TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Teoria da Constituição

Esta apostila de Direito - Teoria da Constituição, o aluno devera tratar o presente como roteiro e resumo das aulas, assim como material de apoio pedagógico, formulado como roteiro / estrutura das aulas e resumo das informações que serão trabalhadas. Este resumo usou a metodologia de síntese e compilação dos autores / obras abaixo listadas:

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros.

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

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Constitucional Descomplicado. São Paulo: Método.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. São Paulo: Forense.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

- Estado e Constituição
- O Estado Constitucional: a ideia de Constituição.
- Origem e características do constitucionalismo.
- Direito Constitucional: conceito, objeto, fontes.
- Poder Constituinte e Poder de Reforma: limites implícitos e explícitos da reforma da Constituição.
- Fundamentos políticos e jurídicos da supremacia da Constituição.
- Classificação das normas constitucionais.
- Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais.
- Mutação constitucional.

Constituição.

Concepção de Constituição.

Concepção sociológica: (Ferdinand Lassale) – Constituição escrita e Constituição real (a soma dos fatores reais de poder que regem uma determinada nação. “Folha de papel” é um termo utilizado por Ferdinand Lassale para dizer que a Constituição escrita não tinha valor)

Concepção política: (Carl Schmitt) – Constituição é apenas aquilo que decorre de uma “decisão política fundamental” que a antecede (Ex. organização do Estado; organização dos Poderes; direitos fundamentais). O que está dentro da Constituição, para Carl, seriam apenas “leis constitucionais”.

Concepção jurídica: (Hans Kelsen/Konrad Hesse) – conjunto de normas (dever-ser). A Constituição possui uma força normativa capaz de conformar a realidade, bastando que exista “vontade da Constituição”.

Concepção culturalista: “Constituição total” – vista sobre os prismas sociológicos, político e jurídico. A Constituição, ao tempo que é condicionada pela realidade é também condicionante desta.

Classificação das Constituições.

Critérios.

Origem. Espécies:

Constituições democráticas: (ou populares, votadas, promulgadas, dogmáticas) – é feita por representantes do povo; eleitos para o fim específico de elaborar a Constituição.

Constituições outorgadas ou impostas: ao povo, contra sua vontade. Espécies: **Cesaristas:** submetidas a plebiscito ou referendo.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Pactuadas ou pactuais: aquela fruto de um pacto entre o rei e a assembléia.

Modo de elaboração. Espécies:

Dogmáticas: as que surgem de uma só vez e são escritas.

Históricas: formam-se lentamente, através do tempo.

Estabilidade ou plasticidade: analisa a estabilidade da Constituição.; feita através da comparação das leis do Estado. Subdivisão:

Imutáveis: não existem mais.

Rígidas: maior estabilidade; possui um processo mais solene de alteração (pode, ou não, ter cláusulas pétreas, que é o núcleo essencial da Constituição, que lhe confere identidade material, razão pela qual não poderá ser restringido ou abolido pelo poder reformador – ver arts. 47 e 60, da CF).

Obs.: existem dois quoruns: o de votação (número mínimo de parlamentares presentes no Plenário) e o de aprovação (o *quantum* estabelecido na CF, ou seja, maioria simples dos presentes).

Flexíveis: aquelas em que a alteração se dá da mesma forma utilizada para as leis. Na flexível não existe poder reformador, não há supremacia formal; portanto, não há controle de constitucionalidade.

Semi-rígida ou semi-flexível: há normas com processos mais ou menos dificultosos.

Quanto ao conteúdo.

Espécies:

Constituição em sentido material: direitos fundamentais; estrutura do Estado; organização dos poderes (a Constituição material é a que tem como conteúdo apenas estes assuntos).

Constituição em sentido formal: feita por processo diferenciado em relação às leis.

Quanto à função ou estrutura – traça as diretrizes do Estado.

Espécies:

Constituição garantia ou quadro: assegura as liberdades – impedimentos ou negativos, além dos princípios materiais estruturantes (art. 1º, da CF).

Constituição dirigente ou programática: a que dirige os rumos do Estado.

Obs. A Constituição de 1988 é escrita, codificada, popular, dogmática, rígida, formal, analítica, dirigente, eclética.

Supremacia da Constituição.

Material: relativo ao conteúdo, sendo este superior às demais leis; característica de todas as Constituições.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Formal: a Constituição é formal quando é rígida; decorre da sua rigidez. Uma norma é superior quando se constitui como fundamento de validade de outra inferior.

Exemplo da pirâmide de Kelsen aplicada ao nosso sistema.

Topo: CF/88 – ato normativo originário (emendas constitucionais, tratados de direitos humanos).

Meio: atos normativos primários (leis ordinárias, complementares, delegada, MP, tratados).

Base: atos normativos secundários (decretos/regulamentos).

Obs. Não existe hierarquia entre normas da Constituição (originárias ou derivadas, direitos fundamentais, ou não, cláusulas pétreas, ou não, princípios e regras) – vide art. 59, da CF.

Obs.: entre lei complementar e lei ordinária há hierarquia? Há (Pontes de Miranda); não há (Celso Bastos, Michel Temer).

Diferenças entre lei complementar e lei ordinária:

LC – quorum absoluto. **LO** – quorum simples.

LC – matéria reservada. **LO** – matéria residual.

Obs.: a lei complementar pode tratar de uma matéria de lei ordinária sem ser invalidada, por uma questão de economia legislativa. A lei complementar pode ser revogada pela lei ordinária, caso a CF trate a matéria como residual, portanto de competência da lei ordinária.

Obs.: no Direito Tributário existe hierarquia entre LC e LO, segundo o STJ. Para o STF não existe hierarquia entre tais leis, mesmo no Direito Tributário.

Obs.: existe hierarquia entre leis federais, estaduais e municipais? Existem campos de atuação distintos, mas não hierarquia. Se uma invadir o campo da outra, será tida como inconstitucional. Existem competências concorrentes, não havendo inconstitucionalidade nesses casos: uma lei dita a regra geral e a outra atua em âmbito restrito.

Hierarquia no âmbito estadual – Pirâmide:

Topo: Constituição estadual.

Meio: Lei estadual/lei municipal.

Base: Decreto estadual/decreto municipal.

Obs.: o TJ só exerce controle concentrado em face da constituição estadual.

Hierarquia no âmbito municipal – Pirâmide:

Topo: Lei orgânica municipal.

Meio: Lei municipal (complementar e ordinária)

Base: Decretos.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Obs.: no âmbito municipal não se fala em controle de constitucionalidade, mas de legalidade.

Hierarquia no âmbito do Distrito Federal – Pirâmide:

Topo: Lei orgânica do DF.

Meio: Leis distritais (complementares e ordinárias).

Base: Decretos.

Obs.: há, no DF, controle concentrado das leis distritais em face da lei orgânica (art. 30, da Lei 9868).

Obs.: há entendimento, no sentido de que, entre a CE e a lei orgânica não existe hierarquia, pois se trata de entes autônomos. Contudo, o art. 29, da CF, mostra que a segunda deve respeitar a primeira.

PODER CONSTITUINTE

Legitimidade: o Poder Constituinte encontra-se acima da pirâmide, visto que foi ele quem deu início a todas as normas. É legítimo quando exercido por representantes do povo, eleitos para esse fim específico.

Titularidade – resposta automática: a titularidade estaria concentrada sempre em uma minoria. Resposta automática: o titular do Poder Constituinte é a maioria do povo ou da nação, para o Abade de Sieyès.

Exercício: consiste na elaboração da Constituição, exercido pelo povo, através de representantes eleitos.

Natureza: significa essência; qual o seu significado para o Direito; é o lugar que o instituto ocupa dentro do ordenamento jurídico. Segundo os positivistas, o Poder Constituinte é um poder de fato ou político.

Obs.: o Direito Natural é eterno, universal e imutável.

Características essenciais.

Inicial: não existe nenhum outro poder antes ou acima dele.

Autônomo: cabe apenas a ele escolher a idéia de direito que irá prevalecer dentro do Estado.

Incondicionado: o Poder Constituinte não está submetido a nenhuma condição formal ou material.

Ilimitado.

Soberano.

Proibição do retrocesso: característica dos direitos fundamentais. Limitação metajurídica (fora do Direito), que limita o Poder Constituinte Originário.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Características do Poder Constituinte, segundo o Abade Sieyès.

Permanente: não se esgota no ato de seu exercício, estendendo-se no tempo.

Inalienável: a titularidade desse Poder não poderá ser transferida.

Obs.: o Abade Sieyès é jusnaturalista (defende o Direito Natural, não é positivista).

Classificação do Poder Constituinte.

Dicotômica: Poder Constituinte originário e Poder Constituinte derivado. O PCD necessariamente deve observar as limitações materiais impostas pelo PCO.

Tricotômica: Poder Constituinte Originário, Poder Constituinte Derivado e Poder Constituinte Misto (poderia alterar as limitações materiais impostas pelo originário, desde que a submetessem a um plebiscito ou referendo).

Espécies de Poder Constituinte.

Originário: cria a primeira constituição, ou uma nova.

Revolucionário: cria nova constituição dentro de um Estado. Revolução, em termos jurídicos, é toda ruptura com o ordenamento jurídico anterior.

Material: escolhe o conteúdo que constará dentro da constituição.

Formal: formalização do conteúdo da constituição.

Difuso: elabora uma constituição histórica.

Derivado: deriva do originário.

Reformador: reforma a constituição (art. 60, da CF).

Revisor: faz a revisão (art. 3º, do ADCT).

Decorrente: cria as constituições dos Estados-membros (arts. 25, da CF e 11, do ADCT).

Obs.: segundo Paulo Bonavides, a diferença entre o reformador e o revisor, é que o primeiro é a via ordinária de alteração da Constituição; o segundo é a via extraordinária.

Poder Constituinte Supranacional: espécie de constituição comunitária de determinado bloco, cujo titular não é o povo, mas o cidadão universal (Ex. Comunidade Européia). É responsável pela elaboração de uma constituição na qual cada Estado cede uma parcela de sua soberania para a formação de um documento supranacional.

Limitações ao Poder Derivado Reformador.

Temporais: não existem limites em nossa CF (art. 60).

Circunstanciais: impedem a alteração da CF em situações excepcionais, nas quais a livre manifestação do Poder Derivado possa estar ameaçada. Chamado de estado de legalidade extraordinária (estado de defesa, estado de sítio e intervenção federal) – arts. 34, 136 e 137, da CF.

Materiais ou substanciais: cláusulas pétreas (podem ser ampliadas, não restringidas). Podem ser expressas ou implícitas (expressas: § 4º, do art. 60: a

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; separação dos Poderes e direitos e garantias individuais).

STF: os direitos e garantias individuais estão espalhados por toda a CF (ex. art. 16 – princípio da anterioridade eleitoral; art. 150, III, 'b' - princípio da anterioridade tributária).

Obs.: a forma federativa de Estado é um princípio intangível de nossa CF.

Cláusulas pétreas implícitas, segundo Paulo Bonavides:

Soberania nacional: art. 1º, I, da CF.

Pluralismo político: art. 1º, V, da CF.

Dupla revisão: na verdade, trata-se de uma reforma. Não se admite no Brasil (para o português Jorge Miranda, admite-se).

Limitações formais, processuais ou procedimentais

Expressas: são as circunstanciais e materiais

Implícitas: são as formais, que podem ser:

Subjetivas: relacionadas ao sujeito, à competência para propor emenda = iniciativa do Pres. da República; 1/3 da Câmara ou do Senado; + 50% das Assembléias dos Estados-membros (maioria simples); há o entendimento minoritário de que cabe iniciativa popular para emenda (José Afonso da Silva); o STF entende que normas excepcionais devem ser interpretadas restritivamente, por isso não cabe iniciativa popular de emenda.

Objetivas: quorum para emenda = a 3/5 – maioria absoluta dos membros de cada casa legislativa, em dois turnos. Não há sanção de proposta de emenda pelo Pres. República. Após a aprovação, vai direto para a promulgação, pelas mesas da Câmara e do Senado.

Obs.: a sessão legislativa inicia-se em 02 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro. A legislatura dura 4 anos, ou seja, um mandato (art. 44, parágrafo único, da CF). O período legislativo dura 6 meses, ou seja, a metade de uma sessão legislativa. Uma legislatura, portanto, possui 8 períodos.

Obs.: a revisão tem limitação temporal de 5 anos (art. 3º, ADCT). Por analogia, aplicam-se à revisão as limitações materiais e circunstanciais previstas para a reforma.

ELEMENTOS DO SISTEMA NORMATIVO CONSTITUCIONAL

Direito natural: inato ao homem, que estaria acima do direito positivo, e que se caracteriza por ser eterno, universal e imutável. Kelsen retirou o conteúdo valorativo do Direito, para que fosse ele visto com ciência (*actio* aspiração).

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Norma: é um comando que precisa ser obrigatoriamente seguido.

Princípios: eram vistos, pelos positivistas, como caminho, direção, conselhos a serem seguidos.

Pós-positivismo e neo-positivismo: tentativa de superação do positivismo e do jusnaturalismo, através de uma conciliação entre as premissas fundamentais das duas correntes. Tem como características a importância dada aos valores e a elevação dos princípios à categoria de normas jurídicas. A norma é gênero, do qual são espécies os princípios e regras (Robert Alexy/Ronald Dworkin).

Postulados: segundo H. Ávila, são normas de segundo grau, que estruturam a aplicação de outras normas.

Critérios de distinção

- a) Os princípios, segundo Dworkin, estariam mais próximos da idéia de justiça.
- b) Abstratividade (ou generalidade) – os princípios são normas generalíssimas. Enquanto as regras possuem um pressuposto fático homogêneo, os princípios possuem hipóteses heterogêneas.
- c) Dimensão: enquanto princípios e regras possuem a dimensão da validade, apenas os primeiros possuem a dimensão da importância, peso ou valor (Robert Alexy).
- d) No campo da validade, todos os princípios e regras conflitam. Esses conflitos entre normas é conceituado por Norberto Bobbio como de primeiro grau.
- e) Entre uma lei e uma norma constitucional, utiliza-se o critério hierárquico.
- f) Entre duas leis, prevalece a mais recente, critério cronológico ou temporal (art. 2º, § 2º, da LICC).

Conflitos de segundo grau – segundo Bobbio, é o conflito existente entre os critérios de primeiro grau.

- a) O critério hierárquico sempre prevalece sobre o cronológico.
- b) O critério da especialidade, geralmente, prevalece sobre o cronológico.
- c) O critério hierárquico, em regra, prevalece sobre o da especialidade.

Conflito de importância – existente entre princípios. Antes é preciso verificar se os dois princípios em conflito são válidos. Feito sempre diante de casos concretos.

Obs. As regras impõem resultado, devendo ser aplicadas de forma automática. Segundo Dworkin, as regras obedecem a lógica do “tudo ou nada” (ex.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

aposentadoria compulsória). Os princípios apontam a direção na qual uma decisão deverá ser proferida. Para Robert Alexy, “princípios são mandamentos de otimização”, ou seja, normas que ordenam que algo seja cumprido na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Hermenêutica não se confunde com interpretação. A primeira é a ciência que fornece os elementos para a interpretação; esta, busca o sentido da norma.

Métodos de interpretação

- a) Hermenêutico clássico (ou jurídico): parte da “tese da identidade”. Sendo a Constituição uma lei como as demais (conjunto de normas), ela deverá ser interpretada por meio dos elementos clássicos desenvolvidos por Savigny (gramatical, histórico, lógico e sistemático) – principal defensor: Forsthoff. A força normativa da Constituição ficaria assegurada pela dupla relevância atribuída ao texto (pauta de partida e limite).
- b) Tópico-problemático: (Vielweg) – tópico = topos = topoi = argumentos, esquemas de pensamento, raciocínio, lugares comuns. As normas excepcionais devem ser interpretadas restritivamente, segundo o STF. Os direitos fundamentais não devem servir como escudo protetivo para salvaguardar práticas ilícitas. Para este método, o problema é sagrado (método aporético).
Críticas a este método: pode conduzir a um casuísmo ilimitado; a interpretação deve partir da norma para o problema e não do problema para a norma. Mas tem a utilidade de complementar lacunas e a comprovação dos resultados obtidos pelos outros métodos.
- c) Hermenêutico-concretizador: (hermenêutica = interpretação; concretizar = aplicar. Também é método aporético e tem como elementos básicos a norma, o problema concreto a ser resolvido e a compreensão prévia. A diferença principal entre os dois tópicos acima é que existe um primado da norma sobre o problema.
- d) Científico-espiritual: (ou valorativo ou sociológico) – Rudolf Smend. A Constituição atua como elemento do processo de integração comunitária (princípio do efeito integrador). Levam em consideração fatores extra constitucionais - os valores representam o espírito da Constituição. Para Miguel Reale, a Constituição é valor, norma e fato (teoria tridimensional do Direito). O preâmbulo da Constituição tem apenas função interpretativa. O STF já entendeu que ele não é norma. Não existe hierarquia entre princípios expressos e implícitos.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

- e) Normativo-estruturante: (ou concretista) – Friederich Muller. Não se fala em interpretação, mas em concretização. São elementos para a concretização da norma: metodológicas; dogmáticas; âmbito da norma; teóricos (teoria geral da Constituição); político-jurídicos. Dois aspectos: programa normativo (texto da norma e ela propriamente dita); domínio normativo (realidade social).

Críticas: depois de abrir-se para a realidade, este método tem sua última premissa baseada em uma estrutura limitativa do intérprete.

PRINCÍPIOS INTERPRETATIVOS (OU POSTULADOS INTERPRETATIVOS)

Princípio da supremacia: a Constituição é a norma suprema. Serve de pressuposto para toda a interpretação constitucional. É o fundamento de validade dos atos normativos primários e secundários.

Princípio da presunção de constitucionalidade das leis: é uma presunção relativa (*iuris tantum*). A lei passa por análises prévias de constitucionalidade. Poder Legislativo (Comissão de Constituição e Justiça, Redação e Cidadania); Poder Executivo (veto – jurídico ou político). Existindo dúvida sobre a constitucionalidade da lei, deve ela ser declarada constitucional.

Princípio da simetria: a Constituição estadual e a Lei Orgânica do município devem ser simétricas à Constituição Federal (arts. 25 e 29, da CF). São normas de repetição obrigatória (ex. processo legislativo, Tribunal de Contas, requisitos para CPI – art. 58, § 3º, da CF).

Obs.: as medidas provisórias, segundo as Constituições dos Estados do Tocantins, Acre e Santa Catarina, podem ser editadas também pelo governador. O STF decidiu no sentido de permitir às Constituições estaduais autorizar as MP's aos governadores, nos moldes da CF, em respeito ao princípio da simetria. Por esse raciocínio, os prefeitos também podem editar MP's, bastando que seja previsto nas Constituições estaduais (vide art. 25, da CF). O art. 57, da CF, não é de repetição obrigatória.

Princípio da interpretação conforme a Constituição: decorre da presunção de constitucionalidade das leis. A lei interpretada deve ser polissêmica ou plurissignificativa (vários significados). É um princípio da preservação da norma. Os limites a esse princípio são a clareza do texto legal (sentido unívoco) e o fim pretendido pelo legislador ou pela lei. A declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto é equivalente à interpretação conforme, possuindo as seguintes semelhanças: podem ser utilizados tanto no controle difuso quanto no concentrado (art. 28, parágrafo único, da Lei 9868/99); em ambos o texto

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

permanece intocado; há uma redução do âmbito de aplicação da norma. Mas há diferenças:

- a) a interpretação conforme é um princípio interpretativo; a declaração de inconstitucionalidade é uma técnica de decisão judicial;
- b) a interpretação conforme corresponde a um juízo de constitucionalidade; a declaração de inconstitucionalidade corresponde a um juízo de inconstitucionalidade (art. 97, CF).

POSTULADOS NORMATIVOS DE INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Princípio da unidade: é uma especificação do método sistemático, impondo a interpretação harmônica da Constituição, que deve ser vista em seu todo. Cabe ao intérprete harmonizar as tensões e conflitos subjacentes ao pacto fundador (poder constituinte originário). Afasta a hierarquia entre as normas constitucionais.

Princípio do efeito integrador: sendo a Constituição um elemento do processo de integração comunitária, na solução dos problemas constitucionais, deve-se dar primazia aos pontos de vista que favoreçam a unidade político-social.

Princípio da concordância prática ou harmonização: havendo uma colisão entre interesses constitucionalmente protegidos, deve-se fazer a redução proporcional do âmbito de aplicação de cada um dos princípios envolvidos, evitando-se o sacrifício total de um para que o outro seja aplicado.

Princípio da força normativa da Constituição: na interpretação da Constituição, deve-se dar preferência às soluções que, densificando suas normas, tornem-se mais eficazes e permanentes.

Princípio da máxima efetividade: utilizado em relação aos direitos fundamentais.

Obs. Eficácia jurídica é a aptidão da norma para produzir os efeitos que lhe são próprios. Efetividade ou eficácia social se dá quando a norma cumpre a função para a qual foi ela criada. Na interpretação dos direitos fundamentais deve-se optar pela solução que confira a maior efetividade possível, para que eles cumpram a sua função social.

Princípio da conformidade funcional (ou justeza): os órgãos encarregados da interpretação constitucional não devem subverter o esquema organizatório-funcional, traçado pela Constituição.

Princípio da relatividade ou da conveniência das liberdades públicas: nenhum direito, por mais importante que pareça, pode ser considerado obsoleto,

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

pois todos encontram limites em outros direitos também consagrados pela Constituição (não há liberdade sem restrição da liberdade).

Princípio da proporcionalidade ou razoabilidade:

- a) origem: 1215, Magna Carta inglesa – devido processo legal (razoabilidade); germânica (proporcionalidade);
- b) nomenclatura: proporcionalidade é de influência germânica; razoabilidade é de influência anglo-saxã. Há outros que diferenciam os dois princípios;
- c) consagração implícita: não estão expressos na Constituição. Seria uma decorrência dos sistemas de direitos fundamentais; decorre do princípio do Estado de Direito (doutrina alemã); decorre da cláusula do devido processo legal substantivo – art. 5º, LIV (entendimento do STF). O devido processo legal formal é dirigido mais ao juiz, devendo seguir as normas constitucionais e legais, dirigidas ao processo. Devido processo legal substantivo é dirigido ao legislador (contraditório, ampla defesa).

SUBPRINCÍPIOS

Adequação: é a relação entre o meio utilizado e o fim almejado.

Necessidade: (menor ingerência possível) – deve-se optar pelo meio menos gravoso possível.

Proporcionalidade em sentido estrito: (“Não se deve abater pardais com canhões” – Jellinek) – é a relação custo-benefício da medida.

Proibição por defeito: (Canotilho) – proteção insuficiente da norma.

Preâmbulo constitucional: não é norma; não é vinculante; não é obrigatório. É apenas uma diretriz hermenêutica; auxilia na interpretação.

APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Classificação. Quanto à eficácia:

- a) Norma constitucional de eficácia plena: possui aplicabilidade direta, imediata e integral. Ex. aquelas que estabelecem isenções (art. 184, § 5º, CF); imunidades (art. 53, CF); prerrogativas (art. 128, § 5º, I, da CF); proibições ou vedações (art. 19, da CF); as que trazem previsão de processo de sua execução ou aquelas cuja enunciado já esteja suficientemente explicitado. Maria Helena Diniz traz outra classificação, as normas de eficácia absoluta ou super-eficazes, aquelas que não podem ser

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

atingidas nem por lei ou emenda constitucional. Ex. cláusulas pétreas – art. 60, § 4º, da CF).

- b) Norma constitucional de eficácia contida: tem aplicabilidade direta, imediata e, possivelmente, não terá aplicação integral. Não depende de lei para ser aplicada, mas poderá sofrer a restrição de alguma lei. A norma de eficácia contida, enquanto não restringida, produz os mesmos efeitos da norma de eficácia plena. É auto-executável, auto-aplicável ou bastante em si. Ex. art. 5º, XIII, da CF. Podem ser restringidas por conceitos de direito público (costumes, ordem pública, etc.) ou por outras normas constitucionais. Ex. art. 5º, XXIV, CF; art. 5º, XVI, CF; art. 136, § 1º, I, “a”, CF; art. 139, IV, CF.
- c) Norma constitucional de eficácia limitada: aplicabilidade indireta – significa necessidade de uma outra vontade para que seja aplicada ao caso concreto. Enquanto não regulamentado, só possui eficácia negativa (eficácia positiva é a aptidão da norma para ser aplicada aos casos concretos). Negativa: aptidão para invalidar os dispositivos que lhe são contrários. Espécies (José Afonso):
- 1) Princípio institutivo: (ou organizatório) – depende de um outro ato para dar corpo, forma, estrutura a determinados institutos criados pela CF (art. 102, § 1º, da CF). Facultativos: possibilidade para os Poderes Públicos (art. 22, parágrafo único; 154). Impositiva: art. 121, CF.
 - 2) Princípio programático: programa de ação a ser desenvolvido pelos Poderes Públicos – impõe obrigação de resultado, não de meio (art. 3º, CF) – “A norma programática não pode se transformar em uma promessa constitucional inconstitucional” – Celso Antônio Bandeira de Mello.
 - 3) Exaurida ou esvaída (Uadi Lamêgo Bulos) – eficácia que se exauriu – normas do ADCT depois de aplicadas.

NORMAS CONSTITUCIONAIS NO TEMPO

Revogação por norma geral: art. 2º, § 1º, da LICC – a CF revoga inteiramente o artigo.

Desconstitucionalização: (Pontes de Miranda, Manuel Gonçalves Ferreira Filho) Concepção política de Karl Schimith (as leis constitucionais poderiam ser recepcionadas, se compatíveis com a nova constituição). O fenômeno da desconstitucionalização se dá quando as leis anteriormente constitucionais passam a ser consideradas leis infraconstitucionais (não aceita no Brasil).

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Repristinação: art. 2º, § 3º, da LICC – no Direito Constitucional não se admite repristinação tácita, por dois princípios: segurança jurídica e estabilidade das relações sociais.

Efeito repristinatório tácito: art. 11, § 2º, da Lei 9868/99. Arts. 24, §§ 1º a 4º, da CF - competência legislativa concorrente (se a União não fizer a norma geral, o Estado-membro pode fazer a geral e a suplementar). A norma geral da União pode suspender a eficácia estadual.

Recepção: análise do conteúdo das matérias anteriores – se forem compatíveis materialmente com a nova constituição, serão recepcionadas. As incompatíveis serão revogadas, segundo o STF (princípio da unidade do ordenamento jurídico). A incompatibilidade formal superveniente não impede que a norma seja recepcionada. Todavia, ela receberá uma nova roupagem, um novo status (Ex. CTN – era lei ordinária, hoje tem status de lei complementar).

Mutação constitucional: são processos informais de alteração da constituição, sem que haja modificação de seu texto (Ex. interpretação da CF; usos e costumes constitucionais). Será legítima, se puder ser enquadrada dentro do programa normativo, segundo Canotilho.

DIREITOS FUNDAMENTAIS

- Direitos humanos: são ligados aos valores liberdade e igualdade, e positivados no plano internacional.
- Direitos fundamentais: são os direitos humanos consagrados no plano interno, através da CF.
- Natureza dos direitos fundamentais: normas constitucionais positivas.
- Classificação:
 - a) Pela CF/88: os direitos fundamentais são gênero, com cinco espécies (Título II): direitos individuais; coletivos; sociais; de nacionalidade e políticos.
 - b) Pela doutrina (Jellinek): direitos de defesa; direitos a prestações e direitos de participação.
 - b.1) Defesa: são os que surgiram para defender os indivíduos contra arbítrio do Estado. Ligados à liberdade do indivíduo, com

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

caráter negativo, pois exigem, sobretudo, uma abstenção do Estado (direitos individuais).

b.2) Prestacionais: o Estado fornece tanto prestações materiais (saúde, educação, moradia, etc.), quanto prestações jurídicas (segurança, acesso à Justiça, etc.). São direitos de natureza positiva, exigindo uma atuação do Estado (direitos sociais).

b.3) Participação: tem tanto um caráter positivo quanto negativo (direitos de nacionalidade e direitos políticos).

- Eficácia e aplicabilidade: o artigo 5º, da CF, diz que os direitos fundamentais têm aplicação imediata. Dependem, em grande parte, de seu enunciado. Muitos desses direitos estão consagrados em normas de eficácia limitada, em contraste com o art. 5º, § 1º. Ingo Sarlet diz que o art. 5º, § 1º, deve ser interpretado não como uma regra, mas como norma principiológica.
- Geração dos direitos fundamentais: alguns autores preferem falar em “dimensões”, pois “geração” dá idéia de substituição de uma pela outra, o que não seria correto.
 - a) 1ª Geração – Liberdade: as primeiras manifestações liberais surgiram com a burguesia, para limitar o poder do Estado absolutista. São conhecidos como direitos civis e políticos. Têm caráter negativo, exigindo uma abstenção do Estado (direitos de defesa). O principal destinatário é o Estado. São direitos individuais, que protegem o indivíduo em face do Estado.
 - b) 2ª Geração – Igualdade: luta do proletariado nas revoluções industriais (sociais, econômicas e culturais). Têm como objetivo diminuir as desigualdades existentes, além da liberdade. Não existe igualdade sem liberdade. Tem caráter positivo, exigindo uma atuação do Estado (direitos prestacionais). Observação: o termo Instituições varia para alguns autores: Paulo Bonavides diz que as garantias institucionais surgiram com os direitos de 2ª geração, pois tão importante quanto proteger os indivíduos é proteger as instituições essenciais à sociedade, como família, imprensa livre, etc.
 - c) 3ª Geração – Fraternidade ou solidariedade: nítida divisão do mundo entre países desenvolvidos e em desenvolvimento (subdesenvolvidos), surgindo a necessidade de colaboração dos mais ricos aos mais pobres (direito ao progresso, direito de autodeterminação dos povos, direito ao meio ambiente saudável, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade,

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

etc.) – são considerados como direitos difusos, que pertencem a grupos indetermináveis de pessoas.

- d) 4ª Geração – Influência da globalização política na esfera jurídica (direitos à democracia; informação e pluralismo político).
- e) 5ª Geração – Direito a paz: segundo Paulo Bonavides, encontra-se no art. 4º, VI, da CF.
- Direitos e garantias dos direitos: segundo Ruy Barbosa, “direitos” são disposições declaratórias que imprimem existência legal a valores reconhecidos e declarados no plano normativo. “Garantias” são disposições assecuratórias, que protegem os direitos em face do Poder do Estado. Todos os instrumentos processuais são garantias.
- Eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais:
 - a) Vertical: entre Estado e indivíduo – relação de subordinação, quando o Estado é o destinatário dos deveres, decorrentes dos direitos fundamentais.
 - b) Horizontal: ou privada, na relação entre indivíduos. Aplicam-se às relações privadas. O indivíduo é também destinatário dos direitos fundamentais.

Obs. Sobre a eficácia horizontal existem 3 teorias, segundo Daniel Sarmiento:

1ª TEORIA: da ineficácia horizontal (doutrina do *state action*): para essa teoria, os direitos fundamentais não têm eficácia horizontal. A única norma norte-americana é a da Emenda 13, que acabou com a escravidão. A jurisprudência norte-americana não admite que o legislador aplique as normas nas relações privadas.

2ª TEORIA: de eficácia indireta e imediata dos direitos fundamentais (Alemanha): os direitos fundamentais só se aplicam às relações entre particulares depois de regulamentados pelo legislador que deverá conferir-lhes um tratamento adequado aos valores constitucionais. Para eles haveria uma aniquilação ao direito privado e subjugação das relações privadas.

3ª TEORIA: da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais (Portugal, Espanha, Itália e, em parte minoritária, na Alemanha): os direitos fundamentais aplicam-se às regras inter-privadas independentemente de intermediação legislativa. Aqui no Brasil, os tribunais aplicam diretamente os direitos fundamentais às relações inter-privadas. O art. 5º, § 1º, da CF e a ausência de poderes dos

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Poderes Públicos fortalecem essa doutrina no Brasil. Apesar dos direitos fundamentais terem eficácia horizontal, não tem tanta aplicabilidade nas relações do Estado. Deve-se sempre levar em conta o princípio da autonomia da vontade na eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

- Colisão de direitos fundamentais: as regras e os princípios situam no campo da validade. Os princípios, segundo Robert Alexy, possuem o campo da importância, peso e valor. Nesse campo, parte-se do princípio que se dois princípios se colidem, ambos já passaram pelo campo da validade. Assim, a colisão dos direitos fundamentais é um conflito entre princípios no campo da importância, peso e valor. Somente diante do caso concreto é que se pode ponderar a importância de cada direito e qual prevalecerá. A maioria dos direitos fundamentais está implícita dentro de algum princípio. Por isso, o critério a ser utilizado será o do “juízo de ponderação”. Aberman é contra essa teoria do “juízo de ponderação”. Para ele, não há colisão de direitos fundamentais, argumentando que Alexy utiliza para os princípios modelo próprio dos valores. Contudo, a grande maioria adota a “teoria do juízo de ponderação”.
- Relação entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais:
 - a) Art. 1º, III, da CF: a dignidade da pessoa humana é um direito que todo ser humano possui, independentemente de qualquer requisito ou condição.
 - b) A fórmula do objeto: a dignidade da pessoa humana seria violada toda vez que o ser humano fosse tratado como um meio e não como um fim em si mesmo. Essa é a definição de Kant.
 - c) Aspecto subjetivo: a este tratamento como objeto, deve ser acrescentada a expressão de desprezo pelo ser humano. Se dignidade não é direito e sim fundamento, há dois argumentos sobre essa relação com os direitos fundamentais. Estes foram criados exatamente com a finalidade de proteger a dignidade da pessoa humana, que será o núcleo dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana irá conferir um caráter unitário e sistêmico aos direitos fundamentais. É o valor constitucional supremo.

Direitos fundamentais em espécie:

- Direitos e garantias individuais – art. 5º, *caput*, da CF: são destinatários os brasileiros natos, naturalizados, pessoa física, jurídica, estrangeiros residentes no País. José Afonso da Silva diz

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

que os estrangeiros não residentes teriam que se socorrer dos tratados internacionais e não invocar o art. 5º. Mas a grande maioria, inclusive o STF, entende que todos que entrem em contato com o território nacional podem invocar os direitos individuais. Como a dignidade é um atributo que todo ser humano tem, independentemente de sua nacionalidade, os direitos individuais deverão ser estendidos a todas as pessoas: vida, liberdade, igualdade, segurança (jurídica) e propriedade.

- DIREITO À VIDA: art. 5º, *caput*, da CF – deve ser entendido como direito a uma vida digna. Deve ser conjugado com o art. 1º, *caput*, da CF. Para uma 1ª teoria, o direito à vida começa com a concepção (com a fecundação) – é o que diz o “Pacto de San José da Costa Rica”. Para uma 2ª teoria, a vida só começaria a ser protegida a partir da formação do sistema nervoso, por volta do 14º dia. É o entendimento na Alemanha. O direito à vida não é absoluto, pois não há direitos absolutos. Todos são relativos. O art. 5º, XLVII, da CF admite a pena de morte, em caso de guerra declarada. Esta é uma nítida hipótese de relativização. Outra hipótese é o aborto (o sentimental e o necessário). Fernando Ferreira dos Santos defende que a dignidade é absoluta e que o aborto, nesses casos, não teria sido recepcionado pela CF. O aborto necessário é mais tolerável, mas o sentimental comporta discussões, por conflitar o princípio da liberdade sexual da mãe e o direito à vida do feto. O aborto proveniente de acrania ou anencefalia também é outra hipótese (vide ADPF nº 54 – nessa ação, pede-se que tal hipótese seja admitida, argumentando que a antecipação terapêutica do parto não é aborto – atipicidade da conduta); a interpretação evolutiva do CP dá a entender que ainda que essa hipótese fosse de aborto, não poderia ser punível. Desacordo moral razoável: é a ausência de consenso sobre opiniões racionalmente defensáveis (ou seja, quando se tem duas opiniões racionalmente defensáveis deve prevalecer a autonomia da vontade). Sobre as células tronco embrionárias está sendo discutido na ADI 3510, questionando-se a constitucionalidade do art. 5º, da Lei 11.105/2005, que permite tal pesquisa. O Procurador-Geral da República (na época de Cláudio Fontelles) argumenta que o embrião é uma pessoa cuja vida e dignidade seriam violadas se fossem admitidas essas pesquisas, partindo do pressuposto de que a vida se inicia com a fecundação/concepção. O argumento contrário a essa ADI é o de que os embriões pesquisados são aqueles inutilizáveis, sendo que a vida humana começa com a formação do sistema nervoso no 14º dia.
- DIREITO À PRIVACIDADE: art. 5º, X, da CF – o direito à privacidade engloba o direito à vida privada, intimidade, honra e imagem. Vida privada é que se contrapõe à vida pública. A intimidade consiste nos segredos pessoais (Ex. diário). Veda a chamada ligação clandestina,

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

que nada mais é do que a gravação de uma conversa ou de uma cena pessoal, ambiental ou telefônica por um dos interlocutores sem que o outro tenha conhecimento ou por alguém a pedido de um deles. Em regra, não é admitida (art. 5º, XLVI, da CF), pois no caso dos direitos fundamentais depende do caso concreto, como nas hipóteses consagradas na jurisprudência do STF. Exceções:

- a) Pelo réu, no processo penal, para sua defesa, uma vez que colide o direito de liberdade com o da intimidade. Serve apenas para a defesa e não para a acusação.
 - b) Gravação feita contra agentes públicos, pois seus atos devem pautar pela moralidade e publicidade (como no caso do policial que exige propina). Nestes casos, o agente público não precisa estar em serviço, basta que ele esteja praticando o ato ou exigindo a vantagem na condição de agente.
 - c) Gravação feita em legítima defesa – há excludente de ilicitude (contra seqüestradores, chantagistas ou estelionatários).
- INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO: art. 5º, XI, da CF – com o conhecimento do morador, qualquer pessoa, em qualquer horário, pode adentrar o domicílio. Sem o consentimento do morador, nos seguintes casos:
 - a) Quando houver perigo ou situação emergencial (flagrante, socorro, desastre).
 - b) Por determinação judicial (apenas durante o dia). Para José Afonso, dia é o espaço de tempo entre 6 e 18 horas, no sentido cronológico. No sentido físico-astronômico, considera-se o espaço de tempo entre o nascer e o pôr-do-sol (da aurora ao crepúsculo). Alexandre de Moraes entende que se deve adotar os dois critérios.

Obs. O mandado judicial que tem início de cumprimento durante o dia e prolonga-se pela noite é inválido, não sendo admitido pelo STF. O termo “casa” abrange consultórios, escritórios, compartimentos habitados, indústrias, estabelecimentos comerciais, quartos de hotel, etc.

Obs.2: Com relação aos fiscais tributários, o STF entende que a autoexecutoriedade da Administração perdeu lugar em face da proteção constitucional dada ao domicílio. Assim, os fiscais não poderiam entrar com o uso da força, devendo se utilizar do mandado judicial.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

- **PRINCÍPIO DA IGUALDADE:** art. 5º, *caput*, da CF. – A CF veda que a lei discrimine as pessoas de forma arbitrária, preconceituosa, discriminatória. Deve-se analisar o critério discriminador, devendo estar a serviço de valores constitucionalmente protegidos. Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que deve haver a existência de justificativa racional, para o critério. Para a doutrina estrangeira, a igualdade perante a lei é dirigida ao juiz (a lei será aplicada pelo juiz de forma igual para todos). Há diferenças entre igualdade formal e material:
 - a) **Formal:** remete-nos ao critério de justiça preconizado por Aristóteles: “igualdade é tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades”.
 - b) **Material:** exige ações positivas por parte do Estado, para reduzir as desigualdades (art. 3º, III, da CF). As ações afirmativas não surgiram nos EUA e sim na Índia, em 1947. No Brasil, essas ações têm sido utilizadas para ao sistema de cotas. Tais ações são admitidas pela CF, pois visam diminuir as desigualdades. O critério para ser utilizado na discriminação deve ser: objetivo, razoável e proporcional, não podendo ser discriminatório e preconceituoso.

A questão do concurso público, dentro do princípio da igualdade (vide art. 7º, XIX, da CF). Depende de previsão legal; decorrente da natureza das atribuições a serem exercidas; limite de idade (Súmula 683/STF). No caso de empate, prevalece o mais idoso (art. 77, da CF) dos candidatos.

Destinatários do princípio da igualdade: há distinção entre igualdade “perante” a lei e “na” lei. No primeiro caso, é o princípio da igualdade destinado ao aplicador da lei (jugador); no segundo caso, destina-se tanto ao legislador quanto ao aplicador da lei. Aqui no Brasil, embora se fale em igualdade perante a lei, ela se destina a todos os Poderes Públicos, a toda a Administração. Aqui, o legislador também é destinatário da lei. Os particulares também são destinatários do princípio da igualdade, com observância de outro princípio: o da autonomia da vontade.

Embora homens e mulheres sejam iguais perante a lei, a própria CF estabelece algumas diferenciações. Mas a lei também pode estabelecer diferenciações, desde que para atenuar desníveis.

- **DIREITO À LIBERDADE:**

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

- a) Manifestação do pensamento: art. 5º, IV e V, da CF – a liberdade pressupõe responsabilidade. A CF veda o anonimato, justamente para que haja responsabilização de quem viola direito de terceiros. É um direito que se exaure no momento exato de sua realização. No caso de “delação anônima” ou “disque denúncia”, em regra, não poderia ser admitida como prova formal, sendo considerada ilícita. Tais serviços servem apenas para que a autoridade tome conhecimento do fato e providencie as devidas investigações. A “teoria dos frutos da árvore envenenada”, neste caso específico, não é aplicada, pois segundo o STF a investigação é autônoma em relação à denúncia. Há hipóteses em que documentos apócrifos podem ser utilizados como prova: pelo réu, no processo penal ou quando o documento constitui o próprio corpo de delito (cartas no crime contra a honra, bilhete escrito pelo seqüestrador, etc).
- b) Liberdade de informação: arts. 5º, IX, XIV e 220, da CF, bem como o art. 5º XXXIII. Possui quatro aspectos: receber e não receber informação; transmitir e não transmitir informação; devem ser observados a veracidade da informação (veracidade constitucional, ou seja, dentro da razoabilidade e da proporcionalidade), relevância e notoriedade públicas e a forma de transmissão da informação.
- c) Liberdade de consciência e religiosa: art. 5º, VI e 55, da CF - consciência é a liberdade mais ampla, abrangendo a liberdade de crença. O Estado brasileiro é laico (não confessional ou neutro – art. 19, I). A escusa de consciência (art. 5º, VIII, da CF), abrange convicção religiosa, filosófica e política. Na obrigação legal imposta a todos, a exemplo do voto e serviço militar, pode ser alegada a escusa de consciência, desde que cumpra uma prestação alternativa, sem cunho sancionatório (norma constitucional de eficácia contida). Não cumprindo a obrigação imposta a todos ou a prestação alternativa, a pessoa sofre a sanção do art. 15, IV, da CF.
- d) Liberdade de comunicação: art. 5º, XII, CF – divide-se em:
- d.1) Sigilo de comunicação telefônica: ordem judicial, na forma da lei, para fins de investigação criminal e instrução processual penal. Pode ser violado, desde que para proteger outros direitos, em nome do princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas.
- d.2) Sigilo de correspondência: o sigilo epistolar não deve ser utilizado como escudo protetivo para salvaguardar práticas ilícitas. Em regra, a correspondência do preso não pode ser

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

violada, mas somente em casos excepcionais. Até os Correios podem violar a correspondência, em casos de necessidade; ou o pai, em razão do poder familiar, em casos excepcionais, pode violar correspondência do filho.

d.3) Sigilo de dados: bancários, fiscais e telefônicos. O inciso X, da CF, protege o conteúdo dos dados e o XII protege a transmissão dos dados.

Gravação clandestina: quando um dos interlocutores grava sem o conhecimento do outro (inciso X).

Dados telefônicos: registros das ligações telefônicas realizadas aqui não têm relação ao conteúdo das ligações, mas a quem foi dirigida a ligação e quais os horários, etc. A quebra do sigilo de dados pode ser determinada pelo juiz; pela CPI (art. 58, § 3º, da CF); pelo MP (havendo interesse público). A Lei Complementar 105/2001 permite que a Receita Federal quebre o sigilo bancário de instituições financeiras.

Interceptação telefônica: gravação de uma conversa telefônica sem o conhecimento dos interlocutores. Só se permite a interceptação através de ordem judicial. A “cláusula da reserva de jurisdição” diz que determinados atos só podem ser submetidos ao Poder Judiciário, aplicável na interceptação telefônica; na hipótese do art. 5º, X (inviolabilidade do domicílio) e na hipótese do art. 5º, LXI (prisão). A lei que regula a interceptação é a 9.296/96 (na esfera cível ou nos crimes punidos com detenção, não se permite a interceptação telefônica) – é norma constitucional de eficácia contida (tem aplicação imediata, mas restringível pela citada lei).

e) Liberdade de reunião e de associação: art. 5º, XVI e segs. , da CF – pontos em comum entre reunião e associação: pluralidade de participantes; fim pré-determinado. Diferenças: reunião tem caráter temporário e episódico; a associação tem caráter permanente; para a reunião não é necessária autorização.

Não dependem de autorização: liberdade de reunião; criação de associação e, na forma da lei, de cooperativas; criação de sindicatos (art. 8º, I, da CF) e de partidos políticos.

Atos gratuitos: direito de petição; obtenção de certidão (art. 5º, XXXIV); assistência judiciária (art. 5º, LXXIV); certidão de nascimento e óbito (pobres, na forma da lei – art. 5º, LXXVI; HC, *habeas data* e,

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania (art. 5º, LXXVII).

O art. 5º, XXI, diz que as associações quando expressamente autorizadas podem representar os associados judicial ou extrajudicialmente. É uma hipótese de representação processual. A associação pode, neste caso, representar direitos de apenas parte da categoria, desde que estejam relacionados aos fins da entidade.

O MS coletivo (art. 5º, LXX) pode ser impetrado pela associação, independentemente de autorização expressa dos associados. É hipótese de substituição processual ou legitimação extraordinária. Neste caso, basta uma previsão genérica do estatuto da entidade. O STF entende que o requisito de um ano para impetrar o mandado de segurança só é exigido da associação.

O sindicato, para defender interesse da categoria, não depende de autorização expressa. Também é caso de substituição processual ou legitimação extraordinária.

- DIREITO DE PROPRIEDADE: art. 5º, XXII e XXIII, da CF.
 - a) Regime jurídico: tem sede constitucional. O Direito Civil apenas trata das relações civis decorrentes do direito de propriedade, segundo José Afonso da Silva. Se tiver sede constitucional, é direito público.
 - b) Função social: art. 5º, XVIII, e 170, II, III, da CF – faz parte da própria estrutura do direito de propriedade. Não respeitada a função social, a propriedade pode sofrer desapropriação ou confisco. Os movimentos sociais (MST) não tem legitimidade para invadir propriedades, ainda que estas não estejam cumprindo a sua função social. A função social da propriedade urbana está prevista no art 182, § 2º. Da propriedade rural, está prevista no art. 186.
 - c) Desapropriação: art. 5º, XXIV, da CF – competência legislativa da União (art. 5º, XXII, da CF). Pode ocorrer por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social. A indenização deve ser justa, prévia e em dinheiro, quando por necessidade ou utilidade pública. Exceções:
 - c.1) Art. 182, § 4º, III, da CF – TDP – Título da Dívida Pública.
 - c.2) Art. 184, da CF – TDA – Título da Dívida Agrária – imóvel rural que não cumpre sua função social .
 - c.3) Art. 184, § 1º, da CF – benfeitorias indenizáveis.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

c.4) Art. 184, § 5º - isenta de impostos (e não tributos).

c.5) Art. 185, da CF – imóveis insuscetíveis de desapropriação para fins da reforma agrária.

d) Requisição;

d.1) Espécies: civis (art. 5º, XXV) e militares (art. 139, VII, da CF).

d.2) A indenização é sempre posterior e se houver dano. Diferenças: desapropriação recai sempre sobre bens; requisição recai sobre bens ou serviços; desapropriação está ligada a uma situação usual, permanente; a requisição está relacionada a uma situação transitória, emergencial. Na desapropriação ocorre a transferência da propriedade; na requisição apenas o seu uso ou ocupação ocorrem.

e) Confisco: art. 243, da CF – não há qualquer contraprestação. Art. 243, parágrafo único – confisco de bens adquiridos com o tráfico de drogas.

f) Usucapião: prazo de 5 anos, para imóvel urbano ou rural (posse mansa, pacífica, ininterrupta, não precária), mais dois requisitos: a pessoa não pode ter outro imóvel e o imóvel deve ser destinado à moradia da pessoa ou de sua família.

f.1) Urbano: máximo de 250 metros quadrados.

f.2) Rural: máximo de 50 hectares.

No caso do imóvel rural, ele deve ser produtivo. Não incide sobre imóveis públicos, urbanos ou rurais (art. 183, § 3º).

- **SEGURANÇA JURÍDICA (GARANTIAS CONSTITUCIONAIS)**

a) Princípio da legalidade: art. 5º, II, da CF – lei em sentido amplo (atos normativos primários, gerais e abstratos, consagrados no art. 59, da CF).

b) Lei em sentido material: normas gerais e abstratas e possuem conteúdo de lei (medida provisória).

c) Lei em sentido formal: aquelas emanadas do Poder Legislativo, que tem forma de lei.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

- d) Princípio da reserva legal: determinados assuntos só podem ser regulamentados por lei em sentido estrito (leis complementares e leis ordinárias).
- e) Reserva legal absoluta: quando a matéria deve ser integralmente regulamentada por lei em sentido estrito.
- f) Reserva legal relativa: quando a lei, apesar de em sentido formal, ser exigida na regulamentação, o legislador deixa uma margem de atuação para ser completada por atos infra-legais.
- g) Princípio da reserva legal proporcional: a regulamentação deve ser feita com base no princípio da proporcionalidade, de modo a não violar o núcleo essencial dos direitos fundamentais.
- h) Princípio da não retroatividade: art. 5º, XXXVI, da CF – a única Constituição que não consagrou este princípio foi a de 1937 (conhecida como “polaca”). Trata dos direitos adquiridos, ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Quando previsto na CF vincula também o legislador; quando na lei, vincula o aplicador do direito. Exceções: art. 5º, XL, da CF (lei penal/leis fiscais – Súmula 654/STF e leis interpretativas).

Direito adquirido: definição dada pela LICC – art. 6º, § 2º:

Critério: finalidade da lei (incorporação); expressa referência.

Retroatividade mínima: quando uma constituição entra em vigor. Fato ocorrido no passado, mas continua a produzir efeito (ex. locação). Quando uma nova constituição entra em vigor ela atinge imediatamente os efeitos pendentes de fatos ocorridos no passado. É uma retroatividade automática.

Retroatividade máxima: atinge efeitos do passado, mas já consolidados (ex. prestações vencidas e já pagas).

Retroatividade média: atinge efeitos do passado não consolidados (ex. prestação vencida e não paga). Para a máxima e a média, a CF deve prever expressamente.

A interpretação feita por aqueles que entendem que a EC poderia violar direitos adquiridos é de que a palavra “lei” se refere apenas as leis em sentido estrito. Mas o entendimento prevalente é o de que “lei” é em sentido amplo, protegendo os direitos adquiridos tanto o legislador ordinário, quanto o derivado. Os direitos adquiridos não são absolutos.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Entendimentos do STF:

- Não há direito adquirido a regime ou estatuto jurídico nem ao estatuto da moeda.
- Direito adquirido à aposentadoria ocorre com o preenchimento dos requisitos, ainda que não tenha ocorrido o requerimento.
- A irredutibilidade de vencimento é uma modalidade qualificada de direito adquirido.

Ato jurídico perfeito: é o ato consumado ainda que não esteja exaurido. O entendimento do STF é no sentido de que o ato jurídico perfeito é oponível a todas as espécies de atos normativos e de leis, inclusive as de ordem pública.

Coisa julgada: não se aplica em interpretação constitucional e Súmula 343/STF. Em razão da demora da manifestação do STF sobre questões constitucionais, várias decisões em sentido diverso seriam proferidas, enfraquecendo a força normativa da CF. Com base no princípio da máxima efetividade, decisões cuja interpretação seja divergente daquela feita pelo STF, poderiam ser modificadas mesmo que tenham transitado em julgado.

DIREITOS SOCIAIS – art. 6º, da CF.

- Finalidade: são direitos de 2ª geração (sociais, econômicos e culturais, ligados ao valor igualdade). São direitos que exigem prestações positivas, ou seja, materiais e jurídicos do Estado. Sua finalidade é reduzir as desigualdades, protegendo os hipossuficientes.
- Implementação: dificuldade maior de implementação em razão do seu caráter prestacional.
- Aplicabilidade e eficácia: segundo o art. 5º, I, da CF, a aplicação é imediata, mas os direitos fundamentais obedecem aos princípios da máxima efetividade, devendo ser aplicado da melhor maneira possível. São normas de eficácia limitada, de princípio programático.
- “Mínimo existencial” e “reserva do possível” – o primeiro significa o conjunto de bens e utilidades indispensáveis para uma vida humana com dignidade (Ricardo Lobo Torres). Para Luiz Roberto Barroso e

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Ana Paula de Barcelos, o mínimo existencial deve englobar três direitos: saúde, educação fundamental e moradia. O segundo (reserva do possível) depende da reserva orçamentária e financeira do Estado. Em razão dos direitos sociais exigirem prestações materiais e jurídicas por parte do Estado e sua implementação, em muitos casos, fica condicionada às limitações financeiras e orçamentárias do Estado. O Poder Judiciário pode e deve intervir nessas questões, para resguardar os valores previstos na CF. A reserva do possível pode ser invocada quando houver um critério objetivamente aferível. O mínimo existencial não se submete à reserva do possível; o Estado deve estabelecer como meta prioritária a garantia do mínimo existencial.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Controle difuso: tem por objetivo prevenir lesões a direitos concretos.

Controle concentrado: na esfera federal, compete ao STF; na esfera estadual, ao TJ. O objetivo é assegurar a supremacia da CF. Aqui há legitimados, e não partes.

Decisão de mérito no controle concentrado (EC 03/93, criou a ADC – Lei 9.868/99).

ADI e ADC: caráter dúplice e ambivalente (quando uma é julgada procedente, implica na improcedência da outra) – efeitos *erga omnes* e vinculante.

Modulação temporal dos efeitos da decisão: regra geral, o efeito é *ex tunc* (retroativo). Pode, porém, ser dado efeito *ex nunc* (não retroativo) ou *pro futuro* (presente 2/3 dos ministros = 8). Para a declaração *ex tunc* basta a maioria absoluta (6 ministros) – esses efeitos são utilizados em respeito ao princípio da segurança jurídica; excepcional interesse social.

Efeito *pro futuro*: pode ser dado esse efeito, por exemplo, no caso de haver número reduzido de vereadores, podendo ser aguardada as próximas eleições (futuro) para que atinja seus objetivos, no caso de não haver má-fé dos eleitos.

Técnicas para decisão: art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99.

1ª) princípio da interpretação conforme a CF (princípio da supremacia e da presunção de constitucionalidade das leis – pressupostos).

2ª) declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto

Obs.: os juizados especiais não precisam observar a cláusula da reserva de plenário para as declarações de inconstitucionalidade.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Declaração de inconstitucionalidade com redução de texto: pode ser total ou parcial (o STF atua com legislador atípico negativo) – pode ser declarada inconstitucional uma palavra ou uma expressão, desde que não mude o sentido da frase.

Declaração de inconstitucionalidade por arrastamento ou por atração: dá-se quando a inconstitucionalidade de um dispositivo gera o de outros.

Efeito vinculante: o efeito *erga omnes* se refere ao dispositivo da decisão. Já a eficácia vinculante se refere não só ao dispositivo, mas também aos fundamentos da decisão e aos princípios por ela consagrados. O efeito vinculante possui dois limites: subjetivos e objetivos. Os subjetivos referem-se às autoridades afetadas pela decisão (todo o Poder Judiciário, com exceção do STF e toda a Administração Pública).

Limites objetivos do efeito vinculante: aplicado tanto ao dispositivo quanto aos fundamentos da decisão (princípio da força normativa da CF).

Os fundamentos: nas decisões proferidas no controle difuso (*inter partes*), há efeito vinculante (nesse caso, segundo Gilmar Mendes, o Senado deveria dar publicidade)

Obs.: Fossilização da CF: se o Legislativo ficasse vinculado às decisões do STF, a CF não evoluiria, ficaria petrificada, sem se poder criar novas leis.

Conceito: conjunto de órgãos e instrumentos criados para assegurar a supremacia formal da CF (se ela for rígida, portanto, escrita).

Sistemas de controle: no direito comparado:

- a) Político: quem exerce o controle é um órgão político ou do Legislativo.
- b) Jurisdicional: o Poder Judiciário tem o controle principal.
- c) Misto: controle das leis federais é político e constitucional para as leis locais.

Formas de inconstitucionalidade:

- a) Tipo de conduta: por ação e por omissão (normas de eficácia limitada).
- b) Quanto à norma constitucional ofendida: Formal (o vício de procedimento, que pode gerar uma inconstitucionalidade objetiva ou subjetiva). Subjetiva (sempre que o sujeito for incompetente para praticar o ato) – vide Súmula 05 do STF: não mais aplicada, pois o vício de iniciativa é insanável. Objetiva (quando uma matéria é tratada como lei ordinária, sendo que teria

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

que ser como lei complementar ou quando o quorum não é observado).
Material (quando a norma de fundo não é observada).

- c) Quanto à extensão: Total (toda lei ou todo ato forem inconstitucionais).
Parcial (parte da lei ou do ato for inconstitucional). Recai sobre uma palavra ou uma expressão (não confundir com o veto do Presidente da República).
- d) Quanto ao momento: Originária (marco: 05/10/1988 – é inconstitucional a lei que surge após a CF). Se a norma for anterior, a inconstitucionalidade é superveniente (o STF não adota essa terminologia – no caso, a norma é simplesmente revogada).
- e) Quanto ao prisma de apuração: Direta (quando o ato está ligado diretamente à CF; o ato pode ser objeto de ADI ou ADC). Indireta (ato interposto entre a CF e o ato violador; não pode ser objeto de ADI ou ADC). Sendo a lei inconstitucional, a inconstitucionalidade do Decreto é conseqüente da inconstitucionalidade da lei. Sendo a lei constitucional, mas exorbitante, o Decreto é ilegal, mas indiretamente é inconstitucional (inconstitucionalidade reflexa).
- f) Inconstitucionalidade “progressiva” ou norma “ainda constitucional”: art. 68, do CPP, Defensoria Pública (art. 134, da CF), ART. 5º, § 4º, da Lei 1060/50 - trata-se de uma situação intermediária entre a constitucionalidade plena e a absoluta, na qual as circunstâncias fáticas, vigentes naquele momento, justificam a manutenção da norma. Apelo ao legislador: feito pelo Judiciário para que o legislador corrija a situação, antes que ela se torne definitivamente inconstitucional.

Obs. A União, assim como alguns Estados, já sancionaram as leis que regulamentam a Defensoria Pública, a exemplo do Tocantins. Antes as Defensorias existiam, mas não estavam sob a égide de uma lei que as regulamentavam.

- g) Normas de referência ou norma parâmetro: - Bloco de constitucionalidade - servem de parâmetro para o controle de constitucionalidade. A norma deve ser formalmente constitucional. .

- h) Formas de controle:

h.1) Preventivo: (tem por objetivo prevenir uma lesão, antes que ela ocorra – Ex. projeto de lei, antes de se tornar lei). Pode Legislativo: através das Comissões de Constituição e Justiça. Executivo: através do veto jurídico. Judiciário: exerce esse controle por meio de mandado de segurança impetrado por parlamentar, quando houver inobservância do devido processo legislativo constitucional (o proponente deve ser um parlamentar da Casa onde esteja tramitando o projeto) – é hipótese de controle difuso.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

h.2) Repressivo: exercido pelo Poder Legislativo (o elenco do art. 59, da CF, é considerado ato normativo primário, sujeito a ADI). Art. 5º 49, V, da CF (decretos e regulamentos); art. 68, da CF (lei delegada); art. 62, da CF (medida provisória – o Poder Legislativo pode rejeitá-la se entendê-la inconstitucional, nos casos de não serem atendidos os requisitos relevância e urgência ou quando o conteúdo da medida provisória violar a CF ou for vedada por ela); Súmula 347/STF (tribunal de contas pode apreciar a constitucionalidade de leis ou atos do Poder Público). O controle repressivo pelo Poder Executivo: o chefe do Executivo pode negar cumprimento a uma lei que entenda ser inconstitucional. Para que não haja crime de responsabilidade, precisa motivar e dar publicidade ao ato. O STJ diz que o chefe do Executivo deve negar o cumprimento de uma lei que entenda inconstitucional. O controle repressivo pelo Poder Judiciário: “cláusula da reserva de plenário” – art. 97, da CF – os órgãos fracionários não devem apreciar inconstitucionalidade no âmbito dos tribunais. Também podem ser apreciadas inconstitucionalidades pelo órgão especial, no tribunal com mais de 25 membros, formado por, no mínimo, 11 e no máximo 25 integrantes, com delegação de função administrativa e jurisdicional. Exceções à reserva de plenário: art. 481, parágrafo único, do CPC – quando o próprio tribunal já houver apreciado a constitucionalidade, através de suas câmaras e turmas; ou quando o STF já tiver apreciado a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do controle difuso. A não observância da cláusula de reserva de plenário gera nulidade absoluta.

Exercício do controle jurisdicional

- a) Sistema difuso (norte-americano de controle) ou concreto, ou aberto, ou incidental, por via de defesa, por via de exceção. Qualquer juiz ou tribunal têm competência para exercê-lo. Chama-se concreto porque só cabe quando há violação de um direito concreto. Incidental, porque a análise da constitucionalidade é feita apenas de forma incidental. O efeito da decisão será inter-partes (entre as partes envolvidas).
- b) Sistema concentrado (austríaco de controle) ou abstrato, ou reservado, por via de ação – concentra-se apenas um tribunal. Em âmbito federal, no STF; no âmbito estadual, no TJ. A análise é feita “*in abstracto*”. O objeto principal da ação é o controle da constitucionalidade, ao contrário do que ocorre no controle difuso, que tem por objeto um direito concreto.

Observações:

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

- Modulação dos efeitos temporais: a decisão pode ter efeito *ex tunc* (retroativo) e *ex nunc* (irretroativo) e *pro futuro*. No controle difuso ou no concentrado, a regra geral é o efeito *ex tunc*. Os outros efeitos são utilizados em nome da segurança jurídica.
- Lei inconstitucional, se considerada um ato nulo, a natureza da decisão será declaratória. Se considerada um ato anulável (presunção de constitucionalidade). A decisão terá natureza desconstitutiva ou constitutiva-negativa.
- Efeito vinculante no controle difuso: o efeito inter-partes ou *erga omnes* refere-se apenas ao dispositivo da decisão. O efeito vinculante refere-se, além do dispositivo, também aos motivos que determinaram a decisão e aos princípios por ela consagrados. O efeito vinculante atinge todas as normas paralelas (vide RE 197.917/SP e HC 82959/STF). Decisão do tribunal divergente à do STF gera reclamações para o próprio STF.
- Competência do Senado (art. 52, X, CF):
 - a) Só se aplica ao controle difuso.
 - b) Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o ato do Senado é discricionário; Celso Bastos e Zeno Veloso entendem que se trata de ato vinculado. Predomina o primeiro entendimento.
 - c) O Senado pode suspender a execução da lei, no todo ou em parte. Contudo, o Senado sempre suspende nos exatos limites adotados pelo STF. O Senado deverá seguir a medida adotada pelo STF, dentro dos seus limites.
 - d) O Senado pode suspender lei federal, estadual ou municipal, não ofendendo o princípio federativo, já que tem legitimidade para atuar em caráter nacional, visto que os senadores representam os Estados.
 - e) Segundo Gilmar Ferreira Mendes, o papel do Senado seria apenas o de dar publicidade à decisão do STF.

Peculiaridades do controle concentrado

- Natureza híbrida: judicial e legislativa (em algumas hipóteses o STF atua como legislador atípico).
- Processo objetivo: não existem sujeitos, mas legitimados. Há apenas uma exceção: na ADI Interventiva o processo é subjetivo, pois há partes (na federal, União e Estado; na estadual, Estado e Município).

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

- Segundo o STF, não cabe no controle concentrado: desistência, assistência, intervenção de terceiros, recurso (exceto os embargos declaratórios) e ação rescisória.

ADI Genérica – art. 102, I, ‘a’, da CF (Lei 9.868/99)

- Competência do STF, para o controle da lei federal ou estadual, em face da CF. No âmbito estadual, o controle se faz de lei estadual ou municipal, em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º, da CF).
- Não tem partes, sujeitos, mas legitimados (art. 103, da CF). Alguns são chamados “universais” e “especiais”. A diferença entre eles diz respeito à pertinência temática, à qual estão submetidos os legitimados especiais, ou seja, a relação entre o direito defendido e o interesse. Todas as autoridades federais são legitimados universais, não sujeito à pertinência temática (presidente da República; Procurador-Geral da República; Mesas do Senado e da Câmara). As autoridades estaduais são legitimados especiais, sujeitos à pertinência temática (governador de Estado e do Distrito Federal, Mesas das Assembléias dos Estados e Câmara Legislativa do Distrito Federal). Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional tem que demonstrar pertinência temática. Partido político é legitimado ativo universal (não sujeito à pertinência temática). O Conselho Federal da OAB, embora represente classe, é legitimado ativo universal.
- Segundo o STF, a legitimidade dos partidos políticos deve ser aferida no momento da propositura da ação, não a perdendo se o partido perde a representação durante a ação, no Congresso Nacional.
- O STF admite associações compostas por pessoas jurídicas (associação de associações).
- O STF diz que não tem capacidade postulatória apenas os partidos políticos, confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional (necessitam de representação por advogado).
- A legitimidade ativa é a mesma na ADI, ADC e ADPF. Exceção: na ADI Interventiva o legitimado é apenas o Procurador-Geral da República.

Objeto da ADI – Limitações:

- A natureza do objeto (também em relação à ADC) é a essência, o que significa para o Direito. Deve ser ato normativo primário; deve ser ato geral e abstrato. O STF não admite ADI dos seguintes atos:
 - a) Atos tipicamente regulamentares.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

- b) Leis de efeitos concretos (leis orçamentárias).
 - c) Questões *interna corporis* (dentro de um determinado Poder, geralmente próprios de regimento interno – pode ser objeto de ADI desde que a norma esteja ligada à CF e não apenas às questões internas).
 - d) Normas constitucionais originárias (princípio da unidade da CF).
- Limitação temporal: o ato deve ser posterior a 05 de outubro de 1988 (promulgação da CF). Na ADPF o ato pode ser anterior ou posterior à CF.
 - Limitação espacial: o ato deve emanar ou do espaço federal ou estadual. Se o ato for do Distrito Federal, pode ter conteúdo estadual ou municipal. Se o conteúdo for estadual, pode ser objeto de ADI. Se municipal, não (pode ser o ato municipal objeto de controle perante a lei orgânica do DF). Observação: o vice-presidente ou vice-governador podem propor ADI quando no exercício do cargo.
 - ADC – esfera federal
 - ADI – esferas federal e estadual.
 - ADPF – esferas federal, estadual e municipal.

Procurador-Geral da República – art. 103, § 1º, da CF: não precisa ser formalmente intimado de todos os atos, basta que tenha conhecimento da ação. Atua como *custus legis* na ADI, mesmo quando a ação é proposta por ele. Não pode desistir da ação, mas pode emitir parecer contrário, mesmo quando a ADI é proposta por ele (como no caso de ser substituído, alteração de circunstâncias fáticas, entendimento jurídico diverso).

Advogado-Geral da União – art. 103, § 3º, da CF: só há citação do AGU na ADI genérica. É um *defensor legis*, e tem como função defender a lei ou ato impugnado – curador do princípio da presunção de constitucionalidade, com uma exceção: se o STF já houver se manifestado pela inconstitucionalidade da lei ou do ato, o AGU não será obrigado a defender.

***Amicus curiae* – Lei 9.868/99, art. 7º, § 2º.:**

Requisitos: relevância da matéria e representatividade do postulante. Existe desde a década de 70, na Lei da CVM.

Natureza jurídica: 1ª corrente: intervenção de terceiros especial ou qualificada (Dirley da Cunha Júnior, Edgar Bueno, Celso de Mello, Marco Aurélio). 2ª

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

corrente: não se trata de intervenção de terceiro (Gilmar Ferreira Mendes, Fredie Didier – entendem que é um auxiliar do juízo). Admite-se, também, o *amicus curiae*, no controle difuso (art. 482, § 3º, do CPC) – caso famoso no STF: anti-semitismo – Celso Lafer atuou como *amicus curiae* (cabe sustentação oral pelo *amicus curiae* – seu objetivo é pluralizar o debate constitucional, democratizando-o).

Medida cautelar na ADI Genérica – art. 102, da CF e Lei 9.868/99, art. 10 e segs.

- Deve ser concedida pelo pleno e não pelo relator, com uma exceção: quando estiver em período de recesso, caso em que será a ADI concedida pelo presidente do STF.
- No caso de perigo de lesão ou grave urgência, o presidente do STF não pode conceder medida cautelar, somente o Pleno.
- Os efeitos da medida cautelar são os seguintes:
 - a) Temporal: regra geral. Por se tratar de medida precária, o efeito é *ex nunc* e *erga omnes* e vinculante, em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, exceto o STF; vincula, também, toda a Administração Pública, direta ou indireta, de qualquer esfera. Contudo, o Poder Legislativo não fica vinculado, sob pena de ocorrer o fenômeno da “fossilização” da CF, impedindo o legislador de legislar sobre um mesmo tema discutido na ADI.
 - b) Suspende a lei e todos os processos que discutam a inconstitucionalidade dessa lei.
 - c) Efeito repristinatório tácito: a lei que antes regulava a matéria volta a vigorar.

Casos em que é cabível a medida cautelar:

- a) ADC, com efeito de paralisar os processos em curso, nos quais a constitucionalidade da lei esteja sendo questionada, no prazo de 180 dias.
- b) ADPF (lembrar ADPF/54, aborto em caso de anencefalia).
- c) ADI Genérica.

Não é cabível medida cautelar:

- a) ADI Interventiva.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

b) ADI por omissão.

Observação: a medida cautelar e a decisão de mérito somente começam a produzir efeitos a partir da publicação no Diário Oficial, tendo em vista que funcionam como uma lei, com efeito *erga omnes*, devendo, por isso, ser dado ciência a todos.

Decisão de mérito:

- Quorum de votação de 2/3 (8 ministros do STF), tanto para a ADI como para a ADC.
- Quorum de julgamento: maioria absoluta.
- Efeitos da decisão de mérito:
 - a) Temporal – *ex tunc* (regra geral). Para modular o efeito da decisão (mudar o efeito), o STF necessita do voto de 2/3 de seus membros, por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social – art. 27, da Lei 9.868/99.
 - b) Erga omnes e vinculante – O efeito *erga omnes* diz respeito apenas à parte dispositiva da decisão. O vinculante refere-se, além do dispositivo, aos motivos que determinaram a decisão e aos princípios por ela consagrados. O efeito vinculante foi introduzido no Brasil com a EC 03/93, que trata da ADC, estendido através da Lei 9868/99 a ADI. A EC 45 alterou a CF para introduzir à ADI o efeito vinculante – art. 102, § 2º, da CF. Vincula o Poder Judiciário (exceto ao STF), o Executivo (mas não vincula o Legislativo) – vide comentário aos efeitos da medida cautelar.
 - c) Objetivo - efeitos transcendentais dos motivos determinantes. Interpretações divergentes enfraquecem a “força normativa da CF”, como ensina Gilmar Mendes.

Técnicas de decisão judicial – art. 28, parágrafo único, da Lei 9868/99:

- a) Princípio da interpretação conforme a CF – confere-se um sentido e afasta os demais.
- b) Declaração de nulidade: sem redução de texto e com redução de texto (total ou parcial).

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

- c) Inconstitucionalidade por atração ou por arrastamento significa que o artigo tido como inconstitucional pode atrair ou “arrastar” os outros que dele dependem, mesmo que não tenha sido questionada a inconstitucionalidade destes.

ADI Interventiva Federal – art. 35, IV, da CF

- Será utilizada nos casos de recusa a execução de lei, ordem ou decisão judicial e violação aos princípios da Constituição Estadual.
- Pode ser proposta apenas pelo Procurador-Geral de Justiça (Súmula 614/STF).
- Competência do TJ para o julgamento.

Peculiaridades entre ADI por omissão e Mandado de Injunção

- ADI por omissão está prevista no art. 103, § 2º, da CF;.
- MI está previsto no art. 5º, LXXI, da CF.
- ADI: controle concentrado.
- MI: controle difuso limitado.
- ADI: competência do STF e do TJ.
- MI: juízes e tribunais com competência expressamente prevista na CF, CE ou na lei (STF, STJ, TSE e TRE).
- ADI: tem como parâmetro a “síndrome da inefetividade” – normas constitucionais de eficácia limitada (princípios institutivo e programático).
- MI: legitimidade ativa: qualquer pessoa que tenha o seu direito inviabilizado pela ausência de norma reguladora. Tem como parâmetro os direitos fundamentais, de nacionalidade e políticos (normas constitucionais de eficácia limitada, segundo o STF).
- ADI: na decisão de mérito, o STF dá ciência ao Poder competente, da omissão. Órgão administrativo: 30 dias; fixa a mora do prejudicado, que pode pedir indenização pelos danos morais causados; não cabe medida cautelar.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

- MI: na decisão de mérito há os seguintes tipos de procedimento:
 - a) Corrente concretista: subdivide-se em geral (o Judiciário fará a norma, suprimindo a omissão, com efeito *erga omnes* – esta corrente não é aceita); individual (o Judiciário fará a norma para o indivíduo que ajuizou a ação); intermediária (junção da concretista individual e a não concretista, em que o Poder Judiciário dá ciência sobre a omissão, no prazo de 120 dias. Se neste prazo não for suprida a omissão, o Judiciário faz a norma no caso concreto).
 - b) Corrente não concretista: adotada pelo STF – o Judiciário deve apenas dar ciência ao Poder competente sobre a omissão (fixa mora, podendo o indivíduo ajuizar ação de indenização pelos danos sofridos).

Obs. O Mandado de Injunção é auto-aplicável, utilizando-se o procedimento previsto para o Mandado de Segurança; não se admite concessão de liminar no MI admite-se o MI coletivo (os legitimados são os mesmos do MS coletivo – art. 5º, LXX, da CF).

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade – art. 102 e segs., da CF.

- Criada através da EC 03/93.
- A ADC é uma ADI com “sinal trocado” (caráter dúplice ou ambivalente). A competência para julgá-la é a mesma da ADI; os legitimados também são os mesmos.
- Objeto: a natureza é a mesma da ADI. Contudo, o limite temporal é a partir de 17 de março de 1993; o limite espacial diz respeito unicamente à CF.
- Cabe medida cautelar com efeito de paralisar os processos em curso, nos quais a constitucionalidade esteja sendo discutida (prazo de 180 dias).

Pressuposto para o cabimento da ADC

- Existência de controvérsia judicial relevante (art. 14, III, da Lei 9868/99)
- Abreviar o tempo de pronúncia pelo STF.

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – art. 102, § 1º, da CF

- Norma constitucional de eficácia limitada de princípio institutivo. Aplicada após a regulamentação legal – Lei 9882/99.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

- Legitimidade ativa: sendo instrumento de controle concentrado, a lei traz como legitimados ativos os mesmos que podem propor a ADI (art. 103, da CF).
- Competência do STF, em controle concentrado.
- A ADPF é uma argüição de descumprimento, portanto não analisa inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, como na ADI. “Descumprimento” é mais amplo, englobando qualquer ato, anterior ou posterior à CF/88 (o ato deve ser do Poder Público).
- Parâmetro: preceitos fundamentais, isto é, para que a ADPF seja cabível é preciso que haja o descumprimento de um preceito considerado fundamental. O ministro Nery da Silveira entende que só o STF tem o poder de analisar quais são os preceitos fundamentais, como guardião da CF. “Preceito” é modo de agir estabelecido por uma norma. Pode ser tanto um princípio quanto uma regra.
- Para o STF, são preceitos fundamentais: direitos e garantias individuais; princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII, da CF); cláusulas pétreas (art. 60, IV, da CF).
- Caráter subsidiário: um dos pressupostos para o cabimento da ADPF, previsto na Lei 9882/99, em seu art. 4º, III. Só caberá ADPF quando não existir outro meio eficaz para sanar a decisão, não bastando a existência do meio em potencial, mas que seja efetivamente eficaz.
- *Amicus curiae*: a rigor, está previsto apenas para a ADI (Lei 9868/99, art. 7º, II). Duas decisões do STF admitem a figura do *amicus curiae*, por analogia, na ADPF (*analogia legis*).
- Hipóteses de cabimento da ADPF, segundo o STF:
 - a) Argüição autônoma – prevista no art. 1º, *caput*, da Lei 9882/99.
 - b) Argüição incidental – prevista no art. 1º, parágrafo único, I, da Lei 9882/99. Surge a partir de um incidente no caso concreto. A ADI 2231, proposta pela OAB, questiona a constitucionalidade de todos os artigos da Lei da ADPF. Nery da Silveira, em liminar, disse que deve ser feita uma interpretação conforme a CF para afastar, desta modalidade, questões concretamente já postas em juízo.
- Objeto da ADPF incidental: observar o tempo de pronúncia pelo STF, antes do julgamento final da ação originária. O STF discute apenas questões constitucionais.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

- Objetivo da ADPF: para evitar ou reparar lesão decorrente de ato do Poder Público ou de lei ou ato normativo. Um primeiro entendimento, segundo o jurista André Ramos Tavares, é de que há dois objetos distintos: ato do poder público (ADPF autônoma) e lei ou ato normativo (ADPF incidental). Dirley da Cunha Júnior entende que não existem duas modalidades de ADPF, mas apenas dois procedimentos, não podendo existir, por isso, dois objetos – segundo ele, tudo seria ato do Poder Público.
- Não são considerados atos do Poder Público, segundo o STF (portanto, não podem ser objeto de ADPF):
 - a) O veto;
 - b) A Súmula;
 - c) A PEC – Proposta de Emenda Constitucional.
- Decisões na ADPF:
 - a) Liminar: o relator poderá conceder em caso de recesso e nos de extrema urgência ou perigo de grave lesão (art. 5º, I, da Lei 9882/99)
 - b) Mérito: o mesmo procedimento da ADI e ADC – efeito *erga omnes*, vinculante (exceto para o STF). Regra geral: eficácia *ex tunc*.

O Recurso Extraordinário como instrumento de controle concentrado – art. 102, § 3º, da Constituição Federal.

- Art. 125, § 2º, da CF – competência do TJ, tendo por objeto lei ou ato normativo estadual ou municipal e o parâmetro é apenas a Constituição Estadual. Se a norma da CE for de repetição obrigatória, da decisão do TJ caberá Recurso Extraordinário para o STF, que irá analisar, gerando o controle concentrado através do RE (normalmente, o controle através de RE é o difuso). Na decisão proferida pelo STF, em razão do efeito vinculante, nenhuma outra lei municipal, que tenha o mesmo conteúdo da que foi declarada inconstitucional, poderá ser aplicada.

ESTADO – INTRODUÇÃO

Em 1690 John Locke em “O Segundo Tratado do Direito Civil”, deu os primeiros contornos teóricos de Estado. Em 1748 Montesquieu elaborou a divisão orgânica do Estado. Em 1762 Rosseau escreve “O Contrato Social”, relação abstrata entre o indivíduo e o Estado.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

PODER: capacidade, aptidão, possibilidade de impor vontade de terceiro. O Estado exerce o poder político, ou seja, a possibilidade de impor a “violência legítima”.

Poder na Constituição Federal

Significando soberania: art. 1º, parágrafo único, da CF. Soberania que dizer poder político, supremo e independente (Marcelo Caetano). “Supremo” quer dizer que, na ordem interna, não existe poder maior que a soberania. Na ordem internacional, o Brasil não obedece a ordens, regras, de outros países (isso é independência). Na democracia, o povo é o titular do poder (a nossa democracia é semi-direta, participativa). O povo exercendo o poder diretamente:

Consulta popular (plebiscito, referendo)

Tribunal do Júri: art. 5º, XXXVIII

Ação popular art. 5º, LXXIII.

Iniciativa popular art. 61, § 2º.

Significando órgão: art. 2º, da CF, c/c art. 127 (Legislativo, Executivo, Judiciário) – Montesquieu.

Significando função: função legislativa (art. 44); função executiva (art. 76); função jurisdicional (art. 127).

Estado: sociedade politicamente organizada, dotada de um território, de um povo e de objetivos determinados. Estado não é sinônimo de país, de nação ou pátria. País é o habitat, o componente espacial do Estado. Também não é sinônimo de nação. Esta é o conjunto de pessoas ligadas pelos laços culturais. Pátria não é conceito jurídico; é um sentimento; terra do pai; é uma espécie de emoção (art. 142, CF).

Elementos constitutivos ou estruturais do Estado

Poder: soberania; organização

Território: componente espacial do Estado. É o espaço no qual o Estado exerce a sua soberania, a sua jurisdição. Duas espécies:

Por extensão ou por ficção jurídica

Em sentido real: propriamente dito ou em sentido estrito. Fronteiras, espaço aéreo, mar territorial, plataforma continental. Sobre mar territorial, vide Lei 8.617/93. O mar territorial corresponde a 12 milhas náuticas ou marítimas. Após o mar territorial temos mais 12 milhas, chamada zona contígua. A zona economicamente exclusiva é igual a 12 milhas + 200 milhas (para Pedro Lenza). Para outros autores, começa a contar as 200 milhas a partir da costa (Obs.: 1 milha = 1852 metros).

Povo: componente humano.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Passagem inocente pelo território é transitar pelo mar territorial sem ter como destino a costa brasileira (quem nasce em navio nessas condições não é brasileiro nato).

Plataforma continental: solo e subsolo do mar territorial (art. 20, V).

Território ficto ou por extensão: é preciso atentar para o fato de que a representação diplomática não constitui território por extensão. Exemplos de território ficto ou por extensão:

- a) aeronave pública nacional, onde quer que esteja
- b) embarcação pública nacional
- c) aeronave particular nacional, no espaço aéreo nacional e no internacional
- d) embarcação particular nacional, no mar territorial nacional ou internacional (art. 5º, § 1º, CP).

Objetivos e finalidades do Estado

Forma de Estado: quando há pessoas jurídicas com capacidade política dentro de um território. Se existir uma única pessoa jurídica política, o Estado é unitário. O Brasil possui vários: Congresso, Parlamento (Assembléia), Câmaras. O nosso é um Estado composto (três pessoas jurídicas com capacidade política). O Estado unitário pode ser puro, sem descentralização política ou administrativa. Outros Estados unitários são descentralizados administrativamente. O nosso, que é composto, foi criado historicamente (vide livro “1776”).

Diferenças entre federação e confederação

- a) Na confederação as unidades parciais têm direito de cessação (separação). Na federação não há esse direito.
- b) Na confederação as unidades parciais são soberanas, diversamente do que ocorre nas federações, que são autônomas.
- c) A união, o pacto, na confederação, é firmado em Tratado internacional. Na federação é firmado na Constituição.

Características da federação

- a) Indissolubilidade do vínculo – art. 1º, CF – os Estados-membros não têm direito de separação (art. 34, I, da CF) – vide Lei 7.170/83 e art. 109, IV, da CF.
- b) Divisão constitucional de competência – arts. 21, 22, 25, 29 e 32, da CF.
- c) Participação das unidades parciais na formulação da vontade geral – arts. 45 e 46, da CF.
- d) Existência de um tribunal constitucional para a manutenção do pacto federativo – art. 102, CF.
- e) Rigidez constitucional – art. 60, § 4º, da CF.

A federação americana é centrípeta (13 ex-colônias independentes). A nossa é centrífuga (ou por desagregação), um Estado unitário que se dividiu. A nossa

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

federação é de 3º grau, ou seja, possui três pessoas jurídicas com capacidade política (União, Estados, Municípios). Para o professor José Afonso da Silva, o Município não faz parte da federação, sendo apenas uma divisão territorial administrativa dos Estados-membros. O professor Paulo Bonavides, no livro “Ciência Política”, discute sobre novas formas de federação.

FORMAS DE GOVERNO – de que maneira e por quem o poder é exercido dentro do território.

- a) Monarquia: governo de um só. Se viciada, torna-se tirania.
- b) Aristocracia: governo de mais de um, porém poucos. Se viciada, torna-se oligarquia.
- c) República: governo de muitos. Se viciada, torna-se demagogia.

A partir de “O Príncipe”, de Maquiavel, a Monarquia passou a ser hereditária, vitalícia e irresponsável. A República, passou a ser eletiva, temporária e responsável. No art. 1º, da CF, quer dizer também “coisa” (res) “do povo” (pública). A forma de governo não é cláusula pétrea, mas princípio constitucional sensível (Raul Machado Horta: normas centrais federais – art. 34, CF).

SISTEMAS DE GOVERNO – de que forma se relacionam Executivo e Legislativo.

- a) Presidencialismo: uma única autoridade exerce a função executiva (chefe de Estado e chefe de Governo). No parlamentarismo, duas ou mais autoridades exercem função executiva. No presidencialismo existe independência do Executivo em relação ao Legislativo, diversamente do que ocorre no parlamentarismo. Como chefe de Estado, o Presidente defende a unidade nacional (pacto federativo) – art; 84, VII, VIII, CF. Como chefe de Governo, o Presidente exerce a chefia da Administração Pública superior.
- b) Parlamentarismo: possui três tipos:
 - Monárquico constitucional: rei, imperador, monarca (chefe de Estado); 1º ministro (chefe de Governo) – Inglaterra, Espanha.
 - Republicano: presidente da República (chefe de Estado); 1º ministro (chefe de Governo) – França, Israel, Itália. O Brasil já foi parlamentarista, de setembro de 1961 a fevereiro de 1963. Nessa época, o 1º ministro foi Tancredo Neves e o Presidente da República, João Goulart. Também o foi antes do segundo reinado, antes da antecipação da maioria de Dom Pedro II.
 - Dual: duas autoridades exercendo as funções executivas (chefe de Estado e de Governo).

Povo (ratatua, choudra, plebe, patuléia) – não é sinônimo de população ou habitante (estrangeiros/apátridas); não é sinônimo de cidadão. Duas espécies: em sentido lato é toda pessoa humana que participa da organização do Estado, direitos inerentes à cidadania; em sentido estrito é o nacional que exerce

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

plenamente os seus direitos políticos. Povo, assim, é toda pessoa humana ligada a um Estado por um vínculo jurídico-político denominado nacionalidade.

NACIONALIDADE

Espécies de nacionalidade

- a) Originária: primária, de primeiro grau, involuntária ou nata = nascimento.
- b) Secundária: por aquisição, adquirida, derivada, de 2º grau, voluntária, por naturalização. É um ato jurídico voluntário, chamado “naturalização”.

Espécies:

Tácita: art. 69, § 4º, da CF de 1891.

Expressa: ordinária e extraordinária. A ordinária se divide em todos os estrangeiros, mesmo os originários de países de língua portuguesa; todos os originários de países de língua portuguesa, menos os portugueses; os portugueses são considerados quase nacionais; legais (Lei 6815/80).

- Os Estados de emancipação, que exportam nacionais, de regra, adotam o critério de sangue (*jus sanguinis*).
- Os Estados de imigração, que importam nacionais, de regra, adotam o critério de solo (*jus soli*).
- O Brasil sempre foi um país de imigração. Com a crise econômica, o Brasil passou a ser de emigração.
- O art. 12, I, da CF, fala em nacionalidade originária.
- Art. 12, I, ‘a’: são natos os nascidos no território da República Federativa do Brasil (direito de solo).
- Art. 12, I, ‘b’: nascidos no estrangeiro, de pai ou mãe brasileiro, a serviço do Brasil (critério funcional). República Federativa, nesse artigo, significa qualquer das pessoas jurídicas com capacidade política (União, Estados, Municípios e Distrito Federal).
- Art. 12, I, ‘c’: nacionalidade potestativa. Requisitos: nascer no estrangeiro, filho de brasileiro; os pais não estiverem a serviço do Brasil (o caso do jogador Ronaldo, que teve um filho no estrangeiro, sem estar a serviço do Brasil); a qualquer tempo venha a residir no Brasil; a qualquer tempo faça a opção pela nacionalidade brasileira (antigamente, o prazo de opção era até os dezoito anos).

Nacionalidade secundária:

- a) Tácita: não se encontra na CF. Ocorreu uma única vez, em 1891: todo estrangeiro, no prazo de seis meses, teria que comparecer a uma repartição pública e manifestar o desejo de continuar estrangeiro. Se não comparecesse, passaria a ser brasileiro naturalizado.

- b) Expressa: art. 12, II, da CF. Dois tipos:

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Ordinária: dividida em quatro outros tipos:

- 1) Todo estrangeiro, menos os originários de língua portuguesa (art. 112, do Estatuto do Estrangeiro – Lei 6.815/80.

Obs. O ministro da Justiça não é obrigado a expedir o certificado de naturalização – é ato discricionário, depende de oportunidade e conveniência política. Sendo expedido o certificado será entregue pelo juiz federal (art. 109, X, da CF).

- 2) Todos os estrangeiros originários de língua portuguesa, menos os portugueses (art. 12, II, 'a', segunda parte, da CF).
- 3) Art. 12, § 1º, CF: portugueses (exigência de reciprocidade, que existe desde 1971) são considerados 'quase nacionais'.
- 4) Legais – previstos no EE (6815/80) – naturalização precoce e colação de grau em curso superior. Estrangeiro chega ao Brasil com até cinco anos de idade (precoce).

Extraordinária: art. 12, II, 'b', da CF. Requisitos:

- 1) 15 anos, ininterruptos, no território nacional.
- 2) Sem condenação penal.

Obs. Diversamente da ordinária, esta cria direito público subjetivo, é vinculada. Preenchidos os requisitos, o estrangeiro adquire direito líquido e certo à naturalização.

Perda de nacionalidade – art. 12, § 4º:

- a) Atividade nociva ao interesse nacional (ação judicial proposta pelo MPF, junto à Justiça Federal). Atividade nociva não é definida em lei; fica ao critério do juiz. Conforme a decisão, o sujeito deixa de ser brasileiro naturalizado e volta a ser estrangeiro. Pode readquirir a condição de naturalizado através de ação rescisória.
- b) Regra: o brasileiro nato ou naturalizado que adquirir outra nacionalidade perde a nacionalidade originária. Exceção: art. 12, § 4º, II, 'a', da CF – se a nacionalidade adquirida for originária, não se perde a condição de brasileiro. É o conflito positivo de nacionalidade (polipatria); imposição de nacionalidade por Estado estrangeiro.

Observações sobre o brasileiro naturalizado:

1ª posição: José Afonso da Silva – readquire a nacionalidade nata, se desejar.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

2ª posição: Alexandre de Moraes – só volta a adquirir a nacionalidade na condição de naturalizado.

Diferenças entre brasileiros natos e naturalizados:

Em regra, a CF veda a diferença de tratamento (art. 12, § 2º). Eis as exceções:

- Exercício de cargo – o art. 12, § 3º, da CF, elenca os cargos privativos de brasileiros natos. No STM, os dez militares devem ser brasileiros natos,; os cinco civis podem ser naturalizados.
- Exercício de função: art. 89, VII, da CF.
- Extradicação: somente naturalizados podem ser extraditados (art. 5º, LI, da CF) – crimes comuns antes da naturalização e tráfico de entorpecentes.
- Propriedade: o art. 222, da CF, diz que o naturalizado só pode ser proprietário de empresa jornalística e de radiodifusão após dez anos de naturalização.
- Perda da nacionalidade: só naturalizado pode perdê-la, em razão de prática nociva ao interesse nacional (art. 12, § 4º, I, da CF).

Obs. O estrangeiro pode ser servidor público – art. 37, I, da CF (EC 19/98).

EXTRADIÇÃO – Art. 5º, LI, da CF

- Nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, por crime comum praticado antes da naturalização ou comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes, a qualquer tempo (vide Súmula 421/STF).
- Sistema da contenciosidade limitada.
- Princípio da punibilidade – o fato deve ser típico e punível, tanto no Brasil quanto no Estado requerente.
- Princípio da comutação da pena (art. 5º, XLVII, da CF) – a pena deve ser substituída por uma que não seja vedada pela CF.
- Princípio da retroatividade dos tratados.
- Entrega (*susrender*) – submete-se a normas do TPI, por isso o nacional pode ser entregue, mas não extraditado.

DIREITOS POLÍTICOS – Art. 14 e segs., da CF.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

- Nacional são todos os brasileiros natos ou naturalizados.
- Cidadão são os nacionais no gozo dos direitos políticos e participantes da vida do Estado. A nacionalidade é pressuposto da cidadania. A plena cidadania se adquire com 35 anos, quando se pode ser eleito para presidente da República.
- Os direitos políticos dividem-se em duas espécies: positivos e negativos:

1) Positivos: são aqueles que permitem a participação do indivíduo na vida política do Estado. São três:

- a) Direito de sufrágio – é a essência do direito político. É o direito político em si (votar, ser votado, participação em plebiscito, referendo, etc.) – o voto é o exercício do direito de sufrágio. O escrutínio é o modo de exercício do direito de voto. O sufrágio é universal, o voto é direito e o escrutínio é secreto. O sufrágio pode ser universal e restrito. Universal não exige requisito discriminatório ou preconceituoso, permitindo a participação de todas as pessoas, desde que atendidos os requisitos. Restrito, quando se discrimina (proibição do voto da mulher), ocorre o sufrágio restrito quando se exige uma condição econômica (voto censitário) e uma capacidade intelectual (voto capacitário).
- b) Alistabilidade – conhecida como capacidade eleitoral ativa (direito de votar). O voto tem as características de ser direto (exceção: art. 81, § 1º, da CF – vacância nos dois últimos anos do mandato presidencial, com voto do Congresso Nacional; nomeação de governador pelo presidente da República para território criado – art. 84, XIV, da CF); periódico (característica do princípio republicano); igualdade (art. 14, *caput*); personalíssimo (intransferível e pessoal); livre e obrigatório (para os que têm entre 18 e 70 anos), facultativo para os que têm entre 16 e 18 anos e os analfabetos. Não podem se alistar como eleitor os estrangeiros e, durante o serviço militar obrigatório, os conscritos. A lei estende o conceito de conscrito aos médicos, dentistas, farmacêuticos e veterinários que estejam prestando o serviço militar obrigatório.
- c) Elegibilidade – capacidade eleitoral passiva (direito de ser votado). Segundo o STF, por lei ordinária, pois não se confunde com as inelegibilidades. Requisitos: nacionalidade brasileira, alistamento eleitoral, filiação partidária, domicílio eleitoral na circunscrição e idade mínima (35 anos:

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

presidente da República e vice-presidente da República, Senador; 30 anos: governador e vice-governador; 21 anos: prefeito, vice-prefeito, deputado estadual, federal e distrital e juiz de paz; 18 anos: vereador). Essa idade é exigida na data da posse (há controvérsias dizendo que a idade deveria ser exigida no momento da inscrição como candidato). O português (quase nacional) pode se eleger, se houver reciprocidade, menos como presidente da Câmara ou Senado, pois poderiam chegar a presidente da República. Podem se candidatar a deputado ou senador.

2) Negativo: são aqueles que importam em uma privação dos direitos políticos. Espécies:

a) Inelegibilidade absoluta – são aquelas que se referem não ao cargo, mas a determinadas condições pessoais e que não admitem desincompatibilização. Só são previstos pela CF (art. 14, § 4º): inalistáveis e analfabetos.

b) Inelegibilidade relativa – relacionada a determinados cargos, admitindo desincompatibilização. São elas:

b.1) Leis complementares 64/90 e 81/94 – previstas pelo art. 14, § 9º, da CF.

b.2) Leis militares – art. 14, § 8º, da CF.

b.3) Reeleição – art. 14, § 5º, da CF.

b.4) Outros cargos - art. 14, § 6º, da CF.

b.5) Inelegibilidade reflexa.

b.6) Reeleição – permite que o chefe do Executivo concorra ao mesmo cargo por mais um mandato consecutivo. Não poderá concorrer o presidente da República também como vice num terceiro mandato, mesmo que renuncie antes.

b.7) Podendo o chefe do Executivo concorrer à reeleição, poderá também os cônjuges e os parentes, desde que aquele renuncie seis meses antes do pleito.

Perda e suspensão dos direitos políticos – art. 5º, da CF.

- A CF veda a cassação que é a retirada arbitrária dos direitos políticos.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

- Perda dos direitos políticos é definitiva. A suspensão é temporária. A perda se dá por:
 - a) Cancelamento da naturalização (competência da Justiça Federal, art. 109, X, da CF).
 - b) Escusa de consciência (alguns entendem ser caso de suspensão).
- A suspensão se dá por:

Incapacidade civil absoluta (art. 3º, do CC).

Condenação criminal transitada em julgado, enquanto durar os seus efeitos (crimes dolosos, culposos e contravenção penal).

Improbidade administrativa (art. 15, V, da CF) – necessita que o juiz declare expressamente na sentença essa suspensão.

Princípio da anterioridade eleitoral – art. 16, da CF.

- Trata-se de hipótese diferida da lei eleitoral (entre em vigor na data de sua publicação, mas não produz efeitos se ocorrer uma eleição no período de um ano).
- Garantia individual do cidadão eleitor (considerada cláusula pétrea).

Processo legislativo

- Se não for observado, cabe mandado segurança – controle preventivo.
- As regras básicas do processo legislativo são consideradas normas de repetição obrigatória (decorrente do princípio da simetria).
- Pode haver emenda em qualquer projeto de lei, mesmo nos de iniciativa exclusiva.
- Art. 58, § 2º, I, da CF – matérias que o Regimento permite serem votadas em Plenário.

Características do veto

- Pode ser total ou parcial. Total quando vetado o projeto de lei. O parcial veta parte do projeto de lei, mas não pode vetar uma palavra isolada,

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

somente todo o artigo, parágrafo, inciso ou alínea (art. 66, § 2º, da CF). Não existe veto tácito, somente expresso. Mas existe sanção expressa ou tácita. O presidente da República tem o prazo de 15 dias úteis para se manifestar, caso contrário será considerado aprovado o PL tacitamente.

- Veto político – quando o projeto de lei é considerado contrário ao interesse público. Quando o veto se der por inconstitucionalidade, será considerado jurídico.
- Veto relativo – art. 66, § 4º, da CF – quando o Plenário pode derrubá-lo, em 30 dias, a contar do recebimento, só podendo ser rejeitado pela maioria absoluta dos deputados e senadores.

Medida Provisória

- Criada em 1988 pela CF, em substituição ao decreto-lei.
- Produz efeitos desde a sua edição. O decreto-lei só depois de aprovado.
- A medida provisória pode ser rejeitada tacitamente, se não apreciada no prazo.
- Prazo de 60 dias, prorrogável por mais 60 dias.
- Pode ser reeditada (art. 62, X, da CF), mas não na mesma sessão legislativa.
- Durante o recesso (art. 57, da CF), o prazo de 60 dias não se conta.
- Regime de urgência: se em 45 dias após a sua edição, a medida provisória não for apreciada, entrará em regime de urgência, trancando a pauta até ser votada.
- Em regra, tem início na Câmara dos Deputados.
- O Congresso Nacional pode rejeitar a medida provisória expressa ou tacitamente. A tácita se dá por decurso do prazo.
- A medida provisória não revoga lei, mas apenas suspende a sua eficácia.
- Se a medida provisória for aprovada sem qualquer alteração, não é necessário a sanção do presidente da República.
- O Congresso Nacional não se vincula ao texto da medida provisória, podendo alterá-lo. Neste caso, será indispensável a sanção do presidente da República.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

- As alterações só começam a valer quando a medida provisória for convertida em lei (art. 62, § 2º, da CF).
- O controle de constitucionalidade da medida provisória se dá na forma concentrada (ADI/STF). Após convertida em lei medida provisória, a ADI que tinha ela por objeto, continua, bastando o aditamento da petição inicial quando a conversão da medida provisória em lei for integral. Quando a rejeição da medida provisória ou sua alteração se der no ponto questionado, a ADI ou a ADC perdem o objeto e serão extintas sem o julgamento de mérito.
- Ao Poder Judiciário, segundo o STF, não cabe, em princípio, analisar a relevância e a urgência da medida provisória, pois são requisitos políticos, que devem ser antes apreciados pelo Executivo e o Legislativo. Só poderá o Poder Judiciário apreciá-los caso a inconstitucionalidade seja flagrante e objetiva.
- Limitações materiais da medida provisória:
 - a) Não pode tratar de matéria reservada à lei complementar.
 - b) Não trata de norma penal, processual penal e processual civil.
 - c) Não trata dos direitos de nacionalidade e políticos, mas podem tratar dos outros direitos fundamentais.
- Em relação aos impostos, não há vedação quanto à sua instituição por medida provisória, criando-os ou majorando-os, mas exige observância ao princípio da anterioridade. Com exceção dos impostos de importação, de exportação, IPI, IOF e impostos extraordinários, que não se submetem ao princípio da anterioridade (arts. 153, I, II, IV e V, e 154, da CF).
- Medida provisória no âmbito dos Estados e Municípios:
 - a) É constitucional a medida provisória no âmbito dos Estados (hoje previstas nas Constituições do Tocantins, Santa Catarina e Acre). Obediência ao princípio da simetria, pois a MP é norma constitucional de repetição obrigatória.
 - b) Quanto aos Municípios o STF nada falou ainda. Mas, sendo prevista na Constituição Estadual, poderá a Lei Orgânica estendê-la ao prefeito.

Diferenças entre lei complementar e lei ordinária

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

- Materialmente (conteúdo), a lei complementar tem matéria reservada, e a lei ordinária trata de matéria residual.
- Formalmente, a lei ordinária exige quorum de aprovação de maioria simples/relativa (mais de 50% dos presentes). A lei complementar exige quorum de aprovação de maioria absoluta (mais de 50% dos membros).

Obs. O quorum de votação é sempre o mesmo: maioria absoluta (mais de 50% dos membros – art. 47, da CF). O quorum de aprovação da emenda é de 3/5 (60% - art. 60, § 2º, da CF). Para a lei orgânica, o quorum de aprovação é de 2/3 (art. 29 e 32, da CF). No caso da emenda, não existe sanção ou veto do presidente da República, e é promulgada pelas Mesas da Câmara e do Senado (art. 60, § 3º).

Princípios processuais constitucionais

- Devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF).
- Formal ou processual – é o que a lei estabelece como sendo o devido, tendo como destinatário o juiz.
- Substantivo – é o processo justo e adequado informado pelos princípios materiais de justiça, com base nos quais os juízes podem e devem analisar os requisitos intrínsecos da lei.
- Segundo o STF, o depósito prévio para a interposição de recurso administrativo não viola a CF, pois não existe a garantia do duplo grau de jurisdição administrativa.

Contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, da CF)

- O indeferimento de prova considerada irrelevante ou desnecessária não caracteriza violação a estes princípios.
- Vide Súmula 523/STF.
- Tais princípios não se observam no Inquérito Policial.

Princípio do juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da CF) – observado em regras gerais, abstratas e impessoais.

Princípio do promotor natural (art. 5º, LIII, da CF)

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

- A CF diz que ninguém será processado senão pela “autoridade competente”.
- O STF já se manifestou contra: princípio da indivisibilidade do MP (art. 127, § 1º); natureza distinta do MP em relação ao Judiciário.
- Vide Resolução n. 38/98 – CSMPF, arts. 2º e 3º.

Princípio da inafastabilidade do Poder Jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF)

- Previne ou repara lesão a direito.
- Dirige-se a todas as autoridades que, direta ou indiretamente, possam afastar a lesão ao direito.
- Vide Súmula 667/STF – tem que existir uma equivalência entre o valor da taxa e o custo real por serviço ou o proveito para o contribuinte. Impede que se exija o esgotamento das vias administrativas.
- Art. 217, parágrafo único – competição esportiva – mitigação do princípio da inafastabilidade. Só se recorre ao Judiciário, após esgotada a via da Justiça Desportiva.
- Outra mitigação são os crimes de responsabilidade, em que o mérito do julgamento não é apreciado pelo Judiciário.
- Mitigação: perda de cargo por parlamentar – julgados por sua Casa respectiva.
- Não há violação na arbitragem, em razão do afastamento do Judiciário depender da vontade das próprias partes envolvidas.

Habeas data (art. 5º, LXXII, da CF)

- Legitimidade ativa: ação personalíssima, podendo ser impetrado somente pela própria pessoa interessada. No caso de informações indevidas, a família pode impetrar o HD para preservar a imagem do morto.
- Legitimidade passiva: entidades governamentais ou de caráter público (Administração Pública direta ou indireta, de todas as esferas, incluindo as pessoas jurídicas de direito privado que têm seus bancos de dados abertos ao público – ex. SPC/SERASA; e também partidos políticos e universidades particulares.
- O HD tem o objetivo de retificar informações; conhecer informações (sem necessidade de explicar o motivo); para complementar informações.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

- Não há necessidade de prévio esgotamento da via administrativa (vide Súmula 02/STJ).

Ação Popular – art. 5º, LXXIII, da CF e Lei 4717/65.

- Atribuída ao povo ou à parte dele.
- Apenas o cidadão (em sentido estrito) é parte legítima – entre 16 e 18 anos, desde que estejam alistados perante a Justiça Eleitoral.
- Não é necessário assistência para as pessoas que têm menos de 18 anos, por se tratar de um direito político.
- O MP não é parte legítima na ação popular – apenas como *custus legis*, assim como a pessoa jurídica não é parte legítima.
- Comprova-se a qualidade de cidadão com o título de eleitor.
- O cidadão pleiteia em nome próprio direito de toda a população – hipótese de substituição processual (para Alexandre de Moraes, seria a defesa de um direito próprio do cidadão – participação na vida política do Estado).
- Objeto: são atos administrativos ou equiparados.
- Não cabe ação popular contra lei em tese.
- Não cabe ação popular contra atos de conteúdos jurisdicionais (para tanto, existem os recursos próprios).
- Pode ser preventiva ou repressiva (assim como o MS e o HC).
- Ação popular contra presidente da República é de competência do juízo de primeiro grau.
- A decisão na ação popular tem dois efeitos: condena a autoridade por perdas e danos ou pode apenas anular o ato (arts. 2º a 4º, da Lei 4.717/65).
- A decisão terá natureza condenatório-declaratória – se o ato é nulo.
- Terá natureza desconstitutiva-condenatória – se o ato é anulável.

ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

- Poder significando soberania (art. 1º, parágrafo único, da CF).
- Poder significando órgão (art. 2º, da CF).

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

- Poder significando função (arts. 44, 76 e 92, da CF).

Obs. A nossa CF fez opção pela divisão tripartite do poder, de Montesquieu (1748 – “O Espírito das Leis”) – identificou as funções e criou a independência entre os Poderes; a divisão orgânica.

Função legislativa: é a encarregada de criar normas gerais e abstratas, que conhecemos de forma genérica como ‘lei’. O Legislativo inova a ordem jurídica, através de lei. Também tem a função de controle, de fiscalização. Espécies:

- a) Fiscalização econômico-financeira (arts. 70/75, da CF).
- b) Fiscalização político-administrativa (art. 58, da CF).

O Legislativo da União é bicameral (art. 44, da CF), pois se divide em duas casas. Espécies:

- a) Do tipo aristocrático (Inglaterra).
- b) Do tipo federativo (Brasil).

O nosso bicameralismo é de equilíbrio ou igualitário; existe igualdade entre Senado e Câmara (Congresso Nacional).

Legislatura: prazo de quatro anos, que corresponde ao mandato de deputado federal (art. 44, parágrafo único). Cada legislatura se divide em quanto sessões legislativas, igual a um ano cada (art. 57, CF – EC 50/2006). As sessões legislativas se dividem em dois períodos legislativos, ou seja, são oito períodos legislativos por legislatura.

Lei complementar nº 78/93: número máximo de deputados federais: 513; nenhum Estado terá menos que oito, nem mais que 70. O número de deputados federais repercute no número de deputados estaduais. Multiplica-se por três, até doze federais, para se encontrar o número de estaduais. Acima disso, como no caso de São Paulo, se pega o número máximo de 70 deputados, diminui-se $12 = 54 + 36 = 94$ deputados estaduais (art. 27, CF). Se criado um território, esse terá 4 deputados. Para Michel Temer, território é autarquia federal.

Número de senadores: cada Estado e o DF elege 3 = 81 (todos os Estados, juridicamente, são iguais, pelo pacto federativo). Possuem mandato de 8 anos, com renovação de $1/3$ e $2/3$. Os territórios, se criados, não terão senadores.

Forma de manifestação do Legislativo da União:

- Art. 51, da CF – onde se lê ‘privativamente’, leia-se ‘exclusivamente’ (não podem ser delegadas).

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

- Art. 52, da CF – também se lê ‘exclusivamente’, sem possibilidade de delegação. Manifesta-se através de Resolução – espécie normativa que tem por objetivo veicular matérias de competência exclusiva da Câmara (art. 31) e do Senado (art. 52) – produz, em regra, efeitos internos.
- O Legislativo se manifesta, também, através do Congresso Nacional (art. 49, CF) – por meio de decreto – espécie normativa que tem por objetivo veicular matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional – em regra, produz efeitos externos.
- Essas formas de manifestação dispensam a participação do presidente da República.
- Nossa CF adotou o dualismo jurídico: norma de direito nacional e internacional (através de tratado – art. 84, VIII, referendado pelo CN – art. 49, I, por meio de decreto legislativo. O nosso dualismo é mitigado ou abrandado (não exige lei, mas decreto). O presidente da República deve promulgar, numa terceira fase, o tratado, através de um decreto, passando a produzir efeitos dentro do território nacional. Tratado tem a natureza jurídica de lei ordinária, podendo ser objeto de controle de constitucionalidade. Se se tratar de direitos humanos, o tratado terá natureza jurídica equivalente à Emenda Constitucional.
- Em alguns momentos o Legislativo da União, em regra, manifesta-se pela Câmara (casa iniciadora) e pelo Senado (casa revisora).
- Excepcionalmente, o Senado pode ser a casa iniciadora. Ex. projeto de lei apresentado por Senador ou por Comissão do Senado (manifestações que se concretizam através de lei ordinária e lei complementar – art. 48 c/c arts. 21, 22 e 23, que tratam da competência da União).
- O CN também se manifesta conjuntamente ao unicameralmente. Conjunta: art. 57, § 3º - sessão de deliberação ao mesmo tempo, no entanto a votação é por casa. Unicameral: art. 3º, ADCT – a maioria absoluta será de $513 + 81 = 594$, ou seja, a maioria será o total das duas Casas.

Teoria das maiorias:

- Os colegiados se manifestam através de maioria de votos.
- É instrumento da democracia.
- Nem sempre a maioria prevalece; não deve oprimir a minoria.

Há três espécies de maioria:

- a) Maioria simples (ou relativa)
- b) Maioria absoluta
- c) Maioria qualificada

Obs. Para José Afonso, maioria simples não é sinônimo de maioria relativa.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Maioria absoluta: a casa legislativa não pode deliberar sem que ao menos a maioria absoluta se faça presente. Maioria absoluta se dá a partir da contagem do primeiro número inteiro após a metade dos membros da casa. É invariável.

Maioria simples: (ou relativa) – qualquer maioria, desde que se faça presente ao menos a maioria absoluta. É a regra – art. 47.

Maioria qualificada: em regra, é superior à maioria absoluta; representada por uma fração (1/3; 2/3; 3/5 etc.).

Obs. Para José Afonso, a maioria simples movimenta-se entre duas teses: sim e não. Não se leva em conta os votos nulos e abstenções. Na maioria absoluta, há quatro teses: sim, não, abstenções e votos nulos.

Mesas: órgãos de direção dos colegiados (Câmara e Senado). O Legislativo da União possui três mesas:

1ª) Mesa da Câmara dos Deputados:

2ª) Mesa do Senado Federal.

3ª) Mesa do Congresso Nacional.

- Na composição das mesas deverá ser respeitado o 'princípio da representação proporcional partidária' – art. 58, § 1º.
- Cargos das mesas: presidente; 1º vice-presidente; 2º vice-presidente; 1º, 2º, 3º e 4º secretários. Mandato de 2 anos, proibida a reeleição para o mesmo cargo (art. 57, § 4º).
- Quem presidir o Senado será o presidente do Congresso Nacional – art. 57, § 5º.
- As mesas da Câmara e do Senado podem ajuizar ADI.
- São as mesas da Câmara e do Senado que promulgam Emenda Constitucional – art. 60, § 3º.
- Sobre mesa do Congresso: art. 140.
- Presidentes da Câmara e do Senado estão na linha sucessória do presidente da República – art. 80, e escolhem o projeto de lei que irá entrar em pauta.
- Em sede estadual e municipal permite-se a reeleição para as mesas.

Sistemas eleitorais

- Art. 1º, parágrafo único – democracia participativa ou semi-direta.
- Os representantes eleitos são escolhidos de acordo com o art. 14, da CF, que esclarece o art. 1º, parágrafo único. Há duas formas de escolha dos eleitos:

a) Sistema eleitoral majoritário: art. 46, da CF – adotado nas seguintes eleições: senador da República; presidente da República; governadores e

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

prefeitos. É o sistema que leva em conta o número de votos válidos ofertados ao candidato registrado pelo partido político. Dá-se importância ao candidato, não ao partido político, existem duas espécies:

- 1) Do tipo simples.
- 2) Do tipo absoluto (ou com segundo turno de votação).

Obs. O tipo simples contenta-se com qualquer maioria; o majoritário absoluto é o que exige, no mínimo, maioria absoluta de votos para considerar eleito o candidato. No tipo simples: senador e prefeito de município com menos de 200 mil eleitores, vide art. 29, II, CF. Do tipo absoluto: presidente da República, governadores e prefeitos de municípios com mais de 200 mil eleitores. Votos válidos são aqueles ofertados, subtraídos os em branco e os nulos – art. 77, § 2º.

- b) Sistema eleitoral proporcional – art. 45: adotado nas eleições para deputado federal, estadual e vereadores. Nesse sistema dá-se importância ao número de votos dados ao partido político, permitindo-se o voto de legenda. Etapas:

- 1ª) Número de votos válidos (art. 77, § 2º)
- 2ª) Quociente eleitoral.
- 3ª) Quociente partidário.
- 4ª) Técnica de divisão das sobras ou restos (109, do CE).
- 5ª) Os eleitos dentro do partido ou da coligação partidária.

Exemplo do cálculo – suposição de 8 milhões de eleitores:

QUOCIENTE ELEITORAL: divide-se o número de votos válidos pelo número de cadeiras em disputa.

QUOCIENTE PARTIDÁRIO: votos válidos recebidos pelo partido político divididos pelo quociente eleitoral.

DIVISÃO DAS SOBRAS: o Código Eleitoral adotou a teoria da melhor média (art. 109, do CE). O partido que tiver o maior número de candidatos eleitos, terá direito a mais uma cadeira.

ELEITOS DENTRO DO PARTIDO: os mais votados.

Estatuto do Congresso Nacional (denominação do Prof. José Afonso da Silva).

- Significa o conjunto de regras diversas do direito comum, inerentes à função legislativa e garantidora do exercício da função parlamentar. Estabelece prerrogativas, direitos, deveres e incompatibilidades ofertadas pela CF aos parlamentares.
- Instrumento que garante independência no exercício da função parlamentar.

Imunidade parlamentar. Duas espécies:

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

a) Imunidade material (ou absoluta, real, substancial, inviolabilidade – art. 53, *caput*, da CF). Em razão da manifestação da palavra, opinião e voto; os parlamentares são irresponsáveis. Não respondem civil, criminal, administrativa e politicamente.

- 1) Administrativa: não pode ser responsabilizado por ofensa ou decoro.
- 2) Civil: não pode ser responsabilizado por danos morais ou materiais.
- 3) Criminal: por palavra, votos e opiniões não comete crimes. Natureza jurídica, para uma primeira corrente, trata-se de uma 'excludente de antijuridicidade'; para uma segunda corrente, trata-se de 'isenção funcional da pena'; para uma terceira corrente, trata-se de 'excludente de tipicidade' (posição do STF).
- 4) Política: o parlamentar não pode ser responsabilizado dentro do partido político, em tese. Primeira corrente: o art. 17, da CF, fala em fidelidade partidária, daí seria lícita a expulsão de membro de partido, segundo André Ramos Carvalho. Segunda corrente: José Afonso diz que essa expulsão seria inconstitucional, pois a CF fala em irresponsabilidade política.

- A imunidade material se inicia com a posse e o parlamentar não poderá ser responsabilizado em qualquer tempo pelo que disse durante o mandato.

- protege o parlamentar em todo o território nacional, mas quando fora do Congresso é preciso analisar o nexó entre o que disse e o exercício parlamentar.

- o órgão de imprensa que reproduz a opinião, a palavra e o voto do parlamentar, não pode ser responsabilizado.

- vereador possui imunidade material na circunscrição do município – art. 29, VIII.

b) Imunidade relativa (processual ou formal) – inicia-se com a diplomação (última fase do processo eleitoral – é a nomeação do servidor público eletivo). Protege parlamentares federais, estaduais, mas não protege vereador. Em razão da prisão. Espécies:

- 1) Prisão-sanção ou prisão-pena: resulta de sentença penal condenatória com trânsito em julgado.
- 2) Prisão sem pena: de natureza cível (depositário infiel e não pagamento de pensão alimentícia) e de natureza criminal (flagrante, preventiva, temporária, resultante de decisão de pronúncia, resultante de sentença condenatória sem trânsito em julgado).
- 3) Parlamentares só podem ser presos em flagrante, por crime inafiançável e por sentença judicial transitada em julgado. Lavra-se auto de apresentação nos crimes afiançáveis.
- 4) Prazo de 24 horas para a autoridade policial enviar o auto de flagrante à Casa respectiva.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

- 5) A Casa respectiva, por maioria absoluta, manifestará sobre a manutenção, ou não, da prisão.
- 6) Os autos irão ao STF, TJ, TRF, a depender do crime e do autor.
- 7) As constituições Estaduais podem atribuir foro especial para outras autoridades.
- 8) A autoridade dotada de foro especial não é investigada por delegado, sem IP, mas por autoridade judicial, através de inquérito judicial.

Função executiva:

Previsto a partir do art. 76, da CF. Encarregada de aplicar a lei ao caso concreto, administrando a coisa pública. Na República Federativa do Brasil o Executivo é singular. O presidencialismo, em que uma única autoridade exerce a função executiva. O parlamentarismo, ou executivo dual, onde mais de uma autoridade exerce função executiva. No presidencialismo, o presidente exerce as funções de chefe de Estado e chefe de Governo. No parlamentarismo, as funções são divididas entre o presidente e o primeiro ministro (parlamentarismo republicano); ou o monarca e o primeiro ministro; o primeiro como chefe de Estado e o segundo como chefe de governo (parlamentarismo-monárquico); no presidencialismo existe independência do Executivo em relação ao Legislativo; diversamente do que ocorre no parlamentarismo, em que existe uma dependência do Executivo em relação ao Legislativo. De setembro de 1961 a fevereiro de 1963 o Brasil foi parlamentarista. A nossa CF é parlamentarista num sistema presidencialista (Ex. medida provisória, que é típica do parlamentarismo). No exercício da função de chefe de Estado, o presidente da República defende a unidade nacional, falando em nome da República Federativa do Brasil (Ex. ao assinar tratados internacionais). Como chefe de Governo, o presidente da República desempenha a chefia da Administração Pública, com o auxílio dos ministros de Estado.

Requisitos para ser presidente da República:

- a) Ser brasileiro nato (art. 12, § 3º, da CF) – em razão da segurança nacional.
- b) Idade mínima de 35 anos (capacidade política absoluta).
- c) Filiação partidária (art. 17, da CF) – entidades que se portam entre o Estado e a sociedade. Partido político é instrumento para se chegar e permanecer no Poder. Não há possibilidade de candidatura avulsa. A filiação partidária é condição de elegibilidade (art. 14, § 3º, da CF). Partido político é pessoa jurídica de direito privado.
- d) Plenitude do exercício dos direitos políticos – o candidato não pode incorrer em nenhuma das situações do artigo 15, da CF. Também o candidato a vice-presidente deve atender aos mesmos requisitos.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Observações importantes:

- As Constituições de 1934 e 1937 não previam a figura do vice. A de 1946 previa o vice, que era também o presidente do Senado. O vice exerce função, mas não exerce cargo. A CF não diz quais são as atribuições do vice; diz que a lei complementar será votada para elencar as atribuições do vice (art. 79, parágrafo único, da CF).
- O presidente da República poderia delegar as atribuições do art. 84, da CF, ao vice-presidente? Não, pois são indelegáveis, em respeito ao princípio da indelegabilidade. As únicas exceções são as do parágrafo único do art. 84 – mas tais delegações não são feitas ao vice.
- Presidente e vice-presidente tomam posse em sessão conjunta do Congresso Nacional, no dia 1º de janeiro do ano seguinte ao da eleição (art. 78, CF) – juram cumprir a CF. Têm o prazo de 10 dias para tomar posse, sob pena de ter o cargo declarado vago, pelo Congresso Nacional, por tratar-se de questão pública. Não serão declarados vagos se um dos dois tomar posse ou houver motivo de força maior (atos da natureza e atos humanos).
- Substituição e sucessão do presidente da República: a CF diz que o presidente será substituído no caso de impedimento e sucedido no de vacância. O impedimento é temporário; a vacância é definitiva, permanente. Só o vice sucede o presidente. Estão na linha sucessória: vice-presidente; presidente da Câmara; presidente do Senado e presidente do STF. Os três últimos apenas substituem o presidente da República.
- Morte do presidente e do vice: nos dois primeiros anos de mandato, assume o presidente da Câmara e convoca-se eleições diretas em 90 dias; vagando nos dois últimos anos, assume o presidente da Câmara e convoca-se eleições indiretas em 30 dias.
- Eleição indireta: é aquela em que existe intermediário entre o titular do Poder (povo) e o exercente do Poder. Não existem regras, no Brasil, sobre essa eleição indireta. O Congresso Nacional elegerá o presidente e o vice, de acordo com o seu regimento. Sendo direta ou indireta as eleições, os mandatos dos eleitos serão do tipo “tampão”, ou seja, o restante do mandato dos substituídos, para não prejudicar a coincidência das eleições.
- Responsabilização do presidente da República: na República o Poder é exercido de forma eletiva, temporária e responsável. Na Monarquia é o Poder exercido de forma vitalícia, hereditária e irresponsável. Em um Estado Republicano, todas as autoridades que exercem parcela da soberania podem ser responsabilizadas administrativamente, civilmente, penalmente e politicamente.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

- Responsabilização por crime comum ou infração comum: é utilizada em contraposição ao crime de responsabilidade. São as contravenções penais; crime comum em seu sentido estrito (CP e legislação penal extravagante); crime eleitoral; crime militar; crime político (Lei 7170/83); crime doloso contra a vida.
- Crime comum: o presidente da República é processado e julgado pelo STF (foro por prerrogativa de função, pois os tribunais estariam mais longe das disputas políticas locais; os membros dos tribunais seriam melhores qualificados pela experiência acumulada). A CF oferta ao presidente da República a irresponsabilidade relativa – não pode ser preso, a não ser em razão de sentença penal condenatória com trânsito em julgado (prisão-pena ou prisão-sanção). O presidente da República só poderá ser processado, durante o exercício do mandato, pela prática de crimes *ex officio*. Não pode ser processado por atos estranhos ao exercício da função. Não pode ser preso preventivamente, em flagrante, temporariamente.
- Se o presidente, enquanto candidato, cometer um crime, não poderá ser processado durante o mandato, somente após, pois são crimes estranhos ao exercício da função.
- Sendo o crime praticado após a posse, precisa-se saber se o crime é, ou não, *ex officio*. Se sim, responde pelo crime. Se não, não.
- Vide art. 86, §§ 3º e 4º, da CF.
- Juízo político pela Câmara dos Deputados: quorum de 2/3. Se for negativo o juízo político, não será processado pelo STF. Se for positivo, autoriza o STF processar o presidente da República. Antes de ofertar denúncia, o STF abre prazo para o presidente da República (15 dias) apresentar defesa preliminar (Lei 8038). Recebida a denúncia, o presidente da República é cientificado e afastado das funções por até 180 dias. Após, não julgado, volta ao cargo e a ação penal continua normalmente.
- Diferenças entre o julgamento dos parlamentares e do presidente da República:
 - a) Parlamentares podem ser presos em flagrante (crime inafiançável).
 - b) Presidente da República não pode ser preso em flagrante (art. 86, § 3º, da CF).
 - c) Presidente da República somente pode ser processado durante o mandato, por crime *ex officio* – antes da denúncia, juízo político pela Câmara.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

- d) Parlamentar: ofertada a defesa preliminar, o STF pode receber a denúncia e processar, sem levar à Câmara para o juízo político. Dá apenas ciência à Casa respectiva, que se manifestará sobre a continuidade ou não, da ação penal, por maioria absoluta de votos. Só o partido político pode provocar o pedido de votação da sustação da ação penal.
- e) Regra: o STF só comunicará a Câmara ou ao Senado se o crime tiver sido praticado após a diplomação pelo parlamentar.
- Governador: crime comum: STJ (art. 105, I, 'a', da CF) – com autorização da assembléia legislativa.
 - Prefeito: crime comum – TJ (vide Súmula 702/STF e 208 e 209/STJ).
 - Crimes de responsabilidade: infração de natureza jurídica político-administrativa (art. 85, CF). A Lei 1079/50 estabelece outras condutas que, em sendo praticadas, importarão em crimes de responsabilidade, bem como o procedimento a ser seguido pela Câmara dos Deputados. Regra: só a União Federal pode estabelecer regras sobre crimes de responsabilidade (vide Súmula 722/STF).
 - Condutas políticas: art. 85, I a IV, da CF.
 - Condutas funcionais: art. 85, V a VII, da CF.
 - Vice-presidente não comete crime de responsabilidade. Somente se estiver no exercício da função de presidente.
 - Ministro de Estado comete crime de responsabilidade.
 - O presidente da República é julgado pelo Senado nos crimes de responsabilidade – transforma-se num tribunal misto, político-jurídico, presidido pelo presidente do STF (art. 52, parágrafo único, da CF). Para que o presidente possa ser julgado pelo Senado por crimes de responsabilidade necessita-se de autorização da Câmara (juízo político).
 - O cidadão possui legitimidade para denunciar o presidente por crime de responsabilidade. Protocolada a denúncia, forma-se uma comissão de deputados, que oferece um parecer prévio sobre o início do julgamento, ou não. Sendo aceito, instaura-se um juízo de admissibilidade, podendo o presidente apresentar documentos, arrolar testemunhas, sustentação oral, etc. (contraditório e ampla defesa). A Câmara vota no sentido de autorizar, ou não (2/3) o julgamento do presidente pelo Senado. Autorizado, o ato do Senado é vinculado, sendo obrigatório o julgamento. A autorização se dá através de resolução. O Senado cientifica o presidente de que contra ele foi

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

instaurado um julgamento – a partir daí, o presidente se afasta por até 180 dias. Quem preside o Senado é o presidente do STF, nos julgamentos dos crimes de responsabilidade. O julgamento se materializa em uma resolução, em votação direta com quorum de 2/3. Se o Senado julgar procedente a denúncia, o presidente da República sofrerá duas penas: perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública por 8 anos (art. 52, parágrafo único, CF), independentemente da responsabilização penal e civil.

- A renúncia ao cargo de presidente da República (como no caso Collor) não impede a continuidade do julgamento para a punição da perda do cargo por 8 anos. As penas, portanto, são autônomas.
- Inabilitação: não tem nada a ver com suspensão dos direitos políticos. Nesta não votam ou são votados. Naquela, o julgado pode votar e ser votado, mas não pode exercer cargo eletivo, assumir cargo em razão de concurso público, nem tomar posse em cargo de confiança. O mérito da decisão do Senado não pode ser discutido no Judiciário, mas pode ser analisado se descumprir-se princípios constitucionais, como ampla defesa e contraditório.
- Crime de responsabilidade praticado por governador será julgado por um tribunal misto, formado por deputados estaduais e desembargadores, previstos no CE, não podendo inovar em relação à CF e à Lei 1079/50: cinco deputados estaduais mais cinco desembargadores, presidido pelo presidente do TJ.
- Quanto aos prefeitos que cometam crimes de responsabilidade serão julgados pela Câmara Municipal (art; 29-A, CF, bem como o Decreto-Lei 201/67, que estabelece outras figuras típicas, quais sejam: crimes de responsabilidade próprio – infração de natureza penal; crime de responsabilidade impróprio – infração de natureza político-administrativa).
- Agente político: REsp 456649-MG – o STJ diz que tais agentes (prefeitos) não respondem por improbidade administrativa – Lei 8429/92 – somente os prefeitos. A Reclamação 2138 trata de não inclusão dos governadores, presidente da República e ministros de Estado à Lei de Improbidade. Ainda não foi julgada; tais agentes estariam sujeitos à Lei 1079/50 e ao Decreto-Lei 201/67 (no caso dos prefeitos). O STF, até agora (21/03/2007), não julgou tal Reclamação. Caso seja confirmada, a Lei 8429/92 perderá sua finalidade maior.

Função jurisdicional: é o poder-dever do Estado, mediante o qual ele substitui os titulares dos interesses em conflito para, com imparcialidade, buscar a pacificação social. Poder-dever do Estado que substitui a vontade das partes, resolvendo os conflitos de interesse, com força definitiva.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Características:

- a) Inércia: não existe jurisdição de ofício; não existe prestação jurisdicional sem autor. O juiz não pode agir de ofício, sob pena de comprometer sua capacidade subjetiva; não pode se comprometer psicologicamente com a causa. O juiz deve ser imparcial, não neutro. O magistrado deve ser provocado, através das duas funções essenciais à Justiça, ou seja, o Ministério Público e a OAB. Apesar da inércia, o juiz, após a provocação, possui poderes instrutórios (arts. 130, CPC, 156, 209, do CPP). Há separação entre quem acusa e quem julga (art. 129, CF). Tendo em vista a inércia e o sistema acusatório, o sistema judicialiforme não foi recepcionado pela CF (o juiz e o delegado de polícia poderiam dar início à ação através de portaria). No Brasil, o STF disse que juiz não investiga. No art. 58, § 3º, da CF, diz que CPI tem poder de investigação dos juízes (a não ser para investigar seus próprios pares). Deve ser lido: as CPI's têm poderes de "instrução processual", assim como os juízes. A LOMAN prevê que um juiz pode investigar outro (exceção).

Exceções para o juiz agir de ofício, segundo o CPC:

- Arts. 13, 113, 219, § 5º, todos do CPC – o juiz pode agir de ofício para conhecer matéria de ordem pública.
- O juiz pode determinar de ofício a exibição de documentos (art. 382, do CPC).
- O juiz determina a realização de perícia, de ofício (art. 342, do CPC).
- Poder geral de cautela (art. 798, do CPC).
- O juiz pode determinar, de ofício, investigação (art. 1107, do CPC) – Cândido Dinamarco chama isso de "instrumentalidade do processo".

Exceções para o juiz agir de ofício, segundo o CPP:

- O juiz pode expedir mandado de prisão, de ofício (art. 310, do CPP).
- Busca e apreensão (art. 240, do CPP).
- Prisão temporária (Lei 7960).

- b) Substitutividade: com o monopólio da jurisdição, proibiu-se a justiça privada. O Estado tem o poder-dever de substituir as partes e resolver os conflitos de interesse. A CF chama essa substitutividade de

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

“indeclinabilidade”, “inafastabilidade”, e Nelson Nery chama de “princípio constitucional da ação” (art. 5º, XXXV, da CF).

Exceções:

- A CF veda que o Poder Judiciário venha a decidir conflitos desportivos (art. 217, § 1º, da CF).
 - *Habeas data* só pode ser ajuizado depois de esgotada a via administrativa (Lei 9507/97).
 - Juízo arbitral (as partes pactuam que a discussão não será levada ao Poder Judiciário).
- c) Definitividade: o artigo 5º, *caput*, da CF, estabelece o princípio da segurança jurídica: as relações devem ser estabilizadas. Como conseqüência, existe a trilogia da irretroatividade (art. 5º, XXXVI, da CF): ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada. Definitividade quer dizer que só o Poder Judiciário pode dizer a última palavra no conflito de interesses. Só o Poder Judiciário pode trazer a certeza absoluta (coisa julgada ou qualidade dos efeitos da sentença).

Exceções:

- Se o presidente da República é condenado por crime de responsabilidade, não será discutido o mérito no Poder Judiciário. O STF discute apenas que princípios constitucionais foram desrespeitados.
- O Poder Judiciário, em regra, não pode discutir o mérito do ato administrativo, salvo se houve desvio de finalidade ou abuso de poder. É a judicialização de políticas públicas ou politização do Poder Judiciário (há discussões sobre se o Poder Judiciário poderia discutir questões administrativas discricionárias).
- Como não existem direitos absolutos, a coisa julgada pode ser relativizada, em homenagem a outro princípio constitucional (é a livre conveniência entre os direitos fundamentais) - Ex. quando há erro material ou violação a princípios constitucionais, a coisa julgada pode ser afastada. No CPP, há a revisão criminal pro-réu; razoabilidade, proporcionalidade, ponderação de direitos, proibição de excesso.

Sistemas judiciários

- Nos Estados Unidos da América, adota-se o sistema jurídico anglo-saxão – não procuram justiça, mas estabilidade das relações jurídicas.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

- No Brasil, adota-se o sistema jurídico romano-germânico; procura-se justiça, não estabilidade das relações. A divisão encontra-se no art. 92, da CF (STF, STJ, TSE, STM, TST). O STJ é um tribunal nacional, não federal. Abaixo dele, vem a Justiça Federal (TRF, juízes federais) e a Justiça Estadual (TJ e juízes estaduais) – essas duas Justiças formam a Justiça Comum. Depois vem a Justiça Especial ou Especializada (TSE, TRE, juízes eleitorais, juntas eleitorais, STM, tribunais militares e auditorias militares, TST, TRE e juízes do trabalho), mais o CNJ. O tribunal do júri é uma garantia fundamental do cidadão (art. 5º, XXXVII, da CF), não fazendo parte da divisão do Poder Judiciário, trazida pelo art. 92, da CF. Há entendimento no sentido de que o STF não se sujeita ao CNJ.
- Justiça Militar Estadual – 2º grau: TJ; 1º grau: Conselho de Justiça Militar. Efetivo maior de 20 mil integrantes permite-se a criação de TJM – Tribunal de Justiça Militar (existem em São Paulo, Rio Grande do Sul e Minas Gerais – art. 125, § 3º, da CF).
- A Justiça Militar Estadual só julga crimes militares praticados por policiais militares e corpo de bombeiro militar pela prática de crimes militares (Decreto-Lei 1001/69 – CPM).
- A Justiça Militar Estadual jamais julga civis.
- Havendo conexão entre crime militar e um comum, separa-se o julgamento.
- A Justiça Militar Estadual não julga o crime de abuso de autoridade cometido por militares (Lei 4898/65).
- A Justiça Militar Estadual não julga crime de trânsito cometido pelo militar.
- Inovação da EC/45, sobre a Justiça Militar Estadual:
 - a) Deu à Justiça Militar Estadual jurisdição também não criminal, julgando atos disciplinares cometidos por militares.
 - b) Deu à Justiça Militar Estadual duas formas de julgamento: colegiado = conselho de justiça militar, presidido pelo juiz auditor militar; singular = juiz auditor militar (em regra, é um juiz de direito designado para oficial na Justiça Militar Estadual). Porém, em São Paulo, Rio Grande e Minas Gerais, existe concurso próprio para o juiz auditor militar.
 - c) Crime doloso contra a vida praticado por militar contra militar, competência do conselho da justiça militar.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

- d) Todo crime praticado por policial militar, em sendo a vítima policial militar (não contra a vida), a competência é do conselho de justiça militar.
- e) Todo crime, menos o doloso contra a vida, cuja vítima seja civil, a competência para julgar será da Justiça Militar Estadual, pelo juiz auditor militar, singularmente.

Composição do STF: O Supremo Tribunal Federal compõe-se de 11 juízes, que recebem o nome de Ministros; brasileiro nato; idade mínima de 35 e máxima de 65 anos; reputação ilibada ou idônea (vida passada sem mácula, mancha); notável saber jurídico (no mínimo bacharel em direito, embora a CF não diga); escolha livre pelo presidente da República dentre brasileiros que preencham os requisitos, com aprovação do Senado.

Composição do STJ: O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, 33 ministros (TSE, no mínimo 7); criado em 1988; brasileiro nato ou naturalizado; idade mínima de 35 e máxima de 65; notável conhecimento jurídico; reputação ilibada ou idônea; escolha do presidente da República vinculada a categorias: 1/3 do TRF, 1/3 desembargadores de TJ, e 1/3 divididos entre Ministério Público e OAB (Ministérios Públicos estadual e federal); aprovação pelo Senado, por maioria absoluta.

Composição da Justiça Federal: criada pela Lei 5010/66; em 1988 dividiu-se o território nacional em 5 regiões: TRF-1: sede em Brasília + 13 Estados da Federação (todos do Norte; todos do Centro-Oeste, com exceção de MS; do Sudeste apenas MG; do Nordeste, apenas a BA, MA e PI); TRF-2: sede no Rio de Janeiro + ES; TRF-3: sede em SP + MS; TRF-4: sede em Porto Alegre + todos os Estados do Sul; TRF-5: todos do Nordeste, menos BA, MA e PI. O concurso é regional; mínimo de 7 desembargadores federais. 1º Grau de Jurisdição: juiz federal, na seção judiciária federal; a seção judiciária pode ser dividida em sub-seção.

Composição da Justiça Estadual: mínimo de 07 desembargadores; um tribunal de justiça em cada Estado; idade mínima de 30 anos. Primeiro Grau: juiz de direito, nas comarcas, podendo a Lei de Organização Judiciária estabelecer categorias (1ª, 2ª e 3ª entrâncias).

Composição da Justiça Eleitoral: é federal especializada; não possui quadro próprio de juízes. TSE: no mínimo 7 ministros (mandato de dois anos com recondução única por mais dois anos) – 3 originários do STF, 2 do STJ e 2 advogados; recebem subsídios; o presidente será um dos 3 ministros do STF e o corregedor será escolhido entre um dos ministros do STJ; os advogados são escolhidos pelo presidente da República em lista fornecida pelo STF. TRE: 7 juízes (2 desembargadores, 2 juízes de direito, 2 advogados escolhidos pelo presidente da República em lista fornecida pelo TJ, e 1 representante da Justiça Federal – desembargador ou juiz federal). 1º Grau: zonas eleitorais, com um juiz

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

eleitoral em cada (juiz de direito exercendo função eleitoral – princípio da delegação), tornando-se, durante a função, servidor público federal; juntas eleitorais (2 ou 4 cidadãos, presididos pelo juiz eleitoral).

Garantias do Poder Judiciário

Tem por finalidade a manutenção da independência, evitando que sofra pressões de outros poderes. Dois grupos:

- c) Garantias institucionais: autonomia administrativa (ou orgânica administrativa) e autonomia financeira. Tem por objetivo garantir ao Poder Judiciário, como um todo, livre de ingerências e subordinação a outros Poderes. A autonomia orgânico-administrativa ou auto-governo dos tribunais (art. 96, I, da CF), podendo instituir seus órgãos diretivos; criar regimentos internos e organizar a estrutura administrativa interna. Autonomia financeira (art. 99 e parágrafos, da CF): orçamento próprio – o Executivo repassa o duodécimo ao Poder Judiciário (art. 168, do CF), sob pena de intervenção (art. 34, da CF);
- d) Garantia funcional ou de órgãos: independência e imparcialidade. Predicativos da magistratura: independência (art. 95, I, II, III, da CF) - vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios.

Vitaliciedade – só o agente político a possui; em 1º grau se alcança após dois anos de estágio probatório; só perde o cargo em razão de sentença judicial transitada em julgado.

Estabilidade – servidor público em sentido restrito; três anos de estágio probatório; perde o cargo por procedimento administrativo disciplinar, sentença judicial e insuficiência de desempenho – art. 41, § c/c 247, da CF.

Inamovibilidade – o servidor público em sentido restrito pode ser removido por conveniência ou oportunidade, pela Administração Pública (maioria absoluta do tribunal de justiça pode remover juiz – art. 93, VIII, da CF).

Irredutibilidade de subsídio – o STF diz que tal irredutibilidade é nominal, jurídica, não real (havendo inflação, não haverá indexação).

Imparcialidade – vedações aos magistrados (art. 95, parágrafo único, da CF).

Emenda Constitucional 45/2004: modificou a composição dos órgãos especiais: antes era formado pelos mais antigos; hoje, metade de mais antigos, outra metade através de eleições entre os membros.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

CNJ – Conselho Nacional de Justiça: não exerce jurisdição; possui função administrativa e de fiscalização interna, não ofendendo a independência do Judiciário, pois é composto de membros (a maioria) do Poder Judiciário; exercem mandato de dois anos, prorrogável por mais dois; aprovação pelo Senado.