, § 2º, e 4º, parágrafo único, da Resolução Conjunta Presidência da República e Conselho Nacional de Combate à Discriminação nº. 1, de 15 de abril de 2014, para assegurar que: as custodiadas transexuais e travestis somente poderão cumprir pena em estabelecimento prisional compatível com o gênero feminino.
3. ou subsidiariamente, em caso desta Corte entender pelo não cabimento da presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a autora requer que a presente petição seja recebida como Ação Direta de Inconstitucionalidade, com vistas à declaração de inconstitucionalidade da expressão “Às Travestis” do art. 3º, da Resolução Conjunta Presidência da República e Conselho Nacional de Combate à Discriminação nº. 1, de 15 de abril de 2014, e realize a interpretação conforme à Constituição, do art. 4º da Resolução, para assentar que: as custodiadas transexuais e travestis somente poderão cumprir pena em estabelecimento prisional compatível com o gênero feminino.
4. que sejam ouvidos o Procurador-Geral da República, nos termos do art. xxx, CF/88 e, bem assim, as autoridades competentes, juntados aos autos os documentos anexos.

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) para fins procedimentais. Termos em que, pede deferimento.

Local e data,

assinatura do (a) advogado (a)

\*\* NUMERAR AS FOLHAS

## 2.RECLAMAÇÃO

**EXMO. SRA.MINISTRA PERSIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

(PULAR 5 LINHAS)

**O MUNICÍPIO XXXXX**, qualificação, endereço, neste ato representando por seu procurador xxxxxxxx, concursado para cargo efetivo, com escritório xxxxxxxx, endereço que indica para os fins do art. 77, V, CPC, com fundamento no art. 102, I, alínea L, CF/88 e no art. 988, III, CPC, apresenta **RECLAMAÇÃO** em face da decisão do Tribunal de Justiça xxxx, que descumpriu a decisão do STF, proferida na ADC nº 4.

### **I. DA DECISÃO OBJETO DA RECLAMAÇÃO**

Trabalhar com a decisão do STF na ADC 4 para demonstrar o descumprimento de sua autoridade julgadora por parte do TJ, lembrando que os efeitos em sede de ADC são *erga omnes* e vinculante e com a decisão proferida pelo juiz – objeto da reclamação

### **II. DA TUTELA DE URGÊNCIA**

Fundamentos: art. 988, II e art. 300, CPC

### **III. DOS FUNDAMENTOS DE DIREITO**

Art. CF; arts. do CPC

### **IV. DOS PEDIDOS**

Por todo o exposto, o **RECLAMANTE** requer:

1) a concessão da tutela de urgência para suspender os efeitos da decisão impugnada, nos termos do art. 989, inciso II, CPC, e que ao final seja cassada a referida decisão a fim de assegurar a integridade da jurisdição constitucional;

2) a citação do beneficiário da decisão impugnada para apresentar a sua contestação no prazo de 15 dias, nos termos do art. 989, inciso III, CPC;

3) a oitiva da autoridade Reclamada para apresentar informações, *ex vi* art.989, inciso I, CPC, no prazo de 10 dias;

4) a oitiva do Procurador-Geral da República, com fundamento no art. 103, § 1º, CF/88 e no art. 991, CPC;

5) a juntada dos documentos anexos.

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais) para fins procedimentais.

Termos em que se pede deferimento.

Local/data

Procurador do Município

OAB

### 3. AÇÃO POPULAR

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DA .....VARA .... DA COMARCA  
DE ... DO TRIBUNAL .....

(PULAR 5 LINHAS)

**FULANO DE TAL**, qualificação, domicílio, em pleno gozo de seus direitos políticos, por seu advogado infra assinado, conforme procuração anexa (doc. 01), com escritório em xxxx, para onde devem ser enviadas citações, intimações e demais documentos de praxe, nos termos do art. 77, CPC/2015, vem perante Vossa Excelência, amparado no art. 5º, LXXIII, CF, em cotejo com o artigo 1º da Lei nº 4.717/65, **propor** a presente **AÇÃO POPULAR COM PEDIDO DE LIMINAR INAUDITA ALTERA PARTE** em face de **BELTRANO**, Prefeito do Município X, qualificação, domicílio, do **FULANO**, Presidente da Comissão Permanente de Licitação do Município, **Sr. XXXXXX**, que poderão ser encontrados respectivamente nos endereços xxxx, xxxx, e da **EMPRESA XXXXXX** na pessoa do seu representante legal, sediada no endereço xxxx, mediante as razões de fato e de direito que passa a expor.

#### 1. CABIMENTO DA AÇÃO

##### 1.1. Da Legitimidade Ativa

##### 1.2. Da Legitimidade Passiva

##### 1.3. Do Cabimento do Procedimento

#### 2. DOS FATOS

3.

#### 3. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

#### 4. DOS PEDIDOS

Ante o exposto requer o autor:

- pedido de liminar *inaudita altera parte*
- seja julgado procedente os pedidos do mérito ..... para .....
- sejam os réus condenados a pagarem as custas e demais despesas judiciais e extrajudiciais, bem como o ônus da sucumbência

6. sejam citados os réus, para querendo, contestarem, no prazo legal, assistidos se quiserem pela Procuradoria do Município;
5. a produção de provas documental, testemunhal, pericial, e, especialmente, o depoimento pessoal dos demandados por quem de direito;
7. a oitiva do Ministério Público.

Dá-se à causa o valor de R\$ xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Nesses termos, pede-se deferimento.

## 4. MANDADO DE INJUNÇÃO

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO COLENO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**(\*\*atenção: apenas será o STF nos casos de sua competência)**

(deixar espaço de cinco linhas)

IMPETRANTE, pessoa jurídica de direito ..., inscrita no CNPJ sob o nºXXXX, com sede na Rua, n, Bairro, Cidade/UF, CEP representado neste ato por XXXXXXXXXXXXXXXX, (*qualificação da pessoa*), domiciliada (*endereço completo*), vem, por seu advogado (procuração em anexo), com escritório localizado (*endereço completo do escritório*), nos termos do art. 77, V, CPC, com fundamentos no art. 5<sup>a</sup>, inciso LXXI, CF/88 e da Lei nº 13.300/ 2016, impetrar o presente **MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO** contra omissão do **CONGRESSO NACIONAL**, em razão de ausência de norma regulamentar do direito de greve dos servidores públicos civis, nos termos do art. 37, inciso VII, CF/88, pelos motivos a seguir apresentados:

### I. DOS FATOS

Resumo dos fatos

### II. DOS FUNDAMENTOS

Trazer os fundamentos normativos constitucionais e infraconstitucionais do MI, e, bem assim, as razões de fato e de direito que justificam a impetração do MI.

Apresentar doutrina, jurisprudência, súmula se houver...

### III. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA INÉRCIA NORMATIVA ou DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

Trazer a norma constitucional de eficácia limitada que prevê direito, cujo exercício depende de ato. normativo infraconstitucional.

#### **IV. DOS PEDIDOS**

Diante do exposto, requer-se:

1. a notificação da autoridade que se mantém omissa diante de previsão constitucional;
2. seja dada ciência da presente ação ao órgão de representação da pessoa jurídica interessada;
3. a intimação de membro do MP;
4. a condenação em custas judiciais do impetrado;
5. a juntada de documentos;
6. seja julgado constitucional do pedido .....

Dá-se a à causa o valor de R\$1.000,00 (um mil reais) para fins procedimentais.

Nesses termos,

Pede-se deferimento,

Local e data.

Advogado

OAB

**ATENÇÃO:** não esquecer de numerar as páginas



## 5.MANDADO DE SEGURANÇA

**EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA ....VARA DE FAZENDA PÚBLICA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO X**

**(pular 5 linhas em todas as petições)**

NOME DE QUEM ESTÁ IMPRETRANDO O MS, qualificação da pessoa (física ou jurídica), CPF ou CNPJ, representada por (caso se tratar de impetrante p.j., menor de idade ou pessoa com curador ou tutor), por seu (sua) advogado (a) infra-assinado (procuração em anexo), com escritório localizado no endereço completo, endereço indicado para fins do disposto no art. 77, inciso VI, do CPC/2015, e com base no art. 5º, inciso LXIX, CF/88 e dos dispositivos da Lei nº 12.016/2009, vem, perante V;.Exa., impetrar o presente MANDADO DE SEGURANÇA em face do NOME DO IMPETRADO, qualificação do impetrado, endereço....

### I. DA TEMPESTIVIDADE DA PROPOSITURA DA AÇÃO

Considerando a normativa inserta no art. 23, da Lei nº 12.016/2009, que dispõe acerca do prazo para propositura do Mandado de Segurança, afirma-se que a presente ação é tempestiva, pois foi proposta dentro do prazo de 120 dias.

### II. DA SÍNTESE DOS FATOS (ou simplesmente DOS FATOS)

Aqui precisa narrar os fatos que ensejaram a impetração do MS

### III. DA TUTELA DE URGÊNCIA

Deve demonstrar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Ainda, deve mencionar o art. 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/2009.

### IV. DOS FUNDAMENTOS

Começar sempre pela previsão constitucional do MS, mencionando artigo e o inciso da CF/88.

Trazer e transcrever o ato omissivo ou comissivo que está sendo impugnado pela via do MS.

## V. DOS PEDIDOS

Por todo o exposto, requer o impetrante:

1. A concessão da medida cautelar para suspender/revogar o ato do NOME DO IMPETRADO OU DO CARGO QUE OCUPA;
2. A notificação da autoridade coatora, nos termos do art. X (vide qual é o artigo), da Lei nº Lei nº 12.016/2009, mencionar quem é a autoridade coatora, em regra é a mesma da sujeição passiva, para que preste as informações pertinentes ao caso;
3. Seja comunicado o órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada;
4. A intimação do Membro do Ministério Público;
5. A condenação do Impetrado ao pagamento de custas processuais;
6. A juntada dos documentos em anexo;
7. Que o mérito, ao final, seja julgado procedente para afastar (mencionar o que está sendo pedido de fato e de direito)

Dá-se à causa o valor de R\$ XXXXXXXX, para fins procedimentais.

Nesses termos,  
Pede-se deferimento,  
Loca/data.  
Advogado  
OAB

**ATENÇÃO:**



- A. NÃO ESQUECER DE NUMERAR AS PÁGINAS
- B. NUNCA ASSINAR EM FOLHA EM BRANCO