

1ª Aula – 10/08/07

## A CONSTITUIÇÃO:

FUNDAMENTOS

- Sociológica
- Política
- Jurídica
- Naturalista

### 1) Constituição de Fundamento Sociológico:

Esta classificação tem como principal expoente FERDINAND LASSALE, que busca o fundamento da constituição na Sociologia.

Segundo Lassale, existe 1 Constituição ESCRITA OU JURÍDICA e, ao lado desta, existe uma constituição chamada REAL OU EFETIVA. Caso haja um conflito, qual das 2 constituições prevalece?

R: PARA LASSALE, a Constituição Real sempre irá prevalecer sobre a Constituição Escrita. Porque a constituição escrita só tem alguma validade quando corresponde à Realidade.

Constituição Real ou Efetiva é a soma dos fatores reais do poder que regem uma determinada Nação.

Na concepção de Lassale, se a Constituição Escrita não correspondesse à Realidade, ela não passaria de uma “Folha de Papel”. Ela só teria alguma validade se correspondesse à realidade.

### 2) Constituição Política:

O Principal Defensor dessa concepção de Constituição é CARL SCHMITT. Ele fez uma obra, chamada (?)\_nesta obra, Carl fala em 2 conceitos para a Constituição:

{ - Conceito Absoluto de Constituição e - Conceito Relativo de Constituição.

Conceito Absoluto de Constituição ≡ é a Constituição Propriamente Dita + Leis Constitucionais que fazem parte do conceito relativo de constituição.

Constituição Propriamente Dita ≡ a constituição é apenas aquilo que decorre de uma “decisão política” fundamental que a antecede. Ela também é chamada de Teoria Decisionista.

(Caiu na prova da ESAF/2007)

Quais os Direitos que decorrem de uma decisão política?

R: Direitos Fundamentais, Forma de Organização do Estado e a Relação entre os Poderes. Tudo isso faz parte de uma decisão política fundamental.

Para Schmitt, todo o restante seriam leis constitucionais.

CONSTITUIÇÃO = Conceito Material

X

LEIS CONSTITUCIONAIS = Conceito Formal de Constituição

As Leis Constitucionais são constitucionais porque está ali dentro, na constituição. Porque se estivesse em outro código, teria outra natureza que não a de Constituição.

### 3) Concepção Jurídica:

Esta concepção era defendida por HANS Kelsen e KONRAD HESSE.

Cada um tem a sua teoria, e elas não são idênticas. Mas, ambos adotaram essa concepção.

PARA HANS KENSEN – a Constituição não precisa se socorrer da Sociologia nem da Política para buscar o seu fundamento, pois ele se encontra no próprio Direito (Constituição = conjunto de normas como as demais leis).

Kelsen entende que há 2 tipos de constituição:

- Constituição em Sentido Lógico Jurídico
- Constituição em Sentido Jurídico Positivo

A Constituição Lógica Jurídico é a norma fundamental hipotética. É norma fundamental porque ela será o fundamento da CF/88 em sentido lógico jurídico. E é hipotética porque é norma pressuposta (não é norma posta). Ela é composta de apenas 1 artigo, qual seja: "Todos devem obedecer a Constituição".

A Constituição em Sentido Jurídico Positivo é a constituição propriamente dita.

A Teoria do KONRAD HESSE é dividida: ele fez uma palestra que depois se tornou um livro. Esse livro foi traduzido pelo Ministro Gilmar Mendes, que muito se utiliza dele em seus julgamentos.

Ex.: Relativização da Coisa Julgada – Fundamento = Preservação da Força Normativa da Constituição (que é um dos fundamentos do Konrad Hesse).

Sobre este tema, há um livro excepcional: A Força Normativa da Constituição.

Na prova, deve-se contrapor a teoria do Konrad Hesse com a do Ferdinand Lassale. Ela foi feita para rebater a teoria de Lassale.

O Lassale defende que a Constituição Real prevalece sobre a escrita.

Já Konrad Hesse entende que se a Constituição Escrita tem apenas essa função de reafirmar o que ocorre na realidade, isso é muito pouco. Porque ela também tem a função de conformar e readaptar a realidade segundo a sua norma.

Segundo Konrad Hesse, a Constituição possui uma "Força Normativa" capaz de conformar a realidade, para isso, basta que haja "vontade de constituição", e não apenas "vontade de poder".

#### 4) Concepção Culturalista:

Porque busca na cultura de um povo o fundamento da Constituição. Aqui, não há qualquer expoente para defendê-la. A constituição tem um aspecto sociológico, político e jurídico, ou seja, é a junção das 3 concepções anteriores. Ela remete a um conceito de constituição total, a constituição da sociedade.

Ao mesmo tempo, a Constituição é condicionada pela realidade e pela cultura de um determinado povo, ela também é condicionante desta cultura.

Qual é o papel que a Constituição deve adotar em uma sociedade? R: A resposta se refere às Concepções quanto ao Papel de Constituição:

- Constituição Lei
- Constituição Fundamento (ou Total, segundo o TJMG)
- Constituição Moldura

O critério é: a liberdade da constituição, quanto a sua CONFORMAÇÃO frente ao Legislador e aos Cidadãos.

Dependendo dessa liberdade de conformação é que teremos os 3 papéis acima.

\* Constituição Lei = a constituição é uma lei como outro qualquer, e não possui supremacia sobre as demais leis. Como não tem supremacia, ela não tem poder de conformação sobre o legislador. Então, que papel ela desempenha?

Ex.: Ela serve apenas como uma Diretriz para a atuação do legislador. E uma diretriz sem caráter vinculante e sem caráter obrigatório. Serviria apenas como diretriz, como conselho para o legislador.

Isso já foi aplicado no Brasil?

R: No Direito Romano sim. Porque o que era supremo era o Direito Civil, nesta época, e o Direito Penal também. Hoje, na Alemanha, não existe relação de subordinação entre o Direito Público e o Direito Privado, como se fossem direitos distintos e autônomos.

Mas, numa constituição rígida como a nossa, essa concepção de Constituição Lei não tem fundamento.

\* Constituição Fundamento = a liberdade de conformação do legislador é extremamente limitada pela constituição. Cabe ao legislador apenas regulamentar aquilo que já está consagrado na Constituição. Ela deixa um espaço pequeno de criação para o legislador. A constituição seria o fundamento, não só para as atividades do Estado, mas de toda a sociedade. Daí o nome de "Constituição Total".

Ex.: Previsão Legal sobre o Colégio Pedro II.

\* Constituição Moldura = é uma concepção intermediária, que busca o equilíbrio das 2 anteriores. É usada por Hans Kelsen. Ela tem forma de moldura, onde o intérprete tem toda a liberdade para fazer suas interpretações dentro daquele espaço emoldurado. Cabe ao legislador preencher esta moldura. Ela abrange a 1ª teoria e restringe a 2ª. Ela não

diz o que ou como o legislador deve atuar. Ela apenas verifica se o legislador atuou como deveria atuar. Ela ganhou força na Alemanha.

### CLASSIFICAÇÕES DA CONSTITUIÇÃO:

#### 1- Quanto à **ORIGEM**: (Histórica)

As primeiras constituições escritas que surgiram tinham como finalidade **LIMITAR OS PODERES DO SOBERANO**. Ele próprio fazia a constituição, auto limitando o seu poder atendendo às pressões populares. São as Constituições **OUTORGADAS** (impostas pelo Governante).

Depois surgiram as Constituições **PACTUADAS**.

Depois, surgiram as Constituições **DEMOCRÁTICAS** ou **POPULARES**, que são as atuais. As **DEMOCRÁTICAS** também são chamadas de **PROMULGADAS** ou **VOTADAS**.

A Constituição Outorgada ou Imposta é aquela criada apenas pelo Governante, mesmo sem ser o titular do Poder Constituinte, sem qualquer participação do Povo. Quando ela é submetida a Plebiscito ou Referendo, ela é chamada de **CONSTITUIÇÃO CESARISTA** (que é quando o legislador tenta dar uma legitimidade à constituição).

A Constituição Cesarista é a constituição imposta submetida a plebiscito ou referendo.

Plebiscito é a consulta prévia antes da medida ser tomada. Referendo é a consulta posterior depois da medida ser tomada.

As Constituições Pactuadas são feitas entre o Príncipe ou o Rei ou o Governante (Monarquia) e a Assembléia. São sempre duas forças políticas rivais. Tem princípio monarca e princípio democrático.

As Constituições Democráticas são as Populares, são as Votadas, são as Promulgadas ou Dogmáticas. Características para a Constituição ser Democrática:

Quem é o titular do Poder Constituinte?

R: A Maioria do povo, ou melhor, Representantes do Povo. Que foi eleito para este fim específico. Não basta ser qualquer congresso ele tem que ser posto lá para este fim: elaborar uma constituição.

A Constituição Democrática é aquela feita por uma Assembléia Constituinte. Certo ou Errado? R: Certo. Ora, ela é composta por representantes do povo para elaborar um ato específico. Ex.: Constituição de 1891 (1ª da República), 1934, 1946 e 1988.

#### 2 – Quanto ao **MODO DE ELABORAÇÃO**:

Há duas espécies

{	CONSTITUIÇÕES DOGMÁTICAS
	CONSTITUIÇÕES HISTÓRICAS

Associe dogmática a dogma. A Constituição é fruto de valores existentes no momento em que ela foi criada. Ela surge de uma só vez, em um só momento. Ela é fruto das idéias dominantes daquele instante. Ex.: 05/10/88

A Constituição Histórica, diferentemente, ela surge lentamente através dos tempos. Ela é formada aos poucos. São as chamadas Constituições Costumeiras ou Consuetudinárias. Lãs vão se formando lentamente através do tempo.

Ex.: Constituição Inglesa. Ela tem documento escrito, mas seus princípios são seculares.

#### 3 – Quanto à **ESTABILIDADE** ou Quanto à **PLASTICIDADE**:

(Muito Importante!)

Existem 5 espécies: as imutáveis e as fixas não existem mais. São aquelas que não podem ser modificadas porque ela era fruto de uma obra divina, e se alteradas, os deuses ficariam bravos.

Ex.: Código de Hamurabi e as Leis das 12 Tábuas.

Hoje, nós temos as Constituições

{	Rígidas
	Semi Rígidas
	Flexíveis

**CONSTITUIÇÃO FLEXÍVEL** – elas vão analisar não a comparação entre constituições diferentes, mas, a alteração da Constituição e a alteração das leis. Quando a alteração da constituição é igual ao das leis, ela é flexível. É aquela que tem o mesmo processo de alteração da legislação ordinária. O Parlamento possui um poder Constituinte Permanente. Não tem a nossa divisão tipo Poder Derivado Reformador. Porque a Comissão Permanente deles cria a constituição e eles mesmos a reformam.

Ex.: Constituição Inglesa.

Mas, agora, a partir de 2000, existe um Parlamento Novo onde a Constituição se submete ao exame deles. Então, agora, existe uma hierarquia. Logo, ela não é mais flexível.

Toda Constituição flexível não tem hierarquia sobre as demais leis.

### CONSTITUIÇÃO SEMI RÍGIDA

Ex.: Constituição de 1824 (Constituição Imperial de D. Pedro). Ela tinha uma parte rígida e outra flexível. Ela tinha um dispositivo que dizia que só era rígida em algumas matérias (cláusulas pétreas) e as demais matérias cujo processo de alteração era igual ao das leis ordinárias.

### CONSTITUIÇÃO RÍGIDA

O que a caracteriza é o fato dela ter cláusula pétrea? R: NÃO!!!!

A cláusula pétrea não é essencial para caracterizar a rigidez da constituição. Ex.: CF/1824 – tinha CP e era semirígida.

O que caracteriza a constituição como rígida é quanto ao processo de ALTERAÇÃO + SOLENE, e mais complexo que o ordinário.

Tanto é isso que o Alexandre de Moraes fez uma distinção entre constituições rígidas e super rígidas. A super rígida é aquela constituição que além de ter processo de alteração solene, ela também possui cláusula pétrea.

Para a Corrente Minoritária = a Rigidez Sociológica quer dizer que ela tem poucas modificações. Ex.: Inglaterra (já a nossa constituição já tem 53 emendas).

Para a Corrente Majoritária = É a Rigidez no Sentido Jurídico, a constituição só é rígida se ela for escrita. Ela deve ser necessariamente escrita.

A nossa constituição é rígida.

Quórum de Aprovação de **Lei Ordinária** = Maioria Presente + 1 turno (art. 47 CF/88) Quórum de Aprovação de **Lei Complementar** = Maioria Absoluta + 1 turno (art. 69, CF/88) Quórum de Aprovação de **Emenda Constitucional** = 3/5 = 2 turnos

**Art. 47. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros.**

**Art. 69. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.** 4 – Quanto à **EXTENSÃO** da Constituição:

Ou seja, quanto ao tamanho da constituição. Ela pode ser classificada quanto ao seu tamanho em:

{ CLÁSSICA (ou SUCINTA ou SUMÁRIA ou BREVE) PROLIXA (ou ANALÍTICA ou REGULAMENTARES)

A CLÁSSICA é assim chamada porque as primeiras constituições que surgiram eram sucintas. Ex.: A Constituição Norte Americana (1857)

Ex.: A Constituição Francesa (1791)

Os assuntos clássicos dessas constituições eram: Os **Direitos Fundamentais**, a **Estrutura do Estado** (se ele é Unitário, Federal, ...) e a **Organização dos Poderes** (competências, limitações, ...) (**DEO**)

Elas eram sucintas porque só tratavam dessas matérias. Apenas as suas bases fundamentais, porque elas não eram regulamentadas totalmente lá. E eram tratadas na constituição para que essas matérias tivessem maior estabilidade.

As Constituições de hoje são prolixas como Reação aos Regimes Totalitários (Ditadura).

Ela é prolixa quando trata das matérias acima e mais outros assuntos, além disso, ela regulamenta as matérias esmiuçada mente.

#### 5 – Quanto à **IDENTIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS:**

É o critério quanto ao conteúdo.

Como uma norma constitucional é identificada?

- pelo seu conteúdo (MATERIAL)?
- OU pela forma como ela foi elaborada (FORMAL)?

A Constituição em Sentido MATERIAL, a constituição é identificada pela matéria, pelos assuntos que ela trata, pelo seu conteúdo.

Ex.: A Constituição Inglesa. – Como identificamos uma norma como Constituição Inglesa? Por causa do seu precedente material, pelo seu conteúdo, e não pela forma como foi elaborada.

A Constituição em Sentido FORMAL é aquela constituição rígida. É aquela feita por um processo + solene, + complexo que ao das leis ordinárias.

No Brasil, identificamos se a norma é constitucional ou não pela sua FORMA.

Qual a diferença entre

- 1 - Normas materialmente constitucionais e
- 2 - Normas formalmente constitucionais

1 – É uma norma que trata dessas matérias acima.

2 – É uma norma que apenas está dentro da constituição.

Ex.: Arts. 1º, 3º e 4º, CF/88. Esses artigos são 1 ou 2, ou são as duas coisas?

R: Quanto ao art. 1º, essa norma faz parte da estrutura do Estado Brasileiro, logo, são MATERIALMENTE CONSTITUCIONAIS. E são FORMALMENTE CONSTITUCIONAIS porque estão no corpo da constituição.

Quanto ao art. 3º, são metas a serem perseguidas. Elas são materialmente constitucionais? Ou seja, as normas relativas às finalidades do Estado são apenas formalmente constitucionais? Certo ou Errado?

R: Certo! São típicas de constituições dirigentes ou programáticas, como a nossa CF/88. Elas são apenas formalmente constitucionais.

**Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;**

**II - garantir o desenvolvimento nacional;**

**III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;**

**IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.**

O art. 242, CF/88, que fala do Colégio Pedro II, é um norma formalmente constitucional. Se ela for retirada do corpo da CF/88, cabe Controle de Constitucionalidade?

R: Sim! Porque o que interessa aqui é a forma como essa lei foi feita e colocada na CF/88.

**Art. 242. O princípio do art. 206, IV, não se aplica às instituições educacionais oficiais criadas por lei estadual ou municipal e existentes na data da promulgação desta Constituição, que não sejam total ou preponderantemente mantidas com recursos públicos.**

**§ 1º - O ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro.**

**§ 2º - O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal.**

Quanto ao art. 4º da CF/88 – é uma norma formalmente constitucional.

**Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:**

**I - independência nacional;**

**II - prevalência dos direitos humanos;**

**III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção;**

**V - igualdade entre os Estados;**

VI - defesa da paz;

VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político.

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

#### 5 – Quanto à **FUNÇÃO** ou **ESTRUTURA DA CONSTITUIÇÃO**:

Esse critério foi elaborado por Canotilho, que cuidou de estudar as constituições modernas. Ele chamava de Constituição Dirigente (hoje, ele só chama de Programática).

As constituições clássicas quando elas surgiram tinham como finalidade proteger as liberdades públicas em face do Estado. Elas só cuidam dessa liberdade do indivíduo, não fica cuidando de outras matérias. Mas, cuidam dos Princípios Materiais Estruturantes.

Esses princípios estão dentro da CF/88 e estruturam o Estado e a Relação entre os Poderes.

Ex.: Art. 1º - O Princípio Federativo, Princípio Republicano, Princípio do Estado Democrático do Direito – são princípios materiais estruturantes. – São as constituições clássicas sucintas.

#### Dos Princípios Fundamentais

**Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania; II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

**Parágrafo único.** Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Mas, depois do Regime Militar e do Regime Ditador da Europa, as Constituições Dirigentes passaram a ter normas PROGRAMÁTICAS, que é o que caracteriza uma Constituição Dirigente.

Hoje, muitos autores não gostam mais de usar essa expressão “programática”, porque é aquela norma que traz um conselho mas que não é obrigatório, é só um conselho. Eles preferem os termos “NORMA-TAREFA” ou “NORMAS-FIM”, que são a mesma coisa que NORMAS PROGRAMÁTICAS, porém, com obrigatoriedade e não como conselho.

O Canotilho então fez uma reforma em sua obra e deixou de adotar o termo “norma dirigente”, que dirigia o legislador. Deixou de ser dirigente ou dirigista para ser DIRETIVA, que continua apontando caminhos, mas sem ser tão firme como antes.

A norma programática impõe uma obrigação de resultado, de um fim a ser alcançado, e não um meio, visto que este cabe a outros entes, e não à constituição. E se ela dissesse COMO ela deve atuar, aí sim seria obrigação de meio.

A constituição programática ou dirigente é aquela que atribui aos Poderes Dirigente a função de dirigir os rumos do Estado?

R: Errado! Porque é ele quem dirige os rumos do Estado.

#### CLASSIFICAÇÃO DA CF/88 com base nos critérios acima:

A CF/88 é **ESCRITA**, quanto à forma. A sua base é escrita, mas nós temos normas não escritas na nossa CF/88. Ex.: art. 5º, §2º, CF/88 (“outros”)

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem **outros** decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Ex.: O Voto de Liderança (advém de um costume) – ele acontece em questões onde não há discussão ou conflito. (costume é exemplo de norma não escrita)

A CF/88 é **SISTEMÁTICA**. Ela é codificada ou não codificada? Ex.: Na época da 2ª Guerra, a constituição da Alemanha.

No Brasil, ela é **CODIFICADA** ou **ORGÂNICA** ou **CONTEXTUAL**. Ou seja, um só texto. Única, de forma sistemática, organizada.

A CF/88 é **DEMOCRÁTICA**, quanto à origem. Mesmo que nem todos da Assembléia Constituinte estivessem lá porque haviam sido eleitos sem ser para esse fim específico. Apesar disso, ela é democrática.

A CF/88 é **DOGMÁTICA** quanto ao modo de elaboração.

A CF/88 é **RÍGIDA** ou **SUPER RÍGIDA** (SENDO ESTA ÚLTIMA UMA CLASSIFICAÇÃO DO ALEXANDRE MORAES).

A CF/88 é **PROLIXA** (Quanto à expansão)- tem 250 artigos.

A CF/88 é **IDENTIFICADA PELO SEU SENTIDO FORMAL**, quanto à identificação das normas constitucionais.

Quanto a sua função ou estrutura, ela é **DIRIGENTE** ou **PROGRAMÁTICA**. Ex.: A Constituição Mexicana e a CF/88.

Quanto à (?), a CF/88 é **ECLÉTICA**.

A CF/88 também é **COMPROMISSÓRIA**, ela é fruto de vários compromissos e colocados na Constituição. Gilmar Mendes já citou em um dos seus julgamentos que a Constituição é **SUAVE** ou **DÓTIL**. Essa expressão “dótil” foi criada por Gustavo Zagrebelsky, que em espanhol é **DUCTIL = C.MITE**

Na verdade, a teoria quer dizer que a constituição deve ser mais um centro a ser atingido do que um centro de onde se parte. Ele diz que o Direito Constitucional deve ser o responsável por fornecer os materiais de construção. Cabe à Constituição estabelecer a plataforma de partida para a construção do edifício concreto, cuja obra será realizada pela Política Constitucional.

Ou seja, a CF não constrói o edifício. Ela fornece o material de obra para que O LEGISLADOR faça o prédio. Ela não quer construir o prédio todo, por isso ela não é considerada constituição total.

### **SUPREMACIA CONSTITUCIONAL:**

A idéia de supremacia da Constituição surgiu no fim do século XVIII, com as Revoluções Liberais.

Até ao final do século XVIII, todas as constituições eram costumeiras. Só depois das Revoluções elas passaram a ser escritas e adquiriram a Supremacia.

Quem criou essas Revoluções foi a Burguesia, que queria que a sua **LIBERDADE** fosse respeitada pelos poderes do Estado, limitando-os. Para limitá-los, era preciso criar um poder acima deles, ou seja, um Poder Constituinte, que reside na Soberania do Povo. Daí, surgiu a idéia de Poder Constituinte. Assim, se o Poder Constituinte é **ORIGINÁRIO** e **SUPREMO**, a ordem oriunda dele (a Constituição) também será originária e suprema.

Existem 2 espécies de **SUPREMACIA** pela doutrina:

- 1- { **SUPREMACIA MATERIAL** ou
- 2- { **SUPREMACIA FORMAL**

1 – A **Supremacia Material** está relacionado à matéria, ao conteúdo, aos fundamentos. Trata-se de uma supremacia de conteúdo. Toda constituição tem supremacia de conteúdo, porque os fundamentos do estado devem estar presentes nela. Mas, essa supremacia material não tem relevância no mundo do Direito. O que importa é a supremacia formal da constituição.

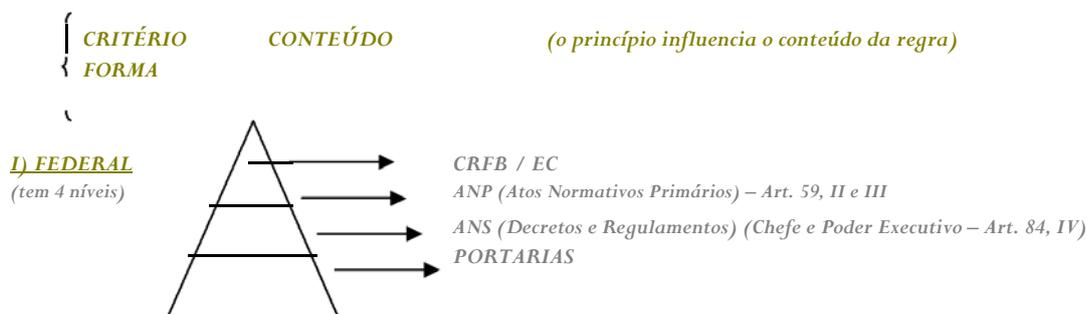
2 – Ela decorre de quê? Para a constituição se caracterizar como **Supremacia Formal**, ela deve ser rígida (que tem forma mais solene de elaboração). Toda constituição rígida deve ser escrita. Sendo a supremacia formal, o controle da constituição vai incidir tanto sobre o conteúdo da forma quanto ao seu conteúdo material.

Com base nisso, segundo Kelsen, quando um ordenamento é encabeçado por normas rígidas, acaba havendo uma hierarquia de normas. E qual o critério para se classificar como superior? É norma superior aquela que determina o CONTEÚDO ou a FORMA.

Se a forma de elaboração da constituição está na CF/88, ela é NORMA SUPERIOR. E ainda assim, ela determina a FORMA e o CONTEÚDO das demais leis infraconstitucionais. Por isso ela é norma SUPERIOR.

2ª Aula – 17/08/07

### NORMA CONSTITUCIONAL (CONTEÚDO E FORMA)



ANP – Busca na CF os seus atos normativos primários. Quando um ato está diretamente ligado à CF, ele é considerado primário.  
Ex.: Artigo 59 da CF/88.

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição;

II - leis complementares;

III - leis ordinárias; IV - leis delegadas;

V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei Complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

A Emenda à CF, ela entra com qual localização? Em qual dos níveis?

R: Não existe qualquer hierarquia entre os dispositivos de uma Constituição (seja ela norma oriunda do Poder Originários ou do Poder Derivado, nem mesmo entre direitos fundamentais ou outros direitos, nem entre Princípio e Regras no Plano Jurídico – só há diferença no plano axiológico – assim como também não há hierarquia entre as Cláusulas Pétreas e os demais dispositivos da CF. Todos situam-se no mesmo nível. Esse é o entendimento majoritário.

Se o conteúdo da Emenda tem que respeitar algumas normas da CF, não seria ela inferior à CF?

R: Não. O que deve observar o processo previsto na CF não é a Emenda, e sim, a PEC (Proposta de Emenda Constitucional), cfe. o art. 60 da CF/88, parágrafo 4º. A Emenda é o resultado disso. As limitações que a CF impõe são destinadas à PROPOSTA, e não, à emenda.

#### DA EMENDA À CONSTITUIÇÃO:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

A emenda constitucional pode ser objeto de controle a qualquer tempo. E o que deve respeitar os limites da CF é a proposta, sob pena de estar eivada de inconstitucionalidade.

· Quais são os atos normativos primários?

R: ex.: Proposta de Emenda.

· Existe hierarquia entre Lei Complementar e Lei Ordinária?

R: Para se responder esta pergunta, é preciso saber primeiro quais são as suas semelhanças e diferenças.

· Quanto à iniciativa de lei como é, qual a diferença existente entre a LO e a LC?

R: No tocante à iniciativa (art. 61 da CF/88), os legitimados para a LC são os mesmos para a LO.

#### DAS LEIS:

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;

f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

§ 2º - A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Quanto ao quorum de votação (é só a votação, não quer dizer aprovação da lei) da LO e da LC, é o mesmo? R: Eles são idênticos. É a maioria absoluta (= maioria dos membros) - art. 47. Quorum de votação é o número

mínimo de parlamentares que tem que estar presentes para que a votação ocorra.

Art. 47. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros.

Quanto ao Quorum de Aprovação da LO e da LC, qual a diferença?

R: Para a LO, o Quorum de Aprovação é de Maioria Relativa (= maioria dos presentes = mais de 50% dos presentes).

Ex.: Presentes 400 deputados. Tem que votar a favor 201 deputados. Se forem 199, não tem votação. Art. 47 (que é a regra geral), que vale também para medida provisória, lei delegada, tratados internacionais. Sempre que a lei nada disser, é a esta regra que ela vai estar se referindo. Até mesmo as deliberações da Casa serão tomadas desta forma.

Já para a LC ser aprovada, o Quorum necessário é de Maioria Absoluta, previsto no Art. 69 da CF/88. Tanto o Quorum de Votação quanto o Quorum de Aprovação será o mesmo número. A lei nem mesmo fala, no art. 69, em Quorum de Votação.

**Art. 69. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.**

Quanto à matéria, qual a diferença entre a LO e a LC?

R: A LO cuida de matéria residual. Todas as matérias que não forem reservadas às outras espécies normativas, serão reservadas à LO. Já a LC tem uma matéria reservada pela CF/88.

· Quando uma matéria é reservada à LC, nenhum outro ato normativo poderá tratar do assunto.

· Lei Ordinária, em nenhuma hipótese, pode tratar de matéria de LC. Nem mesmo Tratado Internacional. Nem mesmo Medida Provisória pode tratar de matéria de LC. Com a EC 32/01, ficou patente que a MP não pode tratar de matéria de LC. Assim, como a Lei Delegada, no art. 68, também não pode.

**Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.**

**§ 1º - Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:**

**I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;**

**III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.**

**§ 2º - A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.**

**§ 3º - Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda.**

Agora que já vimos as diferenças entre a LO e a LC, vamos ver se há hierarquia entre a LO e a LC:

1. Critério da Posição Topográfica = O primeiro argumento é que a posição topográfica das normas estão nesta ordem: CF – LC – LO. Seria o “TERTIUM GENUS”. Esse argumento é fraco e foi derrubado.

2. Critério do Quorum de Aprovação = É o argumento mais forte que o anterior. E defende que a LC é superior à LO porque o seu processo de aprovação é mais dificultoso, por causa do Quorum de Aprovação. Mas, se fossemos considerar o Quorum de Aprovação como critério, a lei orgânica ficaria no topo da pirâmide, que precisa de três terços para ser aprovada.

3. Critério da Matéria = LC pode tratar de matéria de LO, mas a LO não pode tratar de matéria de LC. Este é o argumento do 3º critério. A princípio, está correto. De fato, a LC pode tratar de matéria de LO sem ser invalidada. Só que, isso não significa hierarquia. Ela pode tratar por uma questão de economia legislativa. O STF entende que a LC que trata de matéria de LO, ela é materialmente ordinária, ela só é formalmente complementar.

Sendo assim, uma LO pode revogar uma LC? R: Sim.

Quando a LC for materialmente LO.

Não confunda: A LO nunca pode tratar de matéria de LC. Mas, ela pode revogar uma LC quando esta tratar de matéria de LO.

Assim, NÃO HÁ HIERARQUIA ENTRE LC E LO. Portanto, se uma lei não define critério de forma ou conteúdo sobre outra matéria, não há hierarquia entre elas.

Defensores da hierarquia: Pontes de Miranda, Manoel Gonçalves Ferreira Filho...

Não há hierarquia: Celso Bastos e Michael Temer.

STF e STJ tratam a questão de modo diferente: segundo o STJ, há hierarquia, com uma ressalva: o STJ (nas duas Turmas) entende que ela existe, mas até hoje, só quanto ao Direito Tributário. Já o STF, analisando a mesma matéria, para ele não há hierarquia. O entendimento do STF é que tanto a LO e a LC cada uma tem seu campo de atuação distinto definidos pela CF/88.

Existe hierarquia entre uma Lei Federal, Lei Estadual e Lei Municipal?

R: Não existe hierarquia entre leis federais, estaduais e municipais. Ou seja, não é o simples fato de uma norma emanar da União que ela seja superior à norma estadual e a municipal. Não há hierarquia, porque são atos normativos primários, ou seja, todas emanam diretamente da CF/88.

Ex.: As competências da UF = arts. 21, 22 e 48 da CF/88. Ex.: As competências Municipais = art. 30 da CF/88.

Ex.: Já as competências dos Estados, não há uma reserva própria, porque os Estados possuem competência residual, como previsto no artigo 25, parágrafo 1º, da CF/88.

**Art. 21. Compete à União:**

**I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais; II - declarar a guerra e celebrar a paz;**

**III - assegurar a defesa nacional;**

**IV - permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente;**

**V - decretar o estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal; VI -**

**autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico; VII - emitir moeda;**

**VIII - administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada;**

**IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;**

**X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;**

**XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95;)**

**XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:**

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95;)

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

**XIII - organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios;**

**XIV - organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)**

**XV - organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional; XVI - exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão; XVII - conceder anistia;**

**XVIII - planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações;**

**XIX - instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso;**

**XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;**

**XXI - estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação;**

**XXII - executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)**

**XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:**

a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional;

b) sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006)

c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006)

d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006)

**XXIV - organizar, manter e executar a inspeção do trabalho;**

*XXV - estabelecer as áreas e as condições para o exercício da atividade de garimpagem, em forma associativa.*

*Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:*

*I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; II - desapropriação; III - requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra; IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;*

*V - serviço postal;*

*VI - sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais; VII - política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores; VIII - comércio exterior e interestadual;*

*IX - diretrizes da política nacional de transportes;*

*X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial; XI - trânsito e transporte;*

*XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia; XIII - nacionalidade, cidadania e naturalização;*

*XIV - populações indígenas;*

*XV - emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros;*

*XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;*

*XVII - organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes;*

*XVIII - sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais; XIX - sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular; XX - sistemas de consórcios e sorteios;*

*XXI - normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares;*

*XXII - competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais; XXIII - seguridade social;*

*XXIV - diretrizes e bases da educação nacional; XXV - registros públicos;*

*XXVI - atividades nucleares de qualquer natureza;*

*XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

*XXVIII - defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional; XXIX - propaganda comercial.*

*Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.*

*Art. 30. Compete aos Municípios:*

*I - legislar sobre assuntos de interesse local;*

*II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;*

*III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;*

*IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;*

*V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;*

*VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)*

*VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;*

*VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;*

*IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.*

*Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.*

*§ 1º - São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.*

§ 2º - Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 5, de 1995)

§ 3º - Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

A EC 45/04 corrigiu um erro que era previsto na CF/88, transferindo a competência do STJ para o STF, no art. 102, III, "d", no conflito entre uma lei federal e uma lei estadual. Porque se uma lei invade a competência de outra, ela é inconstitucional. Mas, não há hierarquia entre elas.

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

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

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

#### Repartição Vertical de Competência Legislativa (art. 24)

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

II - orçamento;

III - juntas comerciais;

IV - custas dos serviços forenses; V - produção e consumo;

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IX - educação, cultura, ensino e desporto;

X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas; XI - procedimentos em matéria processual;

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde; XIII - assistência jurídica e Defensoria pública;

XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência; XV - proteção à infância e à juventude;

XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos

Estados.

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

É a que cuida da competência legislativa concorrente, entre a União, os Estados e o DF.

Observe que os Municípios não foram mencionados aqui. Mas, pode o Município, tratar de matéria concorrente? R: Sim. No artigo 30, II, onde se diz que compete ao Município complementar a CF/88 naquilo que couber.

Voltando ao artigo 24, vemos que, quanto à repartição vertical, no parágrafo 1º, cabe à UF as NORMAS GERAIS. E no parágrafo 2º, cabem aos Estados as LEIS SUPLEMENTARES. Aqui, no art. 24, há uma hierarquia entre as normas estaduais e federais, quanto ao conteúdo, e não por causa dos seus entes políticos, porque uma de conteúdo geral e a outra tem conteúdo específico. E a Lei Municipal tem que obedecer tanto a lei estadual quanto a lei federal.

Assim, se uma lei municipal cuida de matéria da UF, ela pode ser objeto de ADI, porque ela cuida diretamente de uma ordem da CF/88. Já se fosse lei estadual, depende, pode caber ADI ou não, porque em alguns casos, ela possui hierarquia quanto ao conteúdo (onde uma tem conteúdo geral e a outra tem conteúdo específico).

Se a LC estabelece normas gerais, por exemplo, o CTN, pode a LO, que é norma específica, revogar a norma geral? R: Não, porque uma tem conteúdo geral e a outra tem conteúdo específico.

Tem que estudar bastante a hierarquia entre as normas para entender controle de constitucionalidade. E lembre-se, o que as distingue não é o ente que produziu a norma, muito menos a forma do seu nascimento. O que a define como superior ou não a outra norma, é se uma delas define o conteúdo e a forma da outra.

## II) TRATADOS INTERNACIONAIS:

Segundo o STF, todo TI tem status de LEI ORDINÁRIA. Não importa o seu conteúdo.

No entanto, com a CF/88, ganhou força a tese de alguns internacionalistas (Ex.: Flávia Piovesan), que defendiam a Teoria Dualista, no entanto, os TI de Direitos Humanos seriam incorporados imediatamente e eles teriam status de norma constitucional. Esta tese surgiu com a questão do Pacto de San José de Costa Rica, quanto à prisão civil por dívida. O Pacto só prevê 1 prisão civil: aquela oriunda de Alimentos. Já o nosso ordenamento civil prevê 2 prisões civis: a por dívida alimentar e a do depositário infiel.

Assim, qual dos ordenamentos prevalece? O Dir. Civil ou o TI? Flávia Piovesan vislumbra que o TI, cuidando de Direitos Humanos, deveria prevalecer. Mas, o STF nunca se rendeu.

Em razão do art. 5º, p. 2º, "a", CF/88, (§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte) a nossa constituição adota a Teoria Material dos Direitos Fundamentais, ou seja, eles são identificados não pela forma como eles foram consagrados, e sim quanto ao seu conteúdo. Os direitos fundamentais estão consagrados no direito interno da CF e os direitos humanos estão consagrados no plano internacional, ou seja, nos TI ou nas Convenções Internacionais. E se eles tratam do mesmo assunto?

Bom, a EC 45/04 veio para resolver esta questão:

Inseriu ao art. 5º, o p. (§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais), dizendo que se for um TIDH, aprovado (por 3/5 em 2 turnos) com o mesmo de processo de aprovação das emendas, ele serão equivalentes às emendas da constituição.

Parecia que a coisa ia se resolver. Ocorre que o RE 466343/SP, o Min. Gilmar Mendes passou a defender uma hierarquia SUPRALEGAL dos Direitos Humanos. Segundo ele, os TIDH devem seguir as tendências internacionais, ou seja, não seriam tratados como LO, seriam mais que isso, estariam acima das leis, porém, abaixo da CF/88. Por enquanto, a votação está em 7 x 0. Mas, como a votação ainda não terminou, e é possível que ele ainda mude, a tendência é que este entendimento seja mantido.

O HC 90751 de SC, do Gilmar Mendes, está no site do FLG e explica melhor que o RE acima. Assim, se este entendimento do Gilmar Mendes prevalecer, os TIDH teriam uma tripla hierarquia.

Primeiro: Eles ficariam ao lado da CF e das normas originárias e derivadas, desde que aprovado por 3/5 em 2 turnos.

Segundo: TIDH, cfe. o art. 47. (SUPRALEGAL)

Terceiro: Viviam como ANP, e os Tratados Internacionais Comuns, ao lado das LO, com status de LO.

Os TIDH, todos eles foram tratados com status de LC ou constitucionais?

R: Se ele é anterior à EC 45, ele continua tendo status de LO, e não de emenda à CF/88. Não haveria uma recepção de forma automática, porque a CF88 não afirma que todos os TIDH devem ser tratados como emenda. O que ela diz é "Se eles forem aprovados por 3/5 e em 2 turnos, serão equivalentes às emendas". Portanto, não há recepção automática.

O Pacto de São José de Costa Rica, então, que veio antes da EC 45, poderia ser submetido a nova aprovação para mudar de status (status de emenda à constituição)? Sim, a doutrina defende que sim. Mas, na lei, não há qualquer previsão.

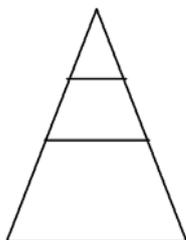
O TIDH pode alterar uma cláusula pétrea?

R: Em regra, não. Mas, ele pode ampliar a proteção da cláusula pétrea. Suprimir, nunca! Mas, tanto a doutrina quanto a jurisprudência não cuidam disso ainda.

Se um TIDH consagra um direito individual, este direito pode se tornar cláusula pétrea?

R: Segundo o Professor, esse direito se transforma sim em cláusula pétrea, por causa do art. 60, p. 4º, IV. Porque se o TIDH consagra um direito individual, e a CF/88 diz, neste artigo, que direito individual é cláusula pétrea, ou seja, não pode ser modificado e nem suprimido por emenda, esse direito individual se tornaria cláusula pétrea sim.

## ESTADUAL



Todos os Estados têm sua Constituição Estadual, e ela se situa no topo da pirâmide. Abaixo dela, surgem as ANP, que podem ser as Leis Estaduais (Decretos e Regulamentos do Governador) e as Leis Municipais (D. e R. dos Prefeitos).

Os conteúdos das leis estaduais e municipais devem obedecer, quanto ao conteúdo, o que manda a CF/88, segundo o artigo 125, p. 2º.

### DOS TRIBUNAIS E JUÍZES DOS ESTADOS

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Quando essas leis violarem o que manda o art. 125, p.2º, deve o TJ exercer controle concentrado sobre essas leis. O TJ é o guardião das leis estaduais.

Existe hierarquia ente LE x LOM?

R: Não há hierarquia. Alexandre de Moraes defende que não há porque não existe hierarquia entre os Estados e Municípios, porque ambos os entes políticos dotados de autonomia.

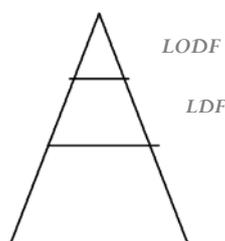
R: O professor entende que há hierarquia sim. Porque uma norma é superior a outra quando uma delas define o conteúdo e a forma da outra. Não é o caso da lei estadual, mas a CF impõe à LOM os seus princípios sejam simétricos à CE. Assim, a CF manda que a CE defina o conteúdo da LOM.

### MUNICIPAL



A LOM se situa no topo da pirâmide. E abaixo, vêm as Leis Municipais (C e O), e abaixo, os Decretos e Regulamentos do Prefeito. Aqui não cabe controle de constitucionalidade, mas cabe controle de legalidade. Até porque não há Tribunal para resolver isso no âmbito municipal. Mas, pode o juiz singular resolver conflito entre lei municipal e LOM.

### DISTRITO FEDERAL



O DF tem Lei Orgânica, artigo 32 da CF/88. Ela tem conteúdo híbrido, de CE e de LOM. Cabe controle de constitucionalidade de LDF x LODF?

R: Em regra, não. Somente se a LODF for materialmente LDF. Isso advém do art. 30, p.5º, da Lei 9868/99.

### DO DISTRITO FEDERAL

Art. 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º - Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios.

§ 2º - A eleição do Governador e do Vice-Governador, observadas as regras do art. 77, e dos Deputados Distritais coincidirá com a dos Governadores e Deputados Estaduais, para mandato de igual duração.

§ 3º - Aos Deputados Distritais e à Câmara Legislativa aplica-se o disposto no art. 27.

§ 4º - Lei federal disporá sobre a utilização, pelo Governo do Distrito Federal, das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar.

### PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO:

O PC é responsável pela elaboração das normas da CF/88. Onde se situa o PC na pirâmide? R: Ora, se a pirâmide é construída a partir dela, o PCO está fora dela, porque está acima dela.

Obs.: O Poder Originário é o poder constituinte, porque o derivado não é constituinte, logo ele será chamado só de poder derivado.

### LEGITIMIDADE DO PCO:

O PCO ou é legítimo ou não. Jamais se diz que ele é inconstitucional. Para verificar a legitimidade do PCO é preciso verificar o seu EXERCÍCIO e a sua TITULARIDADE.

Quem é o titular do PCO?

R: Tem 2 respostas. Na prova discursiva, diga que é DEMOCRÁTICA, e na prova de marcar, é AUTOCRÁTICA. É Autocrática quando se refere a uma minoria que detém o poder, seja uma minoria racial, ou militar,... Ex.: Ruanda. Mas, a resposta mais aceita é a DEMOCRÁTICA que defende que a titularidade é o POVO ou a NAÇÃO. (Povo é melhor que nação)

O PCO reside na soberania popular. Mas, nem sempre o seu titular é quem vai exercê-lo. Quando a Constituição é feita por representantes do povo eleitos para esse fim específico, é porque o exercício correspondeu à titularidade. Essa constituição se caracteriza como POPULAR, PROMULGADA, DEMOCRÁTICA. Isso quer dizer, se o exercício corresponde à titularidade, quer dizer que houve Direito Legítimo. A titularidade sempre será do povo, o exercício é que poderá ser usurpado.

### Qual a NATUREZA do PCO?

É a essência. É o lugar que o instituto ocupa dentro do ordenamento jurídico, é a essência jurídica do instituto. Não se fala aqui em natureza jurídica, porque o PCO não se situa no ordenamento jurídico, ele está acima da CF, antes dela.

O PCO tem natureza de fato ou de direito?

R: Depende da sua concepção: Se você for Jus Naturalista (já ultrapassada), o Direito Natural está acima do Direito Positivo (Poder de Direito). Mas, a resposta mais aceita é a Concepção Positivista, onde o Poder de Fato ou Poder Político está acima do Direito Positivo.

### CARACTERÍSTICAS DO POC:

Segundo GEORGES BORDEAU, o PCO tem 3 características:

1. Poder Inicial = porque é a partir do Poder Constituinte que se inicia todo o ordenamento jurídico.
2. Poder Autônomo = ou seja, cabe a esse POC escolher a "Idéia de Direito" a ser colocada dentro da Constituição.
3. Poder Incondicionado = tanto no aspecto formal quanto no aspecto material. Não existe uma forma pré-determinada de aprovação das normas da constituição. Cabe à Assembléia Constituinte estabelecer no momento em que elabora a constituição. Quanto ao conteúdo, segundo a concepção positivista, a constituição não está presa a nenhuma limitação. No entanto, ele estaria condicionado aos valores e princípios daquele povo. Há quem diga que a constituição, ao nascer, estaria limitado ao direito internacional, mas o STF discorda disso.

**Georges Burdeau atribui ao Poder Constituinte originário a potência de construir a Constituição, independentemente do momento histórico; Poder Constituinte instituído, por seu turno, é aquele insito na Constituição através do qual é possível proceder à revisão constitucional.**

Segundo JOSEPH SIEYÈS (OU Abade Sieyès), o POC tem as seguintes características: (não pode se esquecer deste nome!!!)

1. Poder Permanente = porque depois que ele faz a constituição, e cumpre o seu exercício, ele não se esgota. Ele fica latente, a espera.
2. Poder Inalienável = porque a sua titularidade não pode ser transferida.
3. Poder Incondicionado = Como ele é Jus Naturalista, ele acrescenta dizendo que o POC é um Poder Incondicionado pelo Poder

Natural.



**A doutrina do Poder Constituinte: Emmanuel Joseph Sieyès**

A doutrina do Poder Constituinte surge no século XVIII associada à idéia de Constituição escrita, a partir do pensamento do francês Emmanuel Joseph Sieyès, tendo a obra “Qu’ est-ce que le tiers État?” lançado as bases da doutrina. O livro de Sieyès é um manifesto com as reivindicações do Terceiro Estado (o povo). O tema é desenvolvido através de perguntas. A primeira delas é “o que tem sido o Terceiro Estado?” Responde o autor: “nada”, uma vez que o Terceiro Estado não tinha privilégios e, na estrutura jurídica francesa da época pré-revolucionária, não ter privilégios naquela sociedade era ser “nada”. “O que é?”: “tudo”, já que o terceiro Estado desenvolvia todas as tarefas necessárias à comunidade (o comércio, a indústria, a agricultura, os serviços), ele era uma comunidade perfeita, existindo sem depender do clero ou da nobreza (Primeiro e Segundo Estados, respectivamente). A terceira indagação é: “o que pretende ser?”: “alguma coisa” e, neste ponto, Sieyès apresenta as reivindicações do povo quanto a estrutura política e social, defendendo a supremacia da nação sobre os governantes. O poder pertence à nação, mas ela pode decidir a quem atribuir o Poder Constituinte e exercê-lo como seu delegatário. A tese de Sieyès parte da premissa de que todo Estado tem uma Constituição escrita e ela é fruto de um Poder Constituinte anterior, cuja obra é o documento constitucional. A Constituição é a fonte dos Poderes do Estado e a eles é superior. A Carta Magna estabelece os poderes do Estado (constituídos), os quais não podem jamais extrapolar seus limites, haja vista que o Poder Constituinte é um poder supremo, soberano “poder criador de poder (es).”

#### CLASSIFICAÇÕES DO POC:

São classificações que limitam o poder reformador em âmbito material.

Porque a CF/88 tem legitimidade para prevalecer sobre a soberania popular, a vontade da maioria?

Existem aqui, nas classificações, 2 bases:

- { DICOTÔMICA (defende a existência de 2 poderes: o PCO e o Poder Derivado)
- { TRICOTÔMICA (defende a existência de 3 poderes: o PCO, o Poder Derivado e um terceiro poder que fica entre os dois já citados).

**Quem nasceu para a malandragem, não nasceu para ser Doutor!!!** Estude a aula dada, em no máximo 24/48 hs após ela ter sido dada.. Leia a matéria do dia, não acumule!

Não leia o livro todo, leia o que mais cai na prova! Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais!

---

#### 3ª Aula – 27/08/07

Continuação de Poder Constituinte...

**Classificação Dicotômica: inclui o Poder Constituinte Originário e o Poder Constituído (é o constituído pela constituição para alterar o conteúdo desta constituição).**

Classificação Tricotômica do Poder Constituinte: porque ao invés de 2 poderes, haveria na verdade 3 poderes:

1. O Poder Constituinte Originário;
2. O Poder Derivado Reformador e
3. O Poder Constituinte Misto ou Intermediário ou Pontual

2. O Poder Derivado Reformador (aquele que vai alterar o conteúdo da constituição, e está submetido às limitações materiais impostas pelo Poder Constituinte Originário)

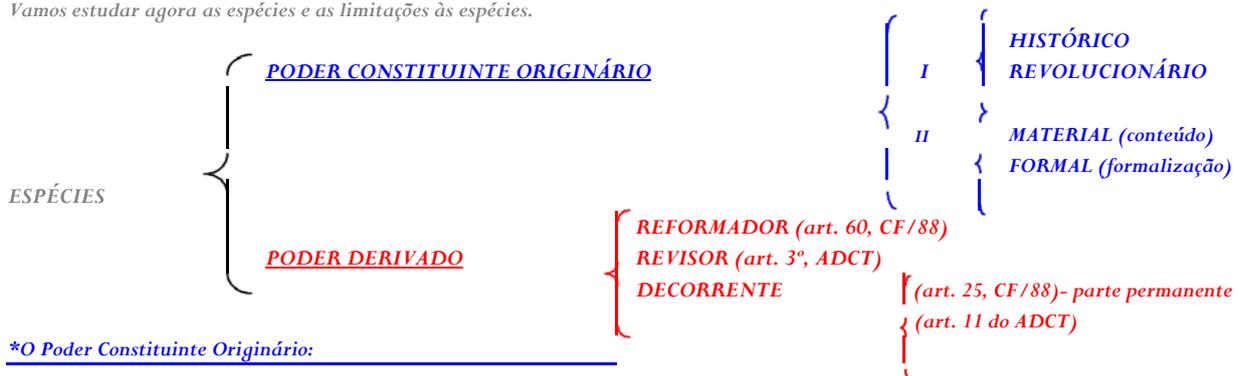
3. O Poder Constituinte Misto ou Intermediário ou Pontual, quer dizer que ambos, 1 e 2 irão alterar o conteúdo da Constituição. Só que este, poderia alterar legitimamente as limitações materiais impostas pelo Poder Constituinte Originário. Este 3º poder é defendido por uma minoria da doutrina. Este Poder Constitucional Misto poderia legitimamente alterar as limitações materiais (as cláusulas pétreas, por exemplo, se atendesse 3/5 e 2 turnos, através de plebiscito ou referendo).

**MAS ESSA CLASSIFICAÇÃO NÃO FOI ACEITA PELA GRANDE MAIORIA DA DOUTRINA NO BRASIL E NEM PELA CF/88.**

## ESPÉCIES DE PODER CONSTITUINTE BASEADOS NA CLASSIFICAÇÃO DICOTÔMICA:

Cai bastante na prova!

Vamos estudar agora as espécies e as limitações às espécies.



### \*O Poder Constituinte Originário:

( I ) – Ambos vão fazer uma nova constituição. Mas, o histórico, vai fazer a 1ª constituição dentro de um Estado. Ex.: A Constituição Imperial de 1824, outorgada por D. Pedro.

Todas as demais são feitas pelo Poder Constituinte Originário Revolucionário. É aquele que, não faz a 1ª, mas uma nova constituição no Estado. Ex.: Todas as demais constituições: 1891, 1934, 1937, 1946, 1967/69, 1988.

Revolução é toda ruptura de um ordenamento jurídico anterior. Não é necessariamente uma ruptura violenta. Basta que seja feita uma nova constituição. Não precisa ser um golpe, ou uma guerra...

### ( II ) – Diferença entre PCO Material e o Formal:

Miguel Reali defendia que a constituição tinha 3 dimensões:

- a axiológica (valor),
- a normativa (norma – que é mais defendida pelos demais doutrinadores) e
- a fática (fato).

Na axiológica, os valores são: a liberdade, a igualdade, a dignidade, a moral,... e que quem vai escolher é o PCO Material.

Depois desse passo, consagra-se então este conteúdo em valores jurídicos, que é o 2º passo, pela norma. O PCO Formal, por tanto, vai formalizar o conteúdo escolhido no PCO Material. Portanto, o material sempre vem antes que o formal.

Numa constituição democrática, no PCO Formal, há uma Assembléia Constituinte, que serve para aprovar as normas desta constituição. Depois, a etapa final é a aplicação da norma ao caso concreto (Fato).

### \* O Poder Derivado:

É um poder secundário, limitado pela constituição e condicionado.

### Diferenças entre o Poder Reformador e o Poder Revisor:

**Reformador:** Reforma é a via ordinária de alteração da constituição. (Segundo Bonavides) Ex.: pequenos reparos no carro.

**Revisor:** Revisão é a via extraordinária. (Segundo Bonavides)

A Revisão já ocorreu uma vez na CF/88. Não pode haver novamente. A não ser que haja uma circunstância fática em que se preveja uma nova revisão através de emenda. Mas, para alterar a CF/88, o meio ordinário para se fazer isso é pelo Poder Reformador.

Ex.: É o check up total.

**O Poder Decorrente é aquele atribuído aos Estados Membros para criar as suas próprias constituições.**

### LIMITAÇÕES AO PODER DERIVADO DECORRENTE:

(cai muito em prova!)

É aquele atribuído aos Estados membros para elaborar as suas próprias constituições:

A classificação de José Afonso da Silva é a mais pedida em concurso. Ele divide o PDD em 3 princípios:

1. **Princípios Constitucionais Sensíveis**

{  
Mandatória (art. 37 ao 41)  
Expresas  
Vedatória (art. 19)

2. **Princípios Constitucionais Estabelecidos**

{  
Implícitas (arts. 21 e 22) – (Município, art. 30)

3. **Princípios Constitucionais Extensíveis**

{  
Decorrentes

1. Os **Princípios Constitucionais Sensíveis** estão no art. 34, VII da CF/88. Diz-se que uma vez violados, pode gerar a intervenção nesses Estados. Eles tratam da essência da organização do Estado Brasileiro. A regra é a não intervenção, mas excepcionalmente, pode a União intervir, nos casos do inciso VII, “a”, “b”, “c”, “d” e “e”. O Presidente da República é o único que pode decretar a intervenção federal, desde que se respeite um pressuposto, que é a ADI INTERVENTIVA. Então, ele não pode decretar diretamente. (art. 36, III da CF/88). Ou seja, 1º o PGR (o único legitimado a este tipo de controle concentrado) tem que intentar a ADI para o STF (somente o STF).

“A decretação da intervenção dependerá”...ou seja, a ADI (apreciada pelo STF) é um pressuposto para ocorrer a decretação do Presidente. Essa é a 1ª limitação ao poder derivado dos Estados.

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

- forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- direitos da pessoa humana;
- autonomia municipal;
- prestação de contas da administração pública, direta e indireta.
- aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Art. 36. A decretação da intervenção dependerá:

III - de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal.

2. Os **Princípios Constitucionais Estabelecidos** são subdivididos em LIMITAÇÕES Expressa Mandatória e Expressa Vedatória. E elas têm significados óbvios.

Já a **LIMITAÇÃO Implícita** é aquela limitação que não está colocada textualmente na CF, mas que pode ser deduzida de outros dispositivos.

Ex.: Se a norma comete ao Município, implicitamente, os Estados e a UF não podem.

**Limitações Decorrentes** são aquelas que defluem dos princípios consagrados pelo sistema constitucional. Ex.: Princípio Federativo. Daqui, defluem vários tratamentos igualitários entre os Entes Políticos.

3. Os **Princípios Constitucionais Extensíveis** são aquelas limitações impostas à União e que se estendem aos Estados. Por isso são extensíveis. Ela não existe mais, pela doutrina moderna. Só existe um dispositivo que sobrou: Art. 93, V da CF/88.

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

V - o subsídio dos **Ministros dos Tribunais Superiores** corresponderá a noventa e cinco por cento do subsídio mensal fixado para os **Ministros do Supremo Tribunal Federal** e os subsídios dos demais magistrados serão fixados em lei e escalonados, em nível federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a dez por cento ou inferior a cinco por cento, nem exceder a noventa e cinco por cento do subsídio mensal dos **Ministros dos Tribunais Superiores**, obedecido, em qualquer caso, o disposto nos arts. 37, XI, e 39, § 4º;

**LIMITAÇÕES AO PODER DERIVADO REFORMADOR:**

(cai bastante em prova!) Ver o art. 60 da CF/88.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

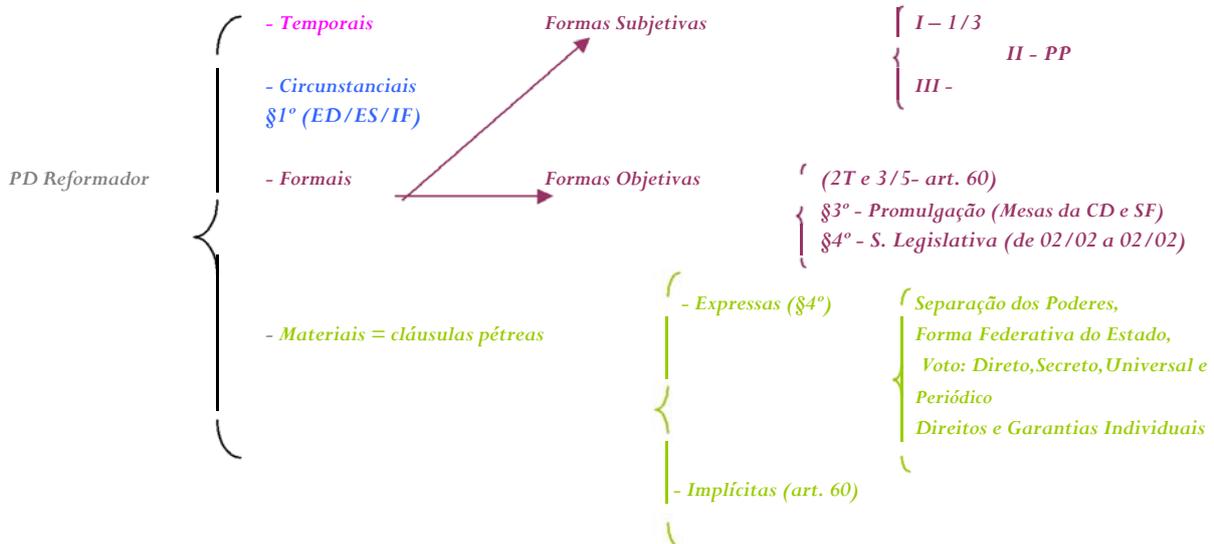
III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Existem, teoricamente, 4 limitações possíveis:

- 1) **TEMPORAIS**
- 2) **CIRCUNSTANCIAIS**
- 3) **FORMAIS ou PROCESSUAIS ou PROCEDIMENTAIS (ou Implícitas)**
- 4) **MATERIAIS**



1) TEMPORAIS = Essa limitação temporal quer dizer que durante um determinado período de tempo, a CF/88 não poderá ser alterada. Elas são geralmente colocadas nas primeiras constituições do Estado.

Ex.: A Constituição de 1824 tinha uma limitação temporal de 4 anos (carência) para que ela sofresse alguma alteração.

Na CF/88, em toda ela e inclusive no art. 60, não há previsão para limitação temporal para a CF/88. Portanto, a CF/88 poderia ter sido alterada no dia 06/10/88.

Já para o Poder Revisor, há uma limitação SIM! (essa é uma das diferenças entre o Poder Reformador e o Revisor). Ver art. 3º da ADCT. A Revisão da CF/88 só poderia ser feita após 5 anos de sua promulgação. tempo, não poderia haver Antes de revisão, mas reforma, poderia sim.

2) CIRCUNSTANCIAS = Essa limitação impede a alteração da Constituição em determinadas situações especiais. São situações graves para o Estado, quais sejam: Estado de Defesa, Estado de Sítio e Intervenção Federal. A intervenção federal basta ser em um Estado da federação. Nestas situações, a CF não poderá ser emendada. Ver art. 60, parágrafo 1º, CF/88.

OBS.: No art. 3º do ADCT: O STF entende que a Revisão possui as mesmas limitações circunstanciais e materiais que a reforma. Mas, JAS já entende que não, mas ele é isolado.

3) FORMAIS = Estas limitações estão ligadas ao procedimento, ou à forma, de alteração da constituição. Elas podem ser de 2 espécies: Formais Objetivas ou Formais Subjetivas.

As Limitações Formais Subjetivas estão relacionadas ao sujeito, ao órgão competente.

Para que uma emenda seja proposta, por exemplo, os legitimados para propor uma emenda são os mesmos que podem propor leis? Ora, como a nossa Constituição é rígida, alterar a constituição tem que ser mais difícil que alterar uma lei ordinária. Pela regra geral, basta ver o art. 61 da CF/88. Já o art. 60 é uma exceção à regra geral. Ou seja, se um deputado (1º legitimado) quiser propor uma emenda ele precisa de 1/3 no mínimo de cada uma das casas (CD e SF). O 2º legitimado, o Presidente da República (que só toma a iniciativa de propor emendas, porque ele não pode participar das outras fases da emenda. Ele só participa da proposta, só da iniciativa. O resto, ele não sanciona, não promulga e não publica). O 3º legitimado é a emenda proposta por mais de 50% das Assembleias Legislativas das Unidades da Federação, pela sua maioria relativa. Então, como temos 27 Estados (contando com o DF), temos que ter mais de 14 A.L. como mais de 50% dos presentes para a votação. Já para a aprovação desta emenda, o quorum é diferente: tem que ser mais de 50% da maioria absoluta.

**Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.**

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II - disponham sobre:

- a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;
- b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;
- c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;
- d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;
- e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;
- f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

§ 2º - A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

\* Possibilidade de Iniciativa Popular de Emenda:

Para haver proposta de lei (lei ordinária ou lei complementar – art. 61, p. 2º d CF/88), é preciso ter 1% do Eleitorado Nacional, dividido entre 5 Estados, onde o percentual mínimo deve ser de 3/10% dos eleitores de cada um desses 5 Estados.

Já para JAS, deve haver uma interpretação sistemática da CF/88, onde ele defende que embora não previsto na CF a iniciativa popular para a emenda, por analogia, o mesmo procedimento para a proposta da lei, se utilizaria o procedimento para a proposta de emenda à constituição. Então, por analogia “legis” (e não iuris), se aplicaria este procedimento à iniciativa popular de emenda.

Mas, este não é o entendimento majoritário da doutrina.

Inclusive, diz o STF que não cabe iniciativa popular de emenda à Constituição, porque o artigo 60 é uma norma excepcional, e por ser uma exceção à norma geral, normais excepcionais devem ser interpretadas restritivamente. Este é o entendimento que prevalece.

Numa prova objetiva, marque este último entendimento. E numa prova dissertativa, coloque as duas posições.

#### Limitações Formais Objetivas:

**Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:**

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Art. 60, parágrafo 2º, CF/88. Ele tem um processo de aprovação mais dificultoso.

Ex.: a proposta de emenda é discutida e aprovada em cada casa do Congresso Nacional, em 2 turnos e quorum de 3/5 (= 60%).

Já no parágrafo 3º, se prevê a promulgação, que é feita pelas mesas da Câmara E do Senado. Cuidado: Mesa do Congresso não é a mesma coisa que Mesa da Câmara e do Senado.

A Limitação Formal Objetiva, prevista no art. 60, parágrafo 5º, é aquela proposta de emenda rejeitada que não pode ser apreciada novamente na mesma seção legislativa.

Atenção: Sessão Legislativa e Legislatura são institutos diversos:

A Sessão Legislativa tem início em 02/02 a 17/07 e depois, de 01/08 a 22/12. A sessão tem recesso em julho. Do dia 02/02 ao 01/02 do ano seguinte, é uma sessão só. A sessão legislativa não começa no 01/01, ela começa no dia 02/02 de cada ano. Ver art. 57, CF/88.

Isto importa porque, para a medida provisória rejeitada numa sessão legislativa, ela não pode ser reapresentada novamente na mesma sessão legislativa, tal como ocorre com a emenda.

Digamos que ela tenha sido rejeitada numa sessão legislativa extraordinária, no dia 15/01/07. Ela pode ser reapresentada novamente na sessão legislativa de 2007?

R: Sim! Porque a sessão legislativa de 2007 se inicia mesmo no dia 02/02/07.

A Sessão Legislativa é anual e é dividida em 2 períodos semestrais, e cada um deles é chamado de períodos legislativos.

A Legislatura está no art. 44, p. único. Ela tem um período de 4 anos. É o mandato dos políticos. Dentro de uma legislatura, eu tenho 4 sessões legislativas (que é anual) e 8 períodos legislativos (que são semestrais). Portanto, dentro de uma legislatura, uma MP ou uma emenda pode ser reapresentada 4 vezes.

**Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da**

**Câmara dos**

**Deputados e do Senado Federal.**

**Parágrafo único. Cada legislatura terá a duração de quatro anos.**

Não confunda ano civil com legislatura ou sessão legislativa.

Obs.: Existe limitação para o número de reedições de Medida Provisória? (art. 62, § 10, CF/88)

R: Não! A única vedação prevista é a reedição da Medida Provisória dentro de uma mesma s. legislativa.

**Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.**

**§ 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.**

Já a prorrogação de uma MP é limitada! Ela só pode ocorrer 1 vez. E ela é automática, se em 60 dias ela não for promulgada.

Não confunda reedição com prorrogação!

Obs.: Projeto de Lei: Se um projeto de lei for rejeitado em uma mesma sessão legislativa, ele pode ser reapresentado?  
R: O art. 67 da CF/88 diz que sim, desde que esta reapresentação se dê pela maioria absoluta dos membros da Câmara ou do Senado.

**Art. 67. A matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional.**

O procedimento: Pois, o procedimento para a Revisão é mais fácil do que para a reforma, no art. 3º, do ADCT. A Sessão é unicameral.

Não há sessão unicameral para outros casos. Aqui, só existe uma Câmara. Todos os políticos aqui votam em uma só câmara. Art. 3º do ADCT. Isso é diferente de Sessão Conjunta, prevista no art. 66, parágrafo 4º, da CF/88. Na Unicameral, se reúnem os CD e SF (513 + 81) = 594 (+50% maioria) = 298

**Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.**

**Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.**

**§ 4º - O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto.**

Já na Sessão Conjunta, todos estão reunidos, mas os votos são computados separadamente. Câmara Deputados = 513 e Senado Federal = 81, aqui, eu preciso ter a maioria dos CD (257) e SF (41).

#### **4) LIMITAÇÕES MATERIAIS OU SUBSTANCIAIS:**

São aquelas matérias que não podem ser suprimidas, são as cláusulas pétreas, rígidas como uma pedra. O Professor falou aqui em Ulisses, na Odisséia e o Canto das Sereias. Além de Pedro Bêbado e Pedro Sóbrio. Jon Elster. Elas devem ser "Reserva de Justiça".

A Cláusula Pétreia não significa a intangibilidade literal do dispositivo, mas apenas a proteção ao seu núcleo essencial. (Sepúlveda Pertence)

Apesar disso, há uma única CP que é intangível: a Forma Federativa de Estado é considerada Princípio Intangível da Constituição.

A CP pode ser alterada, mas jamais suprimida, para não desconfigurar a constituição.

Cláusulas Pétreas Expressas: Art. 60, §4º da CF/88.

- Separação dos Poderes,
- Forma Federativa do Estado,
- Voto: Direto, Secreto, Universal e Periódico,
- além dos Direitos e Garantias Individuais (que é uma das espécies dos Direitos Fundamentais).

**Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:**

**§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado;**

**II - o voto direto, secreto, universal e periódico;**

**III - a separação dos Poderes;**

**IV - os direitos e garantias individuais.**

O Voto Obrigatório não é cláusula pétrea. Pode haver emenda mudando para voto facultativo.

O STF considerou o Princípio da Imunidade Tributária Recíproca é Cláusula Pétreia por ser uma decorrência da Forma Federativa de Estado.

*Direitos e Garantias Individuais: Segundo Carlos Veloso, todos os direitos e garantias fundamentais são cláusulas pétreas. Paulo Bonavides e I. Sarlet também ampliam esses direitos, defendendo que além dos direitos acima, os direitos sociais também seriam cláusulas pétreas. Porque a realização plena dos direitos individuais só é possível com a complementação dos direitos sociais.*

*O Min. Gilmar Ferreira Mendes já entende diferente. Ele defende que apenas os Direitos Individuais seriam cláusulas pétreas, porque apenas eles protegem a liberdade dos indivíduos.*

*Segundo Professor, são cláusulas pétreas os Dignidade da Pessoa Humana, que seria o mesmo que “Mínimo Existencial”, aqueles direitos mínimos para a dignidade da pessoa humana, envolvendo também os direitos acima.*

*Atenção! Segundo o STF os Direitos e Garantias Individuais não se restringem apenas ao artigo 5º da CF/88. Eles estão espalhados por todo o texto constitucional.*

*Ex.: O Art. 16 da CF/88, apesar de estar dentro do capítulo dos direitos políticos, ele é considerado uma cláusula pétrea, ele na verdade é uma Garantia Individual do Cidadão Eleitor.*

**Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.**

*Ex.: O Art. 150, III, “b” – Princípio da Anterioridade – ele não está no art. 5º, mas o STF o considerou como cláusula pétrea. E uma emenda não pode mitigá-la, porque ela é uma Garantia Individual do Cidadão Contribuinte.*

**Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:**

**III - cobrar tributos:**

**b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;**

*Ex.: O art. 228 da CF/88, segundo a doutrina, a maioridade penal é uma cláusula pétrea. Quer dizer que menoridade penal não pode ser reduzida?*

*R: Pode! O que não pode é haver a supressão da menoridade penal.*

**Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.**

### **Cláusulas Pétreas Implícitas:**

*Dupla Revisão: É quando se afasta uma limitação do Poder Reformador para alterar o conteúdo da constituição, tanto para alterar o conteúdo material quanto o formal. Só que esta dupla revisão é uma fraude ao Poder Constituinte Originário. A Dupla Revisão não pode e não é admitida no Brasil.*

*A Forma Republicana e o Sistema Presidencialista são cláusulas pétreas? Ou são limitações materiais expressas? R: Limitações Expressas não são. Mas, seriam Cláusulas Pétreas, segundo Ivo Dantas, com fundamento no art. 2º, ADCT. É o artigo que fala que no dia 07/09/1993 haverá um plebiscito para definir a forma e o sistema de governo. Porque, quando o legislador quis submeter essas formas a um plebiscito, foi porque ele queria que a escolha feita pela consulta popular se tornasse imutável.*

*O professor entende que é justamente o contrário. Não seriam cláusulas pétreas justamente porque eles foram submetidos a plebiscito.*

*Segundo a CESPE, para que eles fossem alterados, deveria haver submissão não só uma emenda, mas a um novo plebiscito, ou seja, com uma nova consulta popular. Essa alteração seria legítima.*

*O entendimento que predomina é este: A Forma Republicana e o Sistema Presidencialista podem ser alterados desde que haja nova emenda, com nova previsão de data para consulta popular.*

### **PODER CONSTITUINTE SUPRANACIONAL:**

*Ele é responsável pela elaboração da constituição supranacional. Essa constituição seria, por exemplo, a Constituição da Comunidade Européia. Quem vai elaborar essa constituição é o Poder Constituinte Supranacional.*

*Características:*

*Ele é pautado em 3 aspectos: 1. Titular:*

*Povo Cidadão Universal*

2. Soberania (teria uma visão remodelada)
3. Pluralidade de Ordenamentos Jurídicos (submissão a vários poderes jurídicos)

Como ficaria situada a constituição de cada Nação frente a esta constituição supraconstitucional?

R: Ainda não há definição. Há quem sustente que uma ficaria subordinada a outra. Outros defendem que aquela pirâmide da jurisdição deixaria de ser pirâmide para ser um trapézio.

Obs.: Pergunta no final da aula: é possível haver emenda que permita mais de uma reeleição. Se o Lula fizer a proposta, ele pode se beneficiar desta emenda. Mas, o professor entende que isso pode violar o princípio da alternância dos mandatos. O Prof. Taques defende que a reeleição não é cláusula pétrea, mas os princípios da forma republicana são cláusulas pétreas.

---

#### 4ª Aula – 17/09/07

### ELEMENTOS DO SISTEMA NORMATIVO CONSTITUCIONAL

Durante a história do direito constitucional, nós tínhamos como primeira corrente predominante o Jus Naturalismo. O Direito Natural veio para limitar os poderes absolutos do Estado.

Depois, passou a predominar o Jus Positivismo, que não se preocupava em limitar os poderes absolutos do Estado, mas sim em mostrar a importância do Direito como uma Ciência. Essa corrente era defendida por Hans Kelsen.

Após, surgiu o Pós Positivismo, que é a nova dogmática, ou Neo Positivismo. Ele surgiu quando se pensou em uma tentativa de SUPERAR o antagonismo entre o direito natural e o direito positivo. O pós positivismo não é o retorno ao jus naturalismo, muito menos um abandono da positividade do Direito. É somente uma tentativa de avançar sobre essas 2 dogmáticas, de ir além sobre aquilo que já foi conquistado. O pós positivismo está sendo pedido agora na prova da magistratura de SP.

### **CARACTERÍSTICAS DO PÓS POSITIVISMO:**

Paulo Bonavides destaca 2 características principais:

1. IMPORTÂNCIA DADA AOS VALORES CIVILIZATÓRIOS: seriam aqueles valores ligados aos Direitos Fundamentais. Onde o seu núcleo é a Dignidade da Pessoa Humana.
2. IMPORTÂNCIA DADA AOS PRINCÍPIOS. Eles não eram tratados como normas jurídicas. Eles eram tratados de formas diferentes. Princípio era visto como um conselho, algo que indicava uma direção, mas sem o caráter vinculatório ou obrigatório, tanto durante o jus naturalismo quanto no jus positivismo. Para o póspositivismo, a distinção deveria ser feita entre princípios e regras (ao invés de ser entre princípios e normas). Os 3 grandes expoentes desse novo alinhamento doutrinário são: John Rawls, Ronald Dworkin e Robert Alexy (do Pós Positivismo ou Neo Positivismo) O Dworkin até mesmo chegou a dizer que não tem sentido não considerar o princípio como uma norma jurídica dentro do ordenamento jurídico. Pois, sendo assim, o juiz não poderia aplicar um princípio a um determinado caso concreto, como se norma fosse, porque ele estaria atuando como Juízo de Exceção, além de estar atuando como se legislador fosse. Então, para que o juiz possa aplicar os princípios aos casos em concreto, é preciso que se reconheça que os princípios são normas. O juiz não pode criar um direito posterior ao fato, porque isso não é permitido no nosso ordenamento. Assim, o que se busca aqui é dar valor normativo aos princípios. Tanto a norma quanto os princípios teriam valor vinculatório.

### NEOCONSTITUCIONALISMO:

Ele é subdividido em 2 aspectos:

1. Aspecto Metodológico Formal
2. Aspecto Substancial

O constitucionalismo surgiu com as criações das primeiras constituições, no século XVIII, com a Constituição Americana (1787) e com a primeira constituição europeia, que é a Constituição Francesa (1791).

O 1º aspecto da Metodologia Formal era a NORMATIVIDADE.

O 2º aspecto ainda na Metodologia Formal é SUPERIORIDADE da Constituição. O 3º aspecto da Metodologia Formal é a CENTRALIDADE da Constituição.

Já no aspecto substancial se percebe também 2 características:

A 1ª característica do Aspecto Substancial era a CONSAGRAÇÃO cada vez maior dos VALORES E CONCEPÇÕES POLÍTICAS, a preocupação com os direitos fundamentais.

A 2ª característica do Aspecto Substancial é a dos CONFLITOS, sendo este aspecto aplicado tanto nos Conflitos em Abstrato quanto nos Conflito em Concreto.

### APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS e REGRAS:

1. AS REGRAS – possuem uma aplicação automática, impõe resultados. Devem ser aplicadas na medida exata de suas prescrições. As regras também são MANDADOS DE DEFINIÇÃO. Segundo Ronald Dworkin (principal defensor da importância do princípio como normas). As regras obedecem a lógica do tudo ou nada. Ele diz que “as regras obedecem às hipóteses previstas na lei”. Ou seja, no caso concreto, havendo a hipótese ocorrida na regra, você tem que aplicar aquela regra na medida exata das suas prescrições, nem mais e nem menos.

2. E quanto aos PRINCÍPIOS, como eles são aplicados? O Robert Alexy costuma dizer o seguinte: que os princípios são MANDADOS DE OTIMIZAÇÃO, ou seja, normas que ordenam que algo seja cumprido na maior medida possível, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas existentes. O que vai determinar essa aplicação na maior medida possível é a análise do caso concreto. Além dessas circunstâncias são as fáticas (que é o caso concreto) temos que considerar as circunstâncias jurídicas. Estas são delimitadas pelas demais normas envolvidas naquela situação.

### CRITÉRIOS DISTINTIVOS ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS:

(caiu na prova do TJMG - juiz)

1º) ABSTRATIVIDADE (ou “GENERALIDADE”) – o professor prefere o 1º termo, porque a abstratividade não se refere a um caso concreto e sim, a uma hipótese abstrata. Enquanto que a generalidade significa que a norma se dirige a todos que se encontrem naquela situação. Ex: A Lei 8112 – ela é feita para todos os servidores públicos, quem está de fora não é atingida por esta lei. Os princípios são considerados normas GENERALÍSSIMAS (no sentido de abstrativíssimas). Enquanto os princípios prevêm em seu pressuposto fático hipóteses heterogêneas, as regras prevêm hipóteses homogêneas. É que as hipóteses previstas nos princípios são mais abstratas que as das regras.

Ex.: matar alguém – é regra – a hipótese é clara.

Ex.: dignidade da pessoa humana – é princípio – há várias hipóteses aqui que podem se enquadrar neste princípio.

2º) GRAU DE DETERMINAÇÃO – é defendido por J. Esser – ele diz que enquanto as regras são aplicáveis diretamente, os princípios só podem ser aplicados de forma indireta. Assim, a regra é aplicada, segundo este critério, a um caso concreto. Já o princípio, para ser aplicado ao caso concreto, necessita de uma regra para se chegar ao caso concreto.

Ex.: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (princípio) – Proibido matar (regra) – caso concreto. As regras são mais determinantes que os princípios.

3º) DIMENSÃO (ROBERT ALEXY) – segundo Alexy, o que diferencia os princípios das regras são a sua dimensão. Enquanto princípio e regras possuem a dimensão da validade, apenas os princípios possuem a dimensão da IMPORTÂNCIA, PESO, ou VALOR. Este é o critério adotado no Brasil, hoje.

### CONFLITOS DE NORMAS:

SEGUNDO O CRITÉRIO DA DIMENSÃO (de Alexy), veremos como se resolve um conflito entre normas (segundo a Teoria do Ordenamento Jurídico – Norberto Bobbio).

1º CONFLITO ENTRE NORMAS: É A ANTINOMIA JURÍDICA PRÓPRIA – é o conflito de normas no campo da VALIDADE. Segundo Alexy, tanto os princípios quanto as regras possuem dimensão de validade. Logo, no campo da validade, eu posso ter um conflito entre 2 regras, ou 1 princípio e 1 regra. Ou ainda, um conflito entre princípios. O mais corriqueiro é a 1ª hipótese. Mas, há também conflito entre princípios. Quando há um conflito no campo da validade, uma das normas tem que ser excluída por ser considerada inválida. Quais são os critérios para se invalidar uma norma? Como se resolve essa antinomia? Ex.: entre uma regra prevista na Constituição Federal e outra prevista na Constituição Estadual, qual prevalece?

Há 3 critérios para se resolver esse conflito:

1. Pelo CRITÉRIO HIERÁRQUICO, que diz que a LEI SUPERIOR REVOGA A LEI INFERIOR (“lex superiori derogat inferiori”). Assim, a norma constitucional vai prevalecer.

2. E se eu tenho 2 regras com a mesma hierarquia, mas cada uma apontando para sentidos opostos? Eu me utilizo do CRITÉRIO CRONOLÓGICO OU TEMPORAL, que diz que LEI POSTERIOR REVOGA LEI ANTERIOR (“lex posterior derogat priori”) Art. 2º, §1º da LICC.

3. O último critério é o CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE (“lex generalis non derogat speciali”), onde, em regra, a LEI GERAL NÃO REVOGA A LEI ESPECIAL, a não ser que o legislador assim preveja. Art. 2º, §2º da LICC.

Todos esses conflitos que vimos até aqui são conflitos de 1º GRAU. E esses critérios aqui são aplicados para estes conflitos. Mas, Norberto Bobbio defende também que há conflitos de 2º GRAU, existentes entre CONFLITOS das seguintes espécies:

- o hierárquico x cronológico: **PREVALECE O CRITÉRIO HIERÁRQUICO**
- o cronológico x especialidade: **PREVALECE O CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE**
- o hierárquico x especialidade: **ESTE É POLÊMICO**, mas é o **HIERÁRQUICO**, via de regra.

Obs.: o critério cronológico é o mais fraco de todos.

O critério da especialidade e o da hierarquia são critérios muito fortes, então, gera polêmica para saber qual deles prevalece. Em regra, geralmente, prevalece o critério hierárquico sobre o da especialidade, porque uma lei específica, por exemplo, não pode revogar uma lei constitucional. Mas, excepcionalmente, teremos o critério especial sobre o critério hierárquico. (procurar um exemplo!!!)

**2º CONFLITO ENTRE NORMAS: ANTINOMIA JURÍDICA IMPRÓPRIA** - é um conflito que ocorre não no campo da validade, mas, na dimensão da **IMPORTÂNCIA, PESO OU VALOR**. E este conflito aqui só ocorre entre **PRINCÍPIOS**. Porque para Alexy, todos têm dimensão de validade, mas de importância, só os princípios os tem. (PxP)

Para se chegar a este critério de importância, significa que você já passou pelo 1º critério acima. O 1º critério se passa no campo abstrato. Já o 2º critério se passa no campo concreto. E neste campo concreto, temos a colisão. A Colisão é o conflito de normas em concreto. Nós temos 2 tipos de colisão: a autêntica e a imprópria.

**Colisão Autêntica** – é aquela que ocorre entre 2 direitos fundamentais, abstratamente co-existentes. Mas, que no caso concreto, podem colidir entre si.

Ex.: Colisão de um mesmo direito, mas, titularizado por pessoas distintas. Dois grupos de religiões diferentes, Mórmons e Católicos, discutindo sobre a retirada de um crucifixo da escola.

Ex.: Direito à privacidade x Direito à liberdade de Informação – se tratando de informação verdadeira, e não de boato, prevalece o Direito à Privacidade.

**Colisão Imprópria** é a colisão entre um direito fundamental e um bem da comunidade. O critério que se tem utilizado aqui é a **Ponderação**. A ponderação é uma técnica de decisão judicial a ser utilizada nos casos difíceis. Ela geralmente é usada ao lado da subsunção (aplicação da norma ao fato). A ponderação não se usa constantemente, mas só para os casos difíceis.

**Casos Difíceis** são aqueles casos onde se têm 2 possibilidades de se solucionar-los. Habermas Schlink faz uma crítica a essa ponderação aplicada aos casos difíceis, porque para ele o juiz fica com uma margem muito ampla de discricionariedade para julgar, gerando o **decisionismo** e o **subjetivismo** (porque a margem dele é tão ampla que ele pode acabar julgando segundo suas convicções pessoais, e o juiz não pode ser subjetivo em suas decisões, ele só pode ser imparcial).

A 1ª etapa da ponderação para se julgar esses casos difíceis é a **IDENTIFICAÇÃO DAS NORMAS (O SEU AGRUPAMENTO)**.

Ex.: Faz-se ou não um exame de DNA quando uma pessoa se recusa a se submeter ao exame? Porque, há 2 grupos de princípios em conflito aqui, quais sejam: o direito à privacidade, à integridade física x a moralidade administrativa da corporação da Polícia Federal e moralidade dos policiais individualmente. (Caso: Glória Trevi. Esta cantora mexicana foi presa no Brasil, e uma vez na Polícia Federal, ela engravidou e acusou os policiais de ter sido vítima de estupro dentro da prisão).

O 2º passo para se resolver esse conflito é a **ANÁLISE DO CASO CONCRETO, SUAS CIRCUNSTÂNCIAS E SUAS CONSEQUÊNCIAS** daquela decisão. Porque, abstratamente, não existe hierarquia entre as normas e os princípios constitucionais. Mas, em um caso concreto, eles podem se colidir. É aplicar o princípio na sua maior medida possível.

A 3ª e última etapa da ponderação: é o **PESO**, e se deve estabelecer a **RELAÇÃO DE PRECEDÊNCIA CONDICIONADA**. Essa precedência só ocorre em algumas condições. Ex.: no caso da privacidade x direito à informação, se tratava de uma informação que não era de interesse público. Porque se fosse, o direito à informação prevaleceria sobre o direito à privacidade.

Por isso se fala em precedência condicionada, porque um não substitui ao outro, apenas, naquela situação, prevaleceu aquele sobre o outro.

O Alexy diz ainda, segundo o **Princípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito**, que **quanto maior for a intervenção em um determinado direito, maiores hão de ser os motivos que justifiquem essa intervenção**. Ex.: a intervenção de uma revista satírica em um direito qualquer, como a honra e o nome, por exemplo, pode variar tanto, que o juiz pode achar que nem precisa haver indenização.

Ex.: a revista publicou uma manchete chamando o militar de assassino. O militar pediu uma indenização pela “brincadeira” e a Justiça Alemã entendeu que a revista não denegria a imagem deste militar, porque o conteúdo da manchete era notoriamente zombeteira.

Ex.: a mesma revista publicou uma manchete chamando um ex-soldado de “aleijado” (ao invés de deficiente físico). Desta vez, a revista foi condenada a pagar indenização porque a brincadeira efetivamente ofendeu a vítima.

**Segundo Alexy, o critério da ponderação não deve ser utilizado no conflito entre normas, mas somente entre princípios.** E esse é o entendimento de quase todos os doutrinadores. Mas, há quem defenda, que pode haver conflito entre regras. Seus defensores são: Ana Paula de Barcelos e Humberto Ávila, que entendem que a ponderação é uma técnica autônoma que pode ser utilizada também no caso de conflito (colisão) de regras (posição minoritária).

---

### **HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL:**

É um tema que pode ser o diferencial em sua prova.

TRF – Juiz Federal – hermenêutica é sinônimo de interpretação? R: Não.

**Conceito Clássico de Interpretação = interpretar é revelar o sentido e fixar o alcance da norma.**

Esta é a classificação clássica de Maria Helena Diniz.

**Conceito de Hermenêutica = é a ciência que fornece os elementos para a interpretação. Ou seja, de que forma eu vou revelar os sentidos e fixar o alcance da norma? É através da hermenêutica.**

### **A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E OS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO:**

Tem caído muito na prova, principalmente nas 2as e 3as fases. As primeiras constituições escritas (americana de 1787 e a francesa de 1791) que surgiram no século XVIII, tinham como método de interpretação o mesmo método utilizado para a interpretação das leis no Direito Civil (método gramatical, teleológico, sistemático, ...) e somente no século XX, em 1950, na Alemanha, criaram outros métodos de interpretação. O **1º motivo** que levou a essa independência foi a

**SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO**. O **2º aspecto** é que a **Constituição é basicamente composta de PRINCÍPIOS**

(muito mais princípios do que de regras, como as demais leis infraconstitucionais). Lembre-se que esses métodos específicos de interpretação são aplicados para os DIREITOS FUNDAMENTAIS, porque ele são expressos em sua maioria por princípios. Enquanto os demais dispositivos da constituição não precisam desse rigor metodológico. **O 3º motivo é a VARIEDADE DE OBJETO** existente na Constituição, porque ela tem uma riqueza tão grande de princípios que ela precisa de um método de interpretação que as integrem, que as tornem lógicas e mais fáceis de serem interpretadas. **O 4º motivo é a EFICÁCIA** (plena, contida e limitada). **O 5º motivo é a existência dos “FATOS POLÍTICOS” da Constituição**, que segundo Canotilho, são difíceis de se enquadrarem no Direito, logo é preciso que haja um método de interpretação que os tornem submetidos ao Direito. E o **6º método é a PRÉ – COMPREENSÃO (IDEOLOGIA)**, de cada indivíduo sobre as normas constitucionais. Assim, procurando que a Constituição tenha uma interpretação só, e não individual, esse é um dos motivos que se vislumbrou a criação de um método especial só para interpretar a Constituição.

### **1) MÉTODO HERMENÊUTICO CLÁSSICO ou MÉTODO JURÍDICO (defendido por E. Forsthoff):**

Segundo ele, a Constituição é uma norma como as demais. Se ela é uma lei, não se justifica a criação de métodos específicos de interpretação. Para ele, a Constituição poderia continuar a ser interpretada pelos métodos do Direito Civil.

Esta é a TESE DA IDENTIDADE. É a identidade entre a Constituição e a lei. Para ele, já que a constituição é uma lei, ela deve passar pelo mesmo método de interpretação das outras leis.

Esse método de Forsthoﬀ tem alguns **ELEMENTOS, criados por Savigny: elementos gramatical, lógico, histórico e sistemático.**

A crítica feita a Savigny quanto a esses elementos é que eles foram feitos para o Direito Privado, logo, eles são insuficientes para serem utilizados quando da interpretação da Constituição.

## 2) MÉTODO TÓPICO – PROBLEMÁTICO (defendido por T. Viehweg)

Este método é inovador e anti-positivista, se comparado ao anterior. Tópicos = topoi + problemático = problema

5ª Aula – 28/09/07

Continuação de Hermenêutica e Métodos de Interpretação das Normas Constitucionais...

## 2) MÉTODO TÓPICO PROBLEMÁTICO:

Ele é defendido por Theodor Viehweg – 1953 (“Viegui”)

Ele é chamado de tópico porque vem de “**TOPOI**” (topos), que significa que seja um argumento, um esquema de pensamento, uma forma de raciocínio ou ponto de vista. De onde eles são extraídos? R: Da doutrina, da jurisprudência, das crenças e opiniões comuns.

Ex.: O STF defende muito esses tópicos, por exemplo, como o tópico quanto à não Violabilidade da Correspondência. Em contrapartida, ele permite a relativização dos Direitos Fundamentais quando eles forem utilizados para prática de atividades ilícitas (crime, por exemplo). Isso é um “topos” extraído da jurisprudência do STF.

Ex.: O STF autoriza a violação da correspondência de um criminoso caso ela esteja servindo para a prática de atividades ilícitas.

Ex.: As normas constitucionais devem ser interpretadas restritivamente. Assim, não permite o STF que haja emenda à constituição por iniciativa popular, porque ele defende que os legitimados para essa propositura só podem ser aqueles elencados na lei.

O Método Tópico Problemático é a aplicação automática da norma. Mas, este método só deve ser utilizado quando há um problema concreto em conflito. Não se utiliza este método para problemas do cotidiano nos Tribunais. Problema é um determinado caso que comporta mais de uma solução possível. É para aqueles casos efetivamente problemáticos, onde há várias soluções possíveis, mas não se sabe qual é a mais adequada. É uma teoria argumentativa em torno do problema. Neste método, como há várias respostas corretas para a questão, vence aquela que for a mais CONVINCENTE, e não a mais correta.

Este método é anti-positivista. E por isso, ele é alvo de diversas críticas. São elas:

1. Este método pode conduzir a um casuísmo ilimitado. Porque para esta teoria, a norma jurídica e o sistema não fazem parte da solução do problema. E mais, ele parte do problema para a norma, e não o contrário, então, gera esse casuísmo ilimitado.

Ex.: Geralmente, quando temos um problema, nós partimos da premissa maior para a premissa menor.

Mas, este método faz justamente o contrário. Quando há um problema como este, é o caso dos juristas se reunirem para decidir um determinado caso difícil. Um Ministro já disse em uma entrevista que assim é a praxe do Tribunal. E depois de se decidir qual é o caminho possível e a solução justa e adequada, ele vai procurar a norma que justifique a sua posição. Isso gera casuísmo ilimitado, ou seja, vários casos semelhantes decididos de formas diferentes. Ocorre que esse casuísmo gera também uma insegurança jurídica. A 1ª vista, ele parece ser um método muito justo, mas em última análise, ele gera grande insegurança jurídica, e o que é pior, injustiças. Logo, este método não é o mais adequado, deve-se 1º buscar a norma e depois resolver o problema.

2. Análise superficial da jurisprudência. Esse método não se preocupa muito com jurisprudência, porque ela não representa um argumento definitivo.

3. O 1º tópico desta teoria é o preenchimento de lacunas. Esse método entende que a norma por si só não é suficiente para resolver problemas. Para eles a inexistência de norma não impede que outros argumentos sejam utilizados.

4. A comprovação dos resultados obtidos pelos outros métodos. A utilização de um método não exclui a aplicação de outros, porque na verdade, eles se complementam. No entanto, esse método tópico problemático, como parte do problema e depois segue para a norma, é utilizado para fins de complementação quanto aos seus resultados.

### 3) MÉTODO CIENTÍFICO-ESPIRITUAL (OU VALORATIVO OU SOCIOLÓGICO OU INTERATIVO):

Ele é defendido por Rudolf Smend.

Esse método busca o espírito da constituição. E onde se busca isso?

Digamos que o “corpo” da constituição são os seus enunciados, as suas normas. E o espírito são os seus valores. Há uma parte na nossa CF/88 que não há corpo, só há espírito. É o preâmbulo. São os valores supremos da nossa

sociedade nela consagrados.

Esses métodos caem muito nas provas, tem que saber cada um deles!!!

Esse método também leva em consideração a realidade social, por isso ele também é chamado de sociológico. Ele prega que as normas constitucionais não existem independentemente. Que a constituição deve ser interpretada

em conjunto, com as demais normas existentes no ordenamento jurídico. Ela não pode ser interpretada isoladamente. Esse método não leva em conta apenas as normas constitucionais. Ele também leva em consideração os FATORES

EXTRACONSTITUCIONAIS, ele é crítico quanto ao conteúdo fora da constituição, como a realidade social, por exemplo. Ele não é um método anti-positivista.

Críticas a esse método:

1. A sua indeterminação e mutabilidade dos resultados. Canotilho costumava dizer que esse método se prende a fatores muito fluídos, muito voláteis, até porque conforme a interpretação vai mudando, os seus resultados também irão.

### 4) MÉTODOS CONCRETISTAS:

1º) Método Hermenêutico Concretizador: seu expoente é Konrad Hesse (da Concepção Jurídica da Constituição, juntamente com Kant). Ele defende que a interpretação (hermenêutica) + aplicação (concretizador) da constituição são interdependentes.

Este método tem 3 elementos básicos, segundo Konrad Hesse:

A) A norma a ser concretizada. (ao contrário do 1º método, que considerava a norma apenas como um “topos”, apenas como um argumento). Aqui, a norma é imprescindível.

B) Esse método é utilizado quando se tem um problema a ser resolvido. Não é utilizado para os problemas do cotidiano, e sim para os casos difíceis, quando há um problema concreto a ser resolvido. Ele não deve ser utilizado a todo instante, assim como no 1º método da aula.

C) Compreensão Prévia do Interpretete. Segundo Konrad Hesse, essa compreensão é indispensável. E quem dá essa compreensão é a TEORIA DA CONSTITUIÇÃO.

#### **DIFERENÇAS ENTRE ESTE MÉTODO E O TÓPICO PROBLEMÁTICO:**

Neste último, há uma primazia da norma sobre o problema. Já no 1º método, se parte do problema para a norma, é justamente o caminho contrário.

### 5) MÉTODO NORMATIVO ESTRUTURANTE:

Desenvolvido por Friederich Muller (todos esses métodos foram desenvolvidos na Alemanha, após a 2ª G.M.)

Ele não prega a interpretação da constituição, e sim a sua concretização da norma. Aqui, ele estabelece uma estrutura para a concretização da norma. Ou seja, a norma é concretizada de várias formas. A interpretação é só uma das formas possíveis.

Outras formas:

1. Elementos Metodológicos. Eles seriam a 1ª fase de interpretação propriamente dita, englobando os princípios interpretativos e os elementos da interpretação.

2. Elementos do Âmbito da Norma e do Caso: seriam os fatores sociais, econômicos, políticos, ...

3. Elementos Dogmáticos: seriam a doutrina e a jurisprudência.

4. Elementos Teóricos: seriam as teorias da constituição.

5. Elementos políticos: ou seja, as consequências políticas daquela interpretação constitucional, e não apenas as consequências jurídicas.

Dentro deste método, Muller estabelece uma diferença entre PROGRAMA NORMATIVO E O DOMÍNIO NORMATIVO: o 1º abrange o texto da norma e a norma propriamente dita. O 1º engloba a realidade social que este texto e esta norma tentam conformar.

### 6) MÉTODO CONCRETISTA DA CONSTITUIÇÃO ABERTA:

Ele é desenvolvido por Peter Haberle. Ele emprega que a interpretação constitucional deve ser democratizada, deve ser aberta a toda sociedade. Todos devem participar. É diferente do Konrad Hesse, que defendia que 1º deveria haver a interpretação de um interprete, de um jurista. Peter entende que não, que se as normas constitucionais são destinadas a sociedade, ela precisa interpreta-la para cumpri-la.

Teoricamente, este argumento é sedutor, mas na prática, é difícil submeter essa interpretação à população, porque, em países subdesenvolvidos como o Brasil, um leigo não faria uma interpretação além da literal ou gramatical.

Paulo Bonavides complementa este método com alguns requisitos que ele entende serem necessários para pô-lo em prática:

1. Sólido consenso democrático.
2. Instituições Fortes.
3. Política Constitucional Desenvolvida.

Obs.: No Brasil, esses requisitos não podem ser atendidos, porque estamos há 20 anos com a democracia!! E o nosso povo é iletrado! Nossos políticos são corruptos! E nossos órgãos são instrumentos de negociação pessoal de quem está no Poder.

Temos ainda mais 2 teorias de interpretação da Constituição, além dos métodos acima:

#### CORRENTE INTERPRETATIVISTA:

É uma corrente conservadora, onde o papel do interprete seria apenas o de revelar o conteúdo da constituição. Para esta corrente, não se pode inovar, não se pode criar novos direitos, porque o texto constitucional deve ser absoluto, porque ele corresponde a vontade originária do legislador constituinte, do Poder Constituinte, formado por titulares escolhidos pela Soberania Popular. Para que esta soberania não seja infringida, o texto constitucional deve ser interpretado de forma absoluta.

#### CORRENTE NÃO-INTERPRETATIVISTA:

Esta não tem nada de conservadora, ela é Progressista, Liberal, de Esquerda. Segundo eles, o Poder Constituinte não tem legitimidade para impor às gerações futuras a vontade atual, porque cada uma delas deve viver com a realidade de cada geração, e cada uma delas deve viver com a sua constituição correspondente. Cada geração teria o direito de viver a constituição conforme os seus valores. O Poder Constituinte não teria legitimidade para impor a sua vontade às gerações futuras.

Aqui no Brasil, é difícil imaginar essa corrente, porque a nossa constituição é de 1988, só tem 18 anos. No entanto, imagine a constituição americana, que já tem 200 anos.

Esta corrente está ligada à idéia de "ATIVISMO JUDICIAL", ou seja, o Judiciário como criador de direitos. Ele defende que o Judiciário seria o Poder mais adequado para descobrir os valores da sociedade em cada momento. Seria o poder mais adequado para esta função.

#### POSTULADOS DE INTERPRETAÇÃO DAS LEIS:

Nós vamos estudar aqui as normas utilizadas para interpretar as normas contidas na constituição. Mas, a doutrina usa essas normas como princípios, como princípio da supremacia, da interpretação conforme, ...

Todos esses princípios partem da Supremacia da Constituição. E deu origem a Constitucionalização do Direito, qual seja, a interpretação dos demais ramos do Direito sob a ótica constitucional. Isso se chama Filtragem Constitucional.

#### PRINCÍPIO DA SUPREMACIA:

Este princípio parte da seguinte idéia: a constituição parte da soberania popular. O Poder Constituinte é quem faz a Constituição. Ele é o Poder Supremo e faz a Norma Suprema, e a consequência disso é que nenhum ato será válido se não estiver de acordo com a Constituição. Luiz Roberto Barroso, por isso, defende que toda interpretação jurídica é uma interpretação constitucional.

#### PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE:

Este princípio se refere às leis e aos atos do Poder Público.

A idéia é a seguinte: se a Constituição é a norma suprema, isto significa que todos os poderes são retirados dela. Logo, presume-se que, como os poderes tiram a sua competência da CF/88, significa que eles atuam com constitucionalidade.

Essa presunção é relativa, ou “Iuris Tantum”, ou seja, é uma presunção que admite prova em contrário. Se fosse uma presunção absoluta, ninguém poderia argüir a inconstitucionalidade de determinada lei. Essa presunção de constitucionalidade é para manter a ordem, manter a obediência à norma constitucional, senão, ninguém iria pagar imposto, por exemplo, porque não obedeceria à imposição da lei.

Quem faz o controle preventivo da lei antes dela se tornar uma lei?

R: É a Comissão de Constituição e Justiça, que faz um controle preventivo de constitucionalidade do projeto de lei, antes dele ser votado e se tornar lei.

Em âmbito federal, após o controle preventivo de constitucionalidade pelo Poder Legislativo, vem o Poder Executivo, através do Presidente da República, pelo VETO JURÍDICO (Art. 66, §1º, CF/88).

Veto político – ocorre em projeto de lei que não atende o interesse público. Veto Jurídico – ocorre em projeto de lei que não atende a constitucionalidade.

**Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.**

**§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.**

O Judiciário também pode fazer controle preventivo, que veremos depois.

Voltando ao princípio, a principal consequência deste princípio é que, se há uma dúvida, a lei deve ser declarada constitucional. Somente quando a lei for INEQUIVOCAMENTE inconstitucional é que ela assim deve ser declarada.

Isso porque, em última análise, a declaração de inconstitucionalidade é feita pelo Judiciário, e por causa dessa responsabilidade suprema, ele deve agir com muita parcimônia. Por isso, ele só declara uma lei inconstitucional se ela for efetivamente inconstitucional.

#### **PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME:**

Ele é decorrente do princípio anterior, porque se há uma presunção de constitucionalidade das leis, é possível interpretar conforme a constituição.

Este princípio é utilizado apenas no caso de normas plurissêmicas ou plurissignificativas (quer dizer que ela tem mais de um significado possível).

Há também limites para a aplicação deste princípio, quais sejam:

1. Clareza do Texto Constitucional – está relacionado ao brocardo “a clareza do texto dispensa a interpretação”. É verdade, isso? Não! Toda lei, por mais clara que seja depende de, no mínimo, uma interpretação literal. Se a lei é clara, ela

é unívoca. E se ela é unívoca, ela só tem um sentido possível, logo, não há como se aplicar este princípio.

2. Fim Pretendido pelo Legislador – entende-se que o juiz não pode substituir o fim pretendido pelo legislador segundo a sua própria vontade.

Na prática, como se faz essa interpretação conforme a CF/88?

R: No dispositivo da lei, existe um texto onde se diz que a lei é constitucional desde que interpretada da maneira A e não, B. (porque a interpretação de B já não é mais compatível com o texto da CF/88).

Se essa nova interpretação não for respeitada, ela será considerada inconstitucional.

Não há modificação do texto constitucional!!!! Há apenas uma redução do âmbito de aplicação da norma.

Caiu no MPF o seguinte: interpretação conforme e a declaração de nulidade sem redução de texto são a mesma coisa para o STF?

R: Sim! Apesar de um ser um princípio e o outro ser uma técnica de decisão judicial. Quem explica bem isso é o Alexandre de Moraes.

Entre elas, há pontos em comum:

1. Em alguma das 2 hipóteses há alteração do texto? Não! Então, o 1º ponto em comum é que não ocorre qualquer alteração do texto.
2. Nos 2 casos, apesar do texto não ser alterado, houve uma redução no âmbito da aplicação da norma.
3. Eles podem ser utilizados no controle difuso ou no controle concentrado. Diferenças entre elas:

1. A interpretação conforme é um princípio interpretativo (é um postulado de interpretação constitucional) ao passo que a declaração de nulidade é uma técnica de decisão judicial.
2. A interpretação conforme corresponde a um juízo de constitucionalidade. E a declaração de nulidade corresponde ao um juízo de inconstitucionalidade.

Mas, entre ambas, o resultado é o mesmo!!!! Ocorre que, nos casos de declaração de inconstitucionalidade, manda o art. 97 da CF/88 que se deva respeitar a cláusula de reserva de plenário. Se fosse para declarar a constitucionalidade, não precisaria observar esse mandamento. O STF hoje entende que, como não há redução de texto, não é preciso observar esta cláusula.

**Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.**

### **PRINCÍPIO DA SIMETRIA CONSTITUCIONAL:**

Muito cuidado com este princípio, porque ele é muito utilizado nas provas estaduais.

Ele não está expresso na CF/88. Ele é um princípio que pode ser deduzido em 2 dispositivos: art. 25 da CF/88 no que se refere às Constituições Estaduais, e no art. 29 no que se refere às leis orgânicas municipais.

#### **DOS ESTADOS FEDERADOS**

**Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.**

#### **DOS MUNICÍPIOS**

**Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:**

As Constituições Estaduais e as Leis Orgânicas Municipais devem seguir um modelo estabelecido pela CR/88. Elas não precisam ser cópias da CR/88.

Em função deste Princípio, o STF criou a separação de determinadas normas que devem ser observadas pelas CEs e LOMs. É o caso das **NORMAS DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA.**

Elas não são repetidas obrigatoriamente, mas se forem, devem ser de acordo com a CF/88. As 3 mais importantes são:

#### **1.Princípios Básicos do Processo Legislativo (Art. 50 e seguintes):**

Não quer dizer que o processo deve ser idêntico, mas os princípios devem ser observados da mesma forma, tanto em âmbito federal (CF/88) quanto nos âmbitos estadual e municipal.

Ex.: O Presidente da República pode emitir Medida Provisória. E o Governador e o Prefeito também podem?

R: O STF diz que depende. Se na CE estiver prevista esta norma, ele poderá emitir uma Medida provisória. Observe que o artigo 62 da CF/88 não é obrigado a estar consagrado na CE. Se a CE consagrar a MP para governador, aí sim, o Art. 62 é de observância obrigatória na CE, tal qual o modelo da CF/88.

Hoje, quem faz essas previsões são: CE/Acre, CE/SC e mais um Estado que eu não peguei. No âmbito municipal, (perdemos o sinal!),mas o STF parece não admitir.

#### **2.Requisitos para a Criação da CPI (art. 58, §3º da CF/88):**

#### **DAS COMISSÕES**

**Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.**

No âmbito federal, ele é permitido. E no âmbito estadual, também. Mas, e quanto à quebra de sigilo bancário em CPI Estadual, é possível? R: Na ACO 730/RJ, na votação de 6 x 5, julgaram ser possível.

E no âmbito municipal, ainda não foi decidido, mas até o momento, está sendo votado a favor, 3x5.

O argumento é o Princípio da Simetria. Mas, quanto à quebra de sigilo bancário pela CPI Municipal, nem pensar. O argumento é que não existe Poder Judiciário Municipal. Porque a CPI tem poderes próprios de autoridade judicial, fato que os Municípios não têm. No entanto, o Professor discorda porque a CF/88 prevê que esses poderes podem advir das autoridades judiciais ou outros. Quer dizer, outras fontes.

### **3. Normas Relativas ao Tribunal de Contas:**

A CF/88 só fala do TCU. Mas, o STF entende que as normas do TCU são de observância obrigatória pelas CEs, quanto aos TCEs.

E nos municípios é possível criar TCMs?

R: A CF/88 proibiu. Mas, os que já existiam, permanecem. São os casos de SP e RJ. Nenhum outro Município poderá mais criar um TCM.

### **PRINCÍPIO DA UNIDADE:**

Em razão das tensões e conflitos subjacentes ao pacto fundador, cabe ao interprete harmoniza-los de forma a preservar a unidade da Constituição. Isso é difícil para nós porque a nossa CF/88 é eclética.

Otto Bachoff fez uma obra muito importante ????, ele defende que as normas materialmente constitucionais (ou seja, as originadas por decisões políticas) seriam superiores às normas formais constitucionais.

E outro alemão, Krüger, defendia que outras normas originárias feitas pelo poder constituinte ???.

Este princípio afasta a tese de hierarquia entre normas originárias da constituição (feita pelo Poder Constituinte Originário).

Ex.: O Governador do RS questionou o art. 14 da CF/88, do voto igualitário, quanto à quota de eleição de seus deputados federais, se comparado aos votos do Acre e de SP.

### **PRINCÍPIO DO EFEITO INTEGRADOR:**

Na solução dos problemas constitucionais, deve-se dar primazia aos critérios que favoreçam a integração política e social, tendo em vista que a CF/88 é um importante elemento de integração comunitária.

### **PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA:**

Ele tem a forte idéia da harmonização, o mesmo existente no princípio da unidade. A diferença é que na unidade, a harmonização é utilizada no plano em abstrato. Já neste princípio da concordância prática, se faz no plano concreto.

Ele significa que, diante de uma colisão (colisão ocorre sempre no plano concreto) entre princípios constitucionalmente consagrados, cabe ao interprete fazer uma harmonização, reduzindo proporcionalmente (princípio da proporcionalidade!!!) o âmbito de aplicação de cada um deles.

O interprete não deve sacrificar um em detrimento do outro.

Ex.: Liberdade das Pessoas x Liberdade de Expressão. O caso dos menores com tarja preta no rosto (o professor disse que o STF não obriga a este procedimento, mas eu acho que o ECA obriga sim.)

### **PRINCÍPIO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO:**

Mais que um princípio, ele é um objetivo a ser buscado.

Definição: na interpretação das normas constitucionais, o interprete deve buscar soluções que as densifiquem e as tornem mais eficazes e permanentes.

Ex.: Relativização da Coisa Julgada, Abstrativização do Controle Concreto.

### **PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE:**

É preciso saber bem aqui a diferença entre eficácia e efetividade.

Quando uma norma tem eficácia, quer dizer o quê? Que ela está produzindo os seus efeitos? Não necessariamente. A eficácia é uma aptidão da norma para produzir os efeitos que lhe são próprios.

Existe algum dispositivo da CF/88 sem eficácia?

R: Não! Nós veremos isso na classificação das normas constitucionais. Não há norma constitucional sem eficácia.

A efetividade de uma norma é a produção de resultados previstos na norma. É a realização prática do direito. É quando a norma cumpre a função para a qual ela foi criada. É como aqueles casos de “lei que pega e que não pega”. A que pega é a que tem eficácia e efetividade.

Toda norma constitucional tem eficácia, mas nem toda norma tem efetividade. Ou seja, nem toda norma constitucional “pegou” ou foi cumprido o fim para o qual a norma foi criada.

Na interpretação dos direitos fundamentais, deve-se lhes conferir o sentido que confira a maior efetividade possível que cumpram sua função social. Este princípio, para alguns doutrinadores, está no art. 5, §1º da CF/88.

## DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Mensagem do Dia dada pelo Professor:

“Aluno bom é aluno morto. Não existe condição confortável, quanto mais conforto, mais o candidato demora a passar no concurso.”

---

6ª Aula – 22/10/07

Continuação de Interpretação da Constituição segundo Conrad Hesse...

### PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE OU DA CONVIVÊNCIA DAS LIBERDADES PÚBLICAS.

Significa que não existem direitos absolutos na Constituição. Porque todos os direitos encontram limites em outros direitos que a Constituição também consagra. Por isso que este princípio tem esse nome. Para que essas liberdades possam conviver entre si, elas precisam ter limites.

Alexy diz que todos os limites são relativos (nenhum é absoluto). Assim, ele explica que quando houver um direito absoluto e outro também absoluto, se houver um conflito entre ambos, nenhum dos dois vai ceder para possibilitar uma solução. Assim, para haver CEDÊNCIA RECÍPROCA, segundo Alexy, ambos os princípios deverão ceder, e para isso, esses direitos devem ser relativos, não podem ser absolutos.

“Só há liberdade onde há restrição da liberdade.” “O seu direito termina onde começa o direito do outro.”

Isso é uma concordância para que os direitos de vários titulares possam conviver.

Quando se diz que não há direito absoluto, o professor se refere a uma regra.

Ex.: o direito à vida é relativo. Por causa do consentimento para o aborto fruto de estupro.

Ex.: Alguns entendem que nem a proibição à tortura é absoluta, porque se eu tenho um avião com 500 pessoas, e um terrorista lá em cima, com uma bomba prestes a explodir, mas tenho um dos terroristas aqui em baixo, em terra, preso, e que sabe desmontar a bomba mas, se recusa a dizer, neste caso, entende-se que a tortura se justificaria.

O STF entende que não existe direito absoluto, porque todos eles sofrem limites em outros direitos.

### PRINCÍPIO DA CONFORMIDADE FUNCIONAL OU JUSTEZA:

Canotilho prefere chamar de Princípio da Justeza. Ele é mais uma regra de competência do que uma regra de interpretação da Constituição. Para ele, cada Poder deve agir de acordo com a função (por isso se fala em conformidade funcional) que lhe foi constitucionalmente constituída. A intenção deste princípio é evitar uma inversão de funções e atribuições dos órgãos de um Estado e impede que o Tribunal Constitucional atue como legislador, por exemplo.

Nós sabemos que no controle de constitucionalidade há uma preponderância de atuação do Poder Judiciário. Mas, isso é uma exceção permitida.

### PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE:

Eles não são sinônimos. Mas, alguns doutrinadores os tratam como se fossem. E o STF também.

Humberto Ávila, em *Teoria dos Princípios*, trata bem deste tema distinção, mas isso vai além do que é pedido no concurso. A distinção mais comum é quanto à origem das palavras. Os autores que têm influência germânica (Paulo Benavides, Gilmar Mendes) preferem “proporcionalidade”. Já os autores que tem influência anglo-saxônica, como Barroso, por exemplo, preferem a “razoabilidade”.

Estes princípios estão implícitos na Constituição, e por isso, são encontrados quando extraídos de alguns dispositivos.

Há quem defenda que o Princípio da Proporcionalidade seria extraído do Sistema de Direitos Fundamentais. Para esses autores, o Sistema de Direitos Fundamentais existe para limitar o arbítrio do Estado. Logo, não se pode conceber que o Estado tenha criado este sistema e justo ele não venha a agir sem o arbítrio deste princípio. Essa é a 1ª justificativa quanto à posição deste princípio.

Por fim, outros autores entendem que este princípio é extraído do Princípio do Estado de Direito. Ou seja, se a CF/88 consagra um Estado pautado na legalidade jurídica, todos os poderes devem agir dentro de uma Proporcionalidade, dentro da Razoabilidade. Assim, como no Brasil o Princípio do Estado de Direito está no art. 1º, caput, ali estaria o Princípio da Proporcionalidade.

O 4º entendimento, que a ESAF gosta muito, é o entendimento do STF também, é que este princípio é extraído da Cláusula do Devido Processo Legal Substantivo. Na nossa CF/88, está no art. 5º, LIV. Lembre-se que este artigo consagra o Princípio do Devido Processo Legal no Sentido Formal e no Sentido Substantivo. Mas, no Sentido Substantivo, quer dizer que este princípio está mais voltado para o legislador que ao juiz, ao aplicar a lei. Este é o entendimento mais cobrado pelos concursos. A CESPE só pediu essa uma vez.

#### A CONCRETIZAÇÃO DESTE PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE:

Ele é um critério de aferição de legitimidade de todos os atos dos poderes públicos. Seja do PJ, PL ou PE. Este princípio foi muito trabalhado pela Doutrina Alemã.

Este princípio se subdivide em:

1º) Adequação; 2º)  
Necessidade; 3º)  
Proporcionalidade.

Obs.: Alexy fala que este princípio é a Máxima, e o que advém dele são as Máximas Parciais que são as subdivisões).

Quando se quer saber se o princípio da razoabilidade está presente ou foi aplicado no lugar certo, é preciso ver esses 3 critérios: adequação, necessidade e proporcionalidade.

A **Adequação** é uma relação entre meio e fim. Um ato é adequado quando o meio utilizado por ele for um meio apto a atingir o fim almejado. Se o ato aplicado pelo Estado não tiver um fim coerente ao que se quer alcançar, quer dizer que este princípio não é adequado.

A **Necessidade** está ligada à exigibilidade ou princípio da menor ingerência possível. Toda medida do Poder Público, em última análise, causa uma restrição nas liberdades individuais. O Poder Público deve optar, dentre os vários meio existentes, pelo que seja o menos gravoso possível. A necessidade está nisso, não basta ser o mais adequado, tem que ser o menos gravoso.

Jellinek fala que “não se deve abater pardais com canhões”. É um meio excessivamente gravoso, logo, não é um meio exigível, não é um meio necessário. Logo, não é um meio proporcional. Porque se deve escolher o meio menos gravoso possível para limitar as liberdades individuais.

Esta escolha menos gravosa acaba atingindo o mérito.

Perguntou-se na Prova de Advogado Junior, da Petrobras: Se o judiciário pode intervir no mérito do ato administrativo. Nesta hipótese o Judiciário pode intervir, mas deve ser prudente e usar da parcimônia. O PJ só pode intervir neste caso se ele estiver diante de uma demanda legítima e de outra não legítima, para dizer que este meio que gerou a ilegitimidade é gravoso ou não. Mas, se ambos forem legítimos, não pode ser submetido ao Poder Judiciário.

A **Proporcionalidade em Sentido Estrito** nada mais é do que um Juízo de Ponderação. É a ponderação entre 2 aspectos: o custo da medida tomada e os benefícios trazidos por ela. Para que este ato seja razoável, os benefícios trazidos por este ato devem ser superiores aos custos.

*Ex.: O caso do botijão de gás no Paraná. As pessoas compravam o botijão e levavam para casa, para usar. Quando elas iam comprar um novo botijão porque o anterior havia acabado, elas tinham que devolver o botijão anterior. Mas, acontece que quando o fogão deixa de ter gás para funcionar, ainda há um restinho de gás no botijão. Por causa deste restinho que ficava no botijão, as pessoas passaram a reclamar que estavam devolvendo por aquilo que tinham direito, porque estava pago. Assim o prefeito de uma determinada cidade resolveu que essas pessoas tinham direito à ressarcimento. Mas, acontece que todo mundo passava pela mesma situação. Todo mundo devolvia os seus botijões com um restinho de gás, e compravam outro, que um dia havia estado na casa de outra pessoa. Tão logo, percebeu-se que a medida do Estado não era proporcional. E o STF entendeu que era desnecessário qualquer reembolso, porque todos pagavam para utilizar a mesma quantidade de gás, uma vez que ninguém tinha condições de usar o restinho.*

### PREÂMBULO DA CONSTITUIÇÃO:

Significado: Pre = antes + âmbulo = andar == Andar Antes

O preâmbulo é a única parte INTEGRANTE da Constituição que não tem caráter normativo. A parte permanente da CF/88 é do art. 1º ao 250 – que tem caráter de norma.

Já o ADCT é a parte não permanente, é a parte transitória.

O entendimento do STF é que o Preâmbulo não tem caráter normativo.

Logo, o preâmbulo pode servir como base para uma ADIN, para um controle de constitucionalidade?

R: O STF entende que, como o preâmbulo não é norma, ele não serve com parâmetro para o controle de constitucionalidade. Assim, uma norma que viole o preâmbulo não está sujeita ao controle de constitucionalidade.

O preâmbulo tem como função ser uma importante diretriz hermenêutica, ele auxilia o interprete para o estabelecimento do alcance da CF, como critério interpretativo das normas constitucionais.

No preâmbulo, nós temos os VALORES SUPREMOS da CF/88. Eles servem como critério de interpretação da CF/88. O princípio é o início de um direito, e o VALOR é o fim que o direito deve buscar.

#### “PREÂMBULO

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

Terminamos aqui a interpretação da CF/88.

### APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS:

Nós temos as normas constitucionais de eficácia Plena, Contida e Limitada. Essa é a classificação de José Afonso da Silva.

Estudaremos também a classificação de Maria Helena Diniz.

E por última, a Norma Constitucional de Eficácia Exaurida de Uadi Lammêgo Bulos.

Precisamos explorar 1º o conceito de existência.

**EXISTÊNCIA:** Uma lei existe quando ela é elaborada por um poder aparentemente competente para tal. Porque se qualquer pessoa quiser fazer uma lei, ela não vai pegar.

**VIGÊNCIA:** E a Vigência é a inserção da norma no mundo jurídico. Quando uma norma é existente ela passa a fazer parte do mundo jurídico.

**VALIDADE:** Quanto à Validade, uma norma é válida quando o seu procedimento de elaboração e o seu conteúdo obedecem ao estabelecido por uma norma superior. É a análise, por exemplo, entre uma lei e a Constituição, porque uma norma pode ser existente, pode ser vigente e pode ser inválida porque não está na conformidade com a Constituição.

**EFICÁCIA:** A Eficácia é a aptidão da norma para produzir os efeitos que lhe são aptos. Toda norma constitucional tem eficácia, toda ela tem aptidão para produzir efeitos que lhe são próprios.

**EFETIVIDADE:** E a Efetividade de uma norma é quando ela cumpre o fim para o qual ela foi criada.

O que vai diferenciar essas normas, quando será plena, contida ou limitada vai ser o grau de sua eficácia, por isso, veremos as classificações acima.

**NORMA DE EFICÁCIA PLENA** é aquela norma que tem aplicabilidade **DIRETA, IMEDIATA E INTEGRAL**, segundo José Afonso da Silva.

Eficácia e Aplicabilidade não são sinônimas, e por isso, o J.A.S. é criticado pelo próprio filho que também é doutrinador. Isso não está no Manual dele, está em um livro específico.

Uma norma tem **APLICABILIDADE DIRETA** quando ela não depende de outra vontade para ser aplicada ao caso concreto. Pode ser uma vontade do Legislador (PL) ou do Administrador (PE).

Uma norma terá **APLICABILIDADE IMEDIATA** porque essa norma não depende de qualquer condição para ser aplicada. Esta condição pode ser de tempo, por exemplo, para que esta norma tenha aplicabilidade.

E ainda, ela tem **APLICABILIDADE INTEGRAL**, ou seja, quer dizer que esta norma não pode sofrer restrição. Não quer dizer que ela não pode ser regulamentada. O que se fala aqui é que ela não pode ser restringida. Ela pode ser regulamentada.

**EXEMPLOS DE NORMA DE EFICÁCIA PLENA:**

Ex.: o **Art. 192 da CF/88**, por exemplo, pelo **STF é de aplicabilidade limitada**. Já pela doutrina, é polêmico, ela admite as 3 classificações.

**Art. 192.** O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por **leis complementares** que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

Geralmente, são aquelas normas que estabelecem **proibições (art. 145, § 2º)**, **vedações (art. 19)**, **isenções (art. 184, § 5º)**, **imunidades (art. 53)** e **as que não indiquem processos especiais de execução ou cujo conteúdo já esteja suficientemente explicitado.**

**Art. 145.** A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

§ 2º - As taxas **não poderão** ter base de cálculo própria de impostos.

**Art. 19.** É **vedado** à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

**Art. 184.** Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§ 5º - São **isentas** de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.

**Art. 53.** Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

Nestes casos, quem pode impor proibição, vedação ou isenção é a CF/88 somente, e a lei infraconstitucional não. O caso do art. 184, § 5º, não pode ser restringido por lei. (NÃO ENTENDI!!!)

Esta imunidade, por exemplo, do art. 53 da CF/88 é material ou formal?

R: É de conteúdo, logo, é material. A lei não pode restringir a eficácia deste dispositivo constitucional por causa da sua eficácia.

Há outros exemplos na CF/88. E nem todos os artigos que possuem vedações ou proibições são normas de eficácia plena. Tem que ter cuidado. O art. 95, por exemplo, não é no inciso IV. Os demais incisos até são de eficácia plena, mas o inciso IV é de eficácia contida.

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

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

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

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

**Parágrafo único. Aos juízes é vedado:**

*I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;*

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

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

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

**AS NORMAS DE EFICÁCIA CONTIDA** é a mais pedida na prova, porque todo mundo confunde esta com a norma de eficácia limitada. Mas, elas não se parecem não! A Contida está mais próxima da plena! Segundo JAS, esta norma é a que tem aplicabilidade **DIRETA** (não depende de qualquer vontade para ser aplicada), **IMEDIATA** (não depende de qualquer condição), e possivelmente, terá aplicabilidade **NÃO – INTEGRAL**. É aqui que as pessoas se confundem. Por isso, Michael Temer e Maria Helena Diniz criticam JAS quanto ao uso desta expressão “contida”. Seria melhor se fosse “redutível” ou “restringível”.

A NORMA CONTIDA OU REDUTÍVEL é assim chamada porque geralmente ela pode ser RESTRINGIDA por lei.

Ex.: Será “regulamentada por lei”.

Mas, não só por lei. Pode ser por lei, por conceitos de direito público (ordem pública, bons costumes) ou mesmo ser restrita por outra norma constitucional.

Ex.: Art. 5º, XII - O Sigilo de Correspondência. É norma com que tipo de eficácia?

R: Parece que o sigilo de correspondência está inserido numa norma de eficácia plena, mas não é, porque ela pode ser restringida nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer.

**XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;**

Ex.: Art. 5º, XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão... **ATENDIDAS AS QUALIFICAÇÕES PROFISSIONAIS QUE A LEI ESTABELECEER**. Ou seja, para que uma pessoa exerça uma profissão, não é necessário que se tenha uma regulamentação. Mas, na medida em que haja regulamentação, ela deve ser obedecida para se exerça essa profissão. Enquanto a profissão não tiver lei regulamentando, esta norma é de eficácia integral. Quando a norma for regulamentada, ela passa a ser contida.

**XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;**

Toda norma contida é auto aplicável?

R: Ela é auto aplicável, auto executável ou bastantes em si.

A Norma de Eficácia Contida entra no mundo jurídico produzindo integralmente os seus efeitos?

R: Sim, com aplicabilidade direta, imediata e integral, mas, no decorrer no tempo, ela pode ser restringida.

Caiu na prova o seguinte: A Norma de Eficácia Contida, enquanto não for regulamentada por lei, é uma norma de eficácia plena. Certo ou errado?

R: Caiu na ESAF. Errado. Ela entra produzindo os mesmos efeitos que a norma de eficácia plena, mas não é de eficácia plena, porque a norma de eficácia plena terá aplicabilidade sempre integral, já a contida pode ter a sua aplicabilidade restringida.

Obs.: Prova da Magistratura de SP. Pegar!

A NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA possui características totalmente diferentes das anteriores. Ela tem aplicabilidade INDIRETA, ou MEDIATA.

Norma de Aplicabilidade Indireta significa que ela depende de outra vontade para ser aplicada ao caso concreto. E é Norma de Aplicabilidade Mediata porque ela depende de alguma condição.

Logo, se ela depende de outra vontade ou de outra condição, ela depende de algo mais para ser aplicado ao caso concreto. Pode-se dizer, então, que antes dessa condição ocorrer quer dizer que esta norma ainda não tem eficácia?

R: Não, porque toda norma constitucional tem eficácia, o que varia é o grau de eficácia entre as normas.

Mas, se ela não tem aptidão para ter eficácia completa, que eficácia é essa?

R: Aqui, devemos saber o que é EFICÁCIA POSITIVA e EFICÁCIA NEGATIVA.

A NORMA DE EFICÁCIA POSITIVA é a aptidão que a norma tem para ser aplicada aos casos nela previstos. A NORMA DE EFICÁCIA NEGATIVA é a aptidão da norma para invalidar os atos que lhe forem contrários.

Assim, sabendo agora a distinção entre eficácia positiva e eficácia negativa, já se pode responder a pergunta acima. Ela tem eficácia, que não é a positiva, mas já possui eficácia negativa. Ela tem eficácia para invalidar os atos que lhe forem contrários. Se a lei fere uma norma de eficácia limitada, ela é inconstitucional, porque ela já tem eficácia, mesmo que seja esta negativa.

JAS divide a norma de eficácia limitada em 2 espécies: Norma de Princípio Institutivo (subdividido em normas impositivas ou facultativas) e Normas de Princípio Programático.

Norma de Princípio Institutivo é aquela que depende de uma outra vontade para dar corpo, forma ou estrutura a determinados órgãos e instituições. Só que ela não estabelece a forma e nem o corpo.

Ex.: Art. 102, §1º da CF/88 – que fala da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Aqui, nesta norma, ninguém tem como saber de que forma se ajuíza uma ADPF. Somente após a lei 9882/99 é que se tomou conhecimento sobre este procedimento.

Algumas formas são impositivas e uma vez inobservada gera uma inconstitucionalidade. Elas geram uma omissão constitucional. Já as facultativas não geram esse efeito.

Ex.: Impositivas: Art. 20, § 2º - art. 32, §4º - art. 91.

Ex.: E as facultativas: 22, § único e art. 154 da CF/88. No caso do art. 22, o Estado PODERÁ criar uma LC. Se ele não criar, como se trata de norma facultativa, não vai gerar uma omissão constitucional. E no caso do art. 154, se a União não instituir esses impostos, não vai gerar omissão constitucional. Logo, não vai caber ADI.

Normas de Princípio Programático: Estabelece um plano de ação a ser implementado pelos Poderes Públicos. Elas estabelecem um fim, mas como este fim será atingido ela não fala. Ela impõe um resultado a ser alcançado, mas não fala como eles serão atingidos.

Ex.: Art. 3º, Títulos 7º (da Ordem Financeira) e o Título 8º.

A Maria Helena Diniz tem um livro sobre normas constitucionais e lá ela propõe uma classificação, cujo conteúdo é igual ao de JAS. Para ela, a diferença entre a norma de eficácia absoluta para a norma de eficácia plena é que aquela (absoluta) não poderá ser restringida nem por lei e nem por emenda. Ou seja, segundo ela, a NEP tem aplicabilidade direta, imediata e integral, e que esta integral aqui poderia ser restringida por emenda, embora por lei, não. Já na absoluta, não poderia nem por lei e nem por emenda.

Ex.: de Normas de Eficácia Absoluta: Art. 2º (Princípio das separações dos Poderes) porque são Cláusulas Pétreas. O Art. 14. O Art. 5º. Cuidado! Na classificação de JAS, no caso do art. 5º, em alguns incisos temos normas de eficácia plena, outros são de eficácia contida e outros até de eficácia limitada. Mas, a MHD fala que todos os direitos do art. 5º são de eficácia absoluta.

JAS complementa que MHD confundiu eficácia com aplicabilidade (alcance).

*A Norma de Eficácia Exaurida é aquela cuja eficácia já se exauriu.*

*Ex.: São as normas do ADCT. Mas, não são todas elas, são apenas aquelas que já foram aplicadas. Depois de aplicadas elas perdem a sua eficácia.*

### **NORMAS CONSTITUCIONAIS NO TEMPO:**

*O que ocorre quando uma nova constituição surge para substituir a anterior? R: Ocorrem aqui 3 fenômenos:*

*1º Fenômeno com a velha constituição: há Revogação da Normação Geral.*

*Quando surge uma nova constituição, o que acontece com a constituição antiga? A nova tem que dizer expressamente que revoga a anterior? Não.*

*E a nova tem que ser feita de acordo com a anterior? Não!*

*A revogação pode ser expressamente declarada, ou pode ser tácita quando for inteiramente incompatível, ou quando a lei nova regula inteiramente a matéria, que é a revogação da normação geral, prevista na lei de introdução (de qual código? CC?).*

*Esta última é derrogação ou ab-rogação?*

*R: A Ab-rogação (TOTAL) e a derrogação é PARCIAL. Logo, no caso da normação geral, ocorre uma ab-rogação. (absoluta/abstêmio)*

*2º Fenômeno: Teoria da Desconstitucionalização:*

*E ainda, segundo a Teoria da Desconstitucionalização, adotada por Esmein. Lembre-se que a concepção política da Constituição (defendida por Carl Schmitt), divide a constituição (CT x Leis constitucionais). Esmein aproveitou a concepção de Carl para dizer que quando há uma nova constituição, esta nova revoga a CT, mas as leis constitucionais, não.*

*Ao surgir uma nova constituição, a constituição propriamente dita (CT) fica revogada, mas as “leis constitucionais”, na visão de Carl, que forem compatíveis com a nova constituição serão recepcionadas por ela. Mas, não serão recepcionadas como normas da constituição, mas como normas infraconstitucionais. Por isso o nome Teoria da Desconstitucionalização. (porque desconstituiu a constituição anterior)*

*Ex.: Colégio Pedro II, art, 242, § 2º, que é formalmente constitucional. Assim, se uma nova constituição surgir para ab-rogar a CF/88, esta norma fica inteiramente revogada, tornando-se norma infraconstitucional.*

*O nosso ordenamento jurídico não admite esta teoria da desconstitucionalização.*

*3º Fenômeno: Teoria da Recepção:*

*Aqui, ao surgir uma nova constituição, há recepção das normas infraconstitucionais anteriores que forem com ela materialmente compatíveis. (a forma não tem importância para fins de recepção).*

*Se o conteúdo for compatível, ele será recepcionado.*

*E se ele for incompatível, ele é inconstitucional, é revogado ou não recepcionado?*

*R: Inconstitucional nunca, porque no Brasil não se adota a inconstitucionalidade superveniente. Portanto, revogado ou não recepcionado? O professor entende que é não recepcionado, porque são normas materialmente incompatíveis. Mas, o STF na maioria dos seus acórdãos usa a expressão revogação. Embora Ministro Gilmar Mendes goste da expressão não recepção.*

*A incompatibilidade formal superveniente impede a recepção daquele ato frente à nova constituição? R: Não. Mas, faz com que o ato ganhe uma nova roupagem, um novo status.*

*Ex.: CTN – 20/10/1966. Na CF/67, art. 18, exigia que ela fosse recepcionada como lei complementar. E com a CF/88, ela continuou com esse status, por força do art. 34 do ADCT e art. 146 da CF/88.*

### **REPRISTINAÇÃO:**

**A                      B                      C**

*A Constituição B revoga a Constituição A. Se a Constituição C revogar a B, a Constituição A volta a vigor? R: Não!*

*No Direito Constitucional não se admite repristinação tácita. O fundamento é qual? R: Princípio da Segurança Jurídica e o Princípio da Estabilidade das Relações Sociais.*

*E a expressa pode ocorrer?*

R: Sim. Nada impede.

#### **EFEITO REPRISTINATÓRIO TÁCITO:**

Ela ocorre excepcionalmente em 2 casos:

1º) art. 11 da Lei 9868/99 – esta lei é a lei que regulamenta o processo e julgamento da ADI e do ADC. Este art. 11 cuida da Medida Cautelar.

Hipótese: imagina que a lei A é revogada pela lei B. Mas, aqui não há lei C para mexer com a lei B. O que há é uma Medida Cautelar admitida pelo STF, numa ADI, para suspender a lei B. Se o STF não disser nada, a lei A volta a produzir efeitos. Se ele proibir, então a lei A não volta a produzir efeitos.

Veja que esta hipótese não trata da revogação de uma constituição, fala de uma revogação de lei.

2o) Aqui, ao invés de trabalharmos com MC, vamos ver uma ADI processada e julgada pelo STF, onde uma Decisão de Mérito declara a inconstitucionalidade da Lei B que tirou os efeitos da Lei A. Essa lei A volta a produzir efeitos?

Lembre-se que a lei inconstitucional, em regra, tem efeitos Ex Tunc. Ou seja, ela é inconstitucional a partir da sua criação. Assim, se uma lei é inconstitucional desde o seu surgimento, esta lei B não poderia nunca revogar uma outra lei, que no caso é a lei A. Então, ela volta a vigor, a produzir efeitos. Mas, atente que o STF se nada declarar, a Lei A volta a produzir efeitos. Se o STF falar algo, a Lei A não volta, e então ocorre Efeito Repristinatório Tácito.

#### **MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL**

São processos informais de alteração da constituição sem modificação do seu texto. Aqui Laband tem a sua contribuição. A mutação é um processo informal, onde se altera o sentido da constituição mas sem alterar o seu texto. Essa mutação não advém de uma obra doutrinária, ou de um artigo. Ela deve vir de um entendimento sedimentado sobre determinado assunto do Supremo, onde ele vem se manifesta sobre esta nova interpretação.

Ex.: o caso do Mandado de Injunção. Ex.: Art. 52, X.

A mutação pode ocorrer da interpretação ou de um costume constitucional.

A alteração de um costume é uma forma de mutação constitucional. Mas, como a nossa constituição é prolixa, a forma mais comum de alteração é a de interpretação.

A Legitimidade da Mutação – esse processo é legítimo ou não?

R: Segundo Klaus Stern, essa mutação constitucional não deve ser corriqueira, uma regra, ela deve ser uma exceção. Para ele, essa mutação é legítima quando ela é suscetível de uma abrangência ou de um programa normativo da constituição.

Friederic faz uma distinção entre programa normativo e, para a mutação ser legítima, ela deve estar dentro do domínio do programa normativo.

---

#### **7ª Aula - 26/10/07**

Último aspecto das leis penais no tempo... o último fenômeno que ocorre é:

#### **CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE:**

Neste caso, o que ocorre é o seguinte: Você tem uma Constituição e uma determinada lei surge após esta constituição sendo aquela incompatível com esta. Para tornar esta lei constitucional, é feita uma emenda. Pode uma lei que já nasceu inconstitucional tornar-se constitucional após uma emenda? Qual a natureza desta lei inconstitucional? Ela pode ser inexistente, nula ou anulável? Se for ato inexistente, como é?

R: Nós vimos que se uma autoridade é incompetente e faz uma lei, esta lei tem presunção de legalidade, portanto, é existente. Logo, essa teoria de ato inexistente não é aceita.

Seria esta lei então feita por um ato nulo ou anulável?

R: Pela doutrina Norte Americana esta lei nasceu de um ato nulo. O emblemático caso *Marbury x Madison*, em 1803, é um exemplo de caso onde a lei já nasceu nula e não tem como ser sanado este vício.

E seria então um ato anulável?

R: Este entendimento seria de Kelsen, segundo o Princípio de Presunção de Constitucionalidade das Leis. Ele defendia que a lei inconstitucional não é nula e sim anulável. Porque se ela tem uma presunção de legalidade, ela chegou a produzir alguns efeitos. Logo, não pode se dizer que ela era fruto de um ato nulo, porque ato nulo não gera efeito algum, portanto, só poderia ser fruto de um ato anulável.

No Brasil, o STF tem adotado, pela maioria dos ministros, o entendimento de que a lei inconstitucional seria um ato nulo e não apenas um ato anulável.

A partir deste entendimento nós podemos admitir que esta lei inconstitucional se torna constitucional com o advento de uma emenda?

R: Ora, se o STF defende que ela nasceu nula, de um ato nulo, não se admite este tipo de posterior constitucionalização de uma lei que nasceu inconstitucional.

### CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:

Aqui faz-se uma análise também do direito constitucional positivo.

O controle serve para manter a supremacia formal da constituição (e não a material), isto porque ela é uma constituição rígida e escrita.

Conceito sobre controle de constitucionalidade: é o conjunto de órgãos e instrumentos criados para assegurar a supremacia da constituição. (supremacia formal – rigidez – constituição escrita. E só há supremacia formal porque a constituição é rígida.)

### SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:

Existem 3 sistemas:

- 1) O SISTEMA POLÍTICO;
- 2) O SISTEMA JURISDICIONAL;
- 3) O SISTEMA MISTO.

### CARACTERÍSTICAS DE CADA SISTEMA:

No SISTEMA POLÍTICO, quem exerce o controle ou é o Poder Legislativo ou então é um órgão criado especificamente para esta finalidade. Não é o PJ o principal órgão para este controle.

Ex.: França - Na França, existe um órgão chamado Conselho Constitucional, que é um órgão político que exerce este tipo de controle.

No SISTEMA JURISDICIONAL, quem exerce o controle é o Poder Judiciário. Isto não significa que somente ele exerça o controle. Ele tem a função principal, mas outros órgãos também poderão exercer este controle.

Ex.: EUA e Brasil.

O Brasil não adota o sistema de CONTROLE misto. Ele adota o sistema jurisdicional. O que é misto é o controle jurisdicional feito pelo Poder Judiciário, que faz tanto pelo meio DIFUSO quanto pelo meio CONCENTRADO, que é o exercício deste controle.

No SISTEMA MISTO, tem-se tanto o controle político quanto o controle jurisdicional dentro de um só país. Ex.: Suíça. Lá, revezam os dois poderes quando do exercício do controle. Se for caso de controle de lei federal, este será feito pelo sistema político, ou seja, pelo Poder Legislativo. E se a lei for local, quem exerce o controle é o Poder Judiciário (controle jurisdicional).

### PARÂMETRO ou NORMAS DE REFERÊNCIA:

Aqui, vamos analisar quais são as normas que servem de parâmetro para se fazer o controle de constitucionalidade. Usaremos as normas materialmente constitucionais e as normas formalmente constitucionais.

Que normas materiais constitucionais são essas?

R: São as Normas de Direitos Fundamentais, Normas de Estrutura do Estado e as Normas de Organização dos Poderes. (NORMA MATERIAL CONSTITUCIONAL = DEO)

Se uma lei ordinária tratar de matéria constitucional, como essas matérias acima, esta lei cujo conteúdo é de cunho constitucional, servirá para o controle?

R: Não. Para fins de parâmetro, não interessa o conteúdo ou a matéria da norma. Para fins de controle de constitucionalidade o que interessa é a FORMA de constituição desta norma. A norma tem que ser formalmente constitucional.

Então, já que a norma tem que ser formalmente constitucional, vamos analisar a CF/88. Nela nós temos o preâmbulo, a parte permanente (que engloba as Normas Originárias, as Normas de Emenda feita pela Reforma – art. 60 – e as Normas de Revisão, prevista no art. 3º do ADCT) e temos a Parte Transitória, que é o próprio ADCT.

Todas estas normas podem sofrer controle de constitucionalidade?

R: O preâmbulo, como já vimos, não sofre controle porque ele não serve, ele não é norma, ele é apenas uma diretriz hermenêutica. Com exceção do preâmbulo, todo o restante serve como parâmetro para o controle. Inclusive as normas do ADCT, elas são formalmente constitucionais e servem como parâmetro, ocorre que elas têm eficácia até que sejam exauridas. Uma vez exauridas, elas não servem mais como parâmetro.

A EC 45/04 trouxe para o art. 5, § 3º um novo parâmetro que são os TRATADOS DE DIREITO HUMANOS, desde que eles sejam aprovados com quórum de 3/5 e por 2 turnos de votação.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Qualquer dessas normas acima que sejam violadas podem sofrer controle de constitucionalidade.

### BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE:

Não existe um consenso sobre este título. Ele foi criado por um doutrinador francês chamado Louis Favoreu, que assim se referia a todas as normas francesas que tinham status de norma constitucional. Daí surgiu o nome de bloco constitucional, para englobar todas essas normas. Desta forma, tem status constitucional a Constituição Francesa de 1858, o Preâmbulo de 1946, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 além de outras normas com status constitucional.

Aqui no Brasil, também se utiliza a expressão “Bloco de Constitucionalidade”. Mas, não há um consenso quanto à sua extensão, ou seja, quanto aquilo que o bloco engloba. Canotilho por exemplo gosta de substituir esta expressão por “Parâmetro ou Norma de Referência”, que é mais restrito que o bloco. Outros chamam de nomes diferentes, mas usaremos aqui o de Canotilho.

### FORMAS DE INCONSTITUCIONALIDADE:

São as caudas da inconstitucionalidade de determinada lei.

De acordo com a inconstitucionalidade ocorrida usamos um critério, que são os seguintes:

1) Critério quanto ao TIPO DE CONDUTA:  
OMISSÃO (NON FACERE)

{ AÇÃO (FACERE)

Ou seja, que tipo de conduta o poder público adotou e que gerou a inconstitucionalidade de uma lei. Esta conduta pode ser por AÇÃO ou por OMISSÃO.

Já caiu na prova quais são os critérios ou formas de inconstitucionalidade.

A conduta de AÇÃO é o “FACERE” INCONSTITUCIONAL, é quando uma lei é feita de forma incompatível com a Constituição.

A conduta por OMISSÃO é quando o poder público não faz o que deveria fazer, ele se omite, ele deixa de praticar o ato, é o “NON FACERE”.

Somente uma espécie de norma pode gerar uma omissão constitucional: são as normas de eficácia limitada. Limitada (não auto executáveis) porque ela depende de um ato do poder público, que são aquelas normas programáticas e de princípio institutivo. (pág. 46)

As normas de eficácia contida e de eficácia plena só geram inconstitucionalidade por ação.

2) Critério quanto à Norma Constitucional Ofendida:

Ou seja, que tipo de norma está viciada pela inconstitucionalidade, uma norma que estabelece direitos (material) ou uma norma que estabelece um procedimento (formal)?

**INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL**  
**INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL**

**SUBJETIVA (SUJEITO)**  
**OBJETIVA (todo o resto que não for sujeito)**

De acordo com a norma constitucional ofendida pode haver 2 espécies de inconstitucionalidade: uma formal ou uma material.

Formal quando a norma ofendida estabelece um procedimento ou uma formalidade.  
objetiva.

Ela pode ser subjetiva ou

A **Inconstitucionalidade Formal Subjetiva** está relacionada ao sujeito que praticou o ato.

Ex.: Se o sujeito que praticou o ato era incompetente para tal, além da inconstitucionalidade ser formal ela será inconstitucional subjetiva, porque ao invés de ser feita, por exemplo, pelo Presidente da República, foi feita por um sujeito incompetente, que era um Deputado Federal.

Foi perguntada na prova: Uma sanção do Presidente da República supre o vício de iniciativa de um sujeito incompetente?

R: Súmula 5 do STF. CUIDADO!!! ESTA SÚMULA NÃO É MAIS APLICADA PELO STF. ELA AINDA NÃO FOI REVOGADA, MAS ELA NÃO É MAIS APLICADA. O STF entende HOJE, que o vício de origem é INSANÁVEL.

Mesmo que a iniciativa devesse ser do Presidente, não adiante ele sancionar um ato que outro iniciou.

A **Inconstitucionalidade Formal Objetiva** está relacionada, por exemplo, ao quórum de aprovação de determinada lei.

Na **Inconstitucionalidade Material** uma **NORMA DE FUNDO** é atingida.

**Norma de fundo é aquela que estabelece direitos.**

Ex.: art. 5º da CF/88 – em contraposição com as normas de procedimento. Assim, se algum direito fundamental individual for violada, haverá uma violação de uma norma de fundo e não de procedimento.

Quando há um conflito de conteúdo, há o ferimento de um princípio, que não admite normas incompatíveis dentro do ordenamento, que é o Princípio da Unidade do Ordenamento Jurídico. Este princípio seria quebrado se não houvesse uma unidade de normas dentro da constituição.

**3º) Critério quanto à Extensão:**

**PARCIAL**  
**TOTAL**

Com este critério podemos saber se toda a lei foi atingida pela inconstitucionalidade ou apenas uma parte dela? Quanto à extensão, a inconstitucionalidade pode ser parcial ou total.

**Em regra, a inconstitucionalidade parcial geralmente se refere a uma inconstitucionalidade de matéria, de conteúdo.**

Ex.: a lei que trata dos crimes hediondos. Parte dela foi declarada inconstitucional (art. 2, §1º), mas o resto não.

**Já a inconstitucionalidade total geralmente é uma inconstitucionalidade de forma.**

A inconstitucionalidade parcial pode incidir sobre uma palavra isolada ou tem que abranger todo o artigo, todo o parágrafo ou todo o inciso?

R: SIM! O STF pode declarar inconstitucional uma palavra ou uma expressão.

Ex.: Na Constituição de MG e de SP, há um artigo prevendo que o TJ tanto pode se utilizar como parâmetro a Lei Municipal, a Lei Estadual, a Constituição Estadual e a Constituição da República. O STF retirou a expressão “e Constituição da República”.

O que não pode é o STF retirar uma palavra e alterar o sentido da frase. A palavra deve ter sentido autônomo.

É diferente da declaração do Veto Parcial, no art. 66, §2º, onde não pode se vetar uma palavra ou uma expressão. O veto tem que abranger todo um artigo, uma alínea, um inciso ou todo o parágrafo.

**4º) Critério quanto ao Momento:**

Este critério é o mais importante!

Quanto ao momento, ela pode ser uma inconstitucionalidade **originária** ou **superveniente**. Qual o marco temporal para se ter este momento?

R: É a data de promulgação da CF/88 – 05/10/1988.

Quando uma lei é **posterior** à CF/88 e é incompatível com ela, esta lei é originariamente incompatível com a constituição. Ela já nasceu inconstitucional. **Esta lei pode ser objeto de uma ação direta de inconstitucionalidade?** R: Sim.

E se uma lei é feita antes da CF/88 que na época era compatível com a Constituição de 1967 e tornou-se incompatível com a atual, como ela fica com a nova CF/88?

R: Ela se torna **incompatível**. Aqui no Brasil, se utiliza um termo para isso, que não é inconstitucionalidade superveniente, porque o STF chama esse fenômeno em revogação, embora o Ministro Gilmar Mendes goste de chamar de não recepção.

##### 5º) Critério quanto ao prisma de violação:

Isto quer dizer, quanto ao ponto de vista que se encontra esta lei até à Constituição, está longe ou está perto.

{ INCONSTITUCIONALIDADE DIRETA = ANTECEDENTE  
INCONSTITUCIONALIDADE INDIRETA = CONSEQUENTE OU REFLEXA

Quanto ao prisma, ela pode ser direta ou indireta. A direta é também chamada de antecedente. E a indireta se subdivide em 2 espécies: ela pode ser consequente ou reflexa.

Para entender este critério é preciso lembrar daquela pirâmide onde fica no topo a Constituição, no meio fica o ato Normativo Primário e na base o Ato Normativo Secundário. A base tem o ANP como fundamento direto e a Constituição como fundamento secundário. E o ANP tem como fundamento direto a Constituição.



Então, numa **INCONSTITUCIONALIDADE DIRETA**, ou seja, **ANTECEDENTE**, será um ato normativo primário que vai violar a constituição. Logo, esta violação é direta ou antecedente.

Ex.: Decreto Legislativo é um ato normativo secundário, não atinge a constituição diretamente. Mas, se for decreto autônomo, que não pode existir, e como ele está diretamente ligado à constituição, neste caso sim cabe ação direta porque a violação é direta.

Inconstitucionalidade indireta ocorre quando há um ato intermediário entre a constituição e o ato questionado.

Ex.: nós temos uma lei e temos um decreto regulando uma lei. Se este decreto for considerado inconstitucional, como ele não está diretamente ligado à CF/88, a sua inconstitucionalidade não será direta. Nada acontece com a lei.

No entanto, se a lei é considerada inconstitucional, atinge o decreto.

Na inconstitucionalidade indireta ou consequente ou reflexa, a inconstitucionalidade do decreto é uma consequência da inconstitucionalidade da lei, que estava violando a CF/88.

Na inconstitucionalidade reflexa, a lei é constitucional, mas o Congresso de alguma forma, faz um decreto de é inconstitucional. Neste caso, o decreto causa uma inconstitucionalidade na lei e **POR REFLEXO** atinge a CF/88. A violação direta é da lei.

Diferença entre a reflexa e a consequente:

R: a importância de saber a diferença é para saber que tipo de controle usar, se uma ADI ou uma ADIN.

Ex.: Se um decreto é declarado inconstitucional, atingindo a CF/88 de forma reflexa, ele não sofre ADI, mas neste caso, a lei é inconstitucional e ela pode sofrer ADI. Na conseqüente, o decreto pode ser arrastado, porque a lei é inconstitucional e arrasta o decreto, então, neste caso, se utiliza a ADI para o decreto.

### FORMAS DE DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE:

Quer dizer, como uma inconstitucionalidade pode ser declarada.

No controle concentrado os efeitos de uma declaração são basicamente os mesmos para as mais variadas ações. Dentro destas formas de declaração, o 1º aspecto é o subjetivo.

#### 1) Critério quanto ao aspecto subjetivo.

Ou seja, quem são os atingidos pela declaração de inconstitucionalidade de uma lei? R: Depende do tipo de controle que está sendo exercido.

Quando se trata de controle concreto, o efeito é “INTER PARTES”. Somente as partes envolvidas na relação. O oposto deste efeito é o “ERGA OMNES”, quando controle é abstrato.

Só que no controle abstrato, além do efeito ser “erga omnes”, o efeito também é VINCULANTE. Vinculante para quem?

R: O Poder Judiciário (com exceção do STF que não fica vinculado a sua decisão) vincula a Administração Pública (toda ela), e o Poder Legislativo, como fica?

R: O entendimento do STF é que o PL não fica vinculado à decisão do STF. E por quê?

R: Porque em um Estado Democrático de Direito, o PJ não pode ser impedido pelo Supremo de criar leis. Só basta ao STF declarar a inconstitucionalidade. E o PL pode criar uma mesma lei, tão inconstitucional quanto a primeira já rejeitada do ordenamento jurídico. Nada o impede.

Essa não vinculação do PL às decisões do STF também é chamada de Fossilização da Constituição, onde se evita que o PL fique vinculado às decisões do STF.

### Obs.: EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO EFEITO VINCULANTE E DO EFEITO ERGA OMNES:

A CF de 88 criou a Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI (não coloque ADIN) nesta época ela tinha apenas o efeito erga omnes. Houve uma EC 3/93 que criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade. Com esta emenda foi concedida à ADC um efeito erga omnes e um efeito vinculante. Originariamente a ADI só tinha efeito erga omnes. Com o ADC surgiu este efeito vinculante para o ADC. A partir da EC 3/93 o STF começou a adotar o efeito vinculante também para a ADI. Veio então uma lei (9868/99) para regular melhor essas ações. Ela prevê o efeito erga omnes e vinculante tanto para a ADI quanto para o ADC. Isto está no art. 28, § único. Posteriormente, a lei 9882/99 que trata da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) trouxe para o ADPF os mesmos efeitos criados para a ADI e para o ADC, no art. 10, §3º.

Com a EC 45/04, ficou mais claro ainda para a ADI e para o ADC, no art. 102, §2º que em ambos há os efeitos erga omnes e vinculante.

### DIFERENÇA ENTRE EFEITO ERGA OMNES E EFEITO VINCULANTE:

São as mesmas coisas? R:

Não!

As diferenças vieram na proposta de emenda constitucional da EC 3/93.

1ª Diferença: o efeito vinculante atinge as chamadas “Normas Paralelas”.

Ex.: Suponha que o STF, em 89, quando não havia efeito vinculante, declarasse inconstitucional uma lei do Estado de MG. Isto quer dizer que esta lei não poderá ser mais aplicada no estado de MG. Mas, digamos que se houvesse a mesma lei em SP, RJ ou RS essas leis não eram atingidas.

Quando o efeito é vinculante, não apenas a lei, as todas que tem o mesmo conteúdo são atingidas pela mesma decisão. Se o STF declarar inconstitucional uma lei no PR, e uma lei no Rio prever o mesmo conteúdo, esta norma também será atingida mesmo que ela não tenha sido objeto de controle direto.

O Poder Legislativo pode legislar de novo sobre o mesmo conteúdo, ele não está impedido de legislar. O efeito erga omnes atinge apenas o DISPOSITIVO da decisão. Ex.: julgo improcedente ...

Já no efeito vinculante não. Pois ele abrange tanto o dispositivo da decisão quanto as razões da decisão, os chamados os motivos determinantes da decisão. (Ratio Decidendi) – que é o efeito transcendente dos motivos determinantes

ou transcendência dos motivos. Ou sejam, são os motivos que determinaram a decisão. Por isso que o efeito vinculante atinge normas paralelas.

Agora, as questões *OBTER DICTA* ou *DICTUM*, no singular, **QUE SÃO AS QUESTÕES DITAS DE PASSAGEM**, estas não são vinculantes, são questões acessórias e secundárias da decisão. Somente a “*Ratio Decidendi*” que é vinculante.

Em uma prova da magistratura federal perguntaram sobre o “*Binding Effect*”. O que vem a ser esse efeito?

R: Ela é do Sistema Norte Americano. Está relacionado ao “*Stare Decisis*”, que gera uma vinculação horizontal e uma vinculação vertical. A horizontal é aquela que ocorre dentro do próprio Tribunal, como ocorre aqui no Brasil com a Cláusula da reserva de Plenário. A vertical é a vinculação dos tribunais superior em suas decisões com os tribunais inferiores. Esta relação corresponde ao efeito vinculante que temos aqui no Brasil. Ou seja, BE é a eficácia vertical da decisão.

Aqui no Brasil nós não temos a vinculação dos tribunais superiores para todos os tribunais inferiores, temos apenas do STF.

· “*Binding Effect*” = Efeito Vinculativo

· “*Stare Decisis*” = regra que consagra os precedentes judiciais, existente na Inglaterra desde o Século XIX. Tal regra de precedente impõe aos juízes, em dadas circunstâncias, seguirem normas de Direito destacadas na ocasião de espécies precedentes por outros juízes. Nos EUA há regra semelhante, desprovida, contudo, do rigor com que é aplicada na Inglaterra.

([www.dji.com.br/latim/stare\\_decisis.htm](http://www.dji.com.br/latim/stare_decisis.htm))

Efeito temporal quanto ao aspecto temporal: a regra geral é a mesma tanto para o feito difuso ou concentrado. A lei declarada inconstitucional é declarada inconstitucional desde o momento que ela surgiu ou do momento da declaração? R: ela é inconstitucional desde o seu nascimento, desde o seu surgimento. Ou seja, esta decisão gera efeito EX TUNC. Esta é a regra geral.

“*Ex tunc*” é a regra geral.

Há ainda outros efeitos: “*ex nunc*” e “*pro futuro*”.

**MAS, A LEI É INCONSTITUCIONAL DESDE O MOMENTO EM QUE ELA SURTIU.**

Porém, algumas razões podem modificar ou modular este efeito *ex tunc*, gerando outros. As justificativas ou os motivos são: Segurança Jurídica ou Excepcional Interesse Social.

Ex.: A lei 8112/90 previa um tipo de concurso interno. O STF declarou esta ascensão inconstitucional porque viola o princípio do Concurso público. Se o STF desse a essa decisão efeito *ex tunc*, todos os funcionários assim ingressos deveriam deixar o cargo, deveriam devolver a remuneração recebida e deveriam refazer os atos por eles praticados porque eles eram incompetentes. Então, por uma questão de segurança jurídica, o STF deu apenas efeito *ex nunc*. (controle difuso ou abstrato)

Ex.: o STF analisou um recurso (RE 197.917 de 2002) onde ele deu um efeito “*pro futuro*” para que a decisão tivesse efeito a partir de 2004. (controle concentrado)

Perceba que esta modulação pode ocorrer tanto no controle concentrado quanto no controle difuso.

Pode haver essa modulação em norma posterior à CF/88? R: Sim!

E se a norma for anterior à CF/88?

R: Celso B. de Melo entende que não é possível a modulação em matéria de recepção, ou seja, normas anteriores à CF/88. Já o Min. Gilmar Mendes entende que SM, pode se modular.

Uma outra modalidade é a Inconstitucionalidade Progressiva ou Norma Ainda Constitucional:

Ela é uma situação intermediária entre a constitucionalidade absoluta ou plena. Ou seja, é a situação constitucional imperfeita. É a zona cinzenta, ela nem, é absolutamente constitucional e nem absolutamente inconstitucional. Por isso ela é chamada de ainda constitucional, porque se as circunstâncias fáticas forem alteradas ela progressivamente vai se tornando inconstitucional.

Ex.: Art. 68 do CPP/88. – quando a vítima for pobre, e não tiver Defensoria Pública, o MP poderá promover a ação. Quando surgiu a CF/88, esta definiu que quem deve ajuizar este tipo de ação é a Defensoria Pública, no art. 134 da CF/88. O MP/SP pediu que fosse reconhecido a não recepção do art. 68 do CPP. O STF julgou no sentido de que o art. 68

deveria permanecer uma vez que em SP ainda não havia Defensoria Pública. Ocorre que, hoje, já existe Defensoria Pública, então, esta norma do art. 68 foi progressivamente se tornando inconstitucional.

Ex.: Art. 5º, § 5º da Lei 1060/50 – prevê o prazo em dobro para a Defensoria Pública. O MP questionou isso, dizendo que isso fere a isonomia das partes. O STF julgou dizendo que há uma desigualdade fática que justifica a desigualdade dos prazos. Segundo o STF, até que as DP atinjam o mesmo nível de especialização e de estrutura do MP, este dispositivo ainda é constitucional.

Na doutrina alemã, fala-se sobre o Apelo ao Legislador que ocorre nas hipóteses de inconstitucionalidade progressiva, ou seja, nestes casos, quando a norma ainda é constitucional, o PJ faz um apelo para que o legislador corrija aquela situação.

Em alguns países existem fixação de prazos. No Brasil não existe isso, o legislador corrige se quiser e quando quiser.

Último aspecto: Quanto à Extensão da Declaração: seria esta declaração de nulidade que também pode ser chamada de declaração de inconstitucionalidade. A declaração de nulidade pode ser feita sem redução de texto ou com redução de texto. Esta declaração com redução pode ser total de texto ou pode ser com redução parcial de texto. Lembre-se que o STF entende que a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto é equivalente à interpretação conforme, seja que essas 2 formas vem diferenciada na lei 9869/99, no art. 28, § único. Esta equivalência caiu inclusive na prova da AGU em 2007.

Sem redução – o texto fica inalterado, mas uma determinada hipótese de incidência é considerada inconstitucional.

Ex.: uma lei tributária cria um imposto e este imposto passa a ser exigido no mesmo exercício financeiro. Volte na aula dos postulados das leis.

Na redução de texto, total ou parcial, o STF atua como legislador atípico (pq não é função típica dele legislar) e negativo porque é como se ele estivesse revogando uma lei. É claro que o PJ não revoga a lei, mas quando ele declara uma lei inconstitucional, é como se fosse uma revogação.

Acabamos aqui as formas de declaração de inconstitucionalidade.

#### FORMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:

O controle de constitucionalidade pode ocorrer de 2 formas: Pode ser preventivo ou pode ser repressivo.

O preventivo é feito para prevenir ou evitar a lesão à CF antes que ela ocorra. O repressivo é para reparar a lesão.

Todos os poderes fazem os 2 tipos de controle. Mas lembre-se que o poder não se divide, ele é único e emana do povo. Mas, vamos chamar aqui de PE, PL e PJ.

No Preventivo:

O PL faz esse controle através das Comissões de constituição e Justiça. No senado temos a CCJ e Cidadania e na Câmara de Deputados Federais temos a CCJ de Redação. São 2 controles portanto. Nas assembleia legislativa tb temn isso (Estado) e na Câmara de Vereadores tm (Municipal)

O PE faz esse controle através do Veto. O Veto pode ser político que é quando se veta a lei por ser ela contrária ao interesse público, e esta análise é política, por isso que se chama de veto político.

No veto jurídico, o PE faz um veto de inconstitucionalidade. Art. 66, § 1º da CF/88. O controle só ocorre apenas através do veto jurídico.

O PJ exerce controle pereventivo Tb. Mas, esta não é a regra, prque a regra do PJ é no controle repressivo. A única hipóteses onde o PJ exerce controle preventivo é por meio de MS impetrado por parlamentar quando houver ainobservância do devido processo legislativo constitucional. O MS é cabível para o parlamentar pq spo ele tem esse direito subjetivo líquido e certo pq se trata de um processo legislativo onde ele tem legitimidade. Art. 59 §§. Assim, somente o parlamentar da respectiva casa é que tem legitimidade. Ele tem que pertenceraquela casa da qual o projeto esteja em tramitação. Este é o entendimento do STF. Alguns entendem que o Presidente da República Tb teria essa legitimidade, mas este não é o entendimento do STF, porque se o PR não gostar da lei ele que se utilize do veto.

O controle é preventivo ocorre enquanto a lei está no seu projeto.

E este controle é concreto ou abstrato? É concreto por que houve violação de um direito.

*Se essa lei sofre um controle preventivo e surge uma emenda advinda dela, o STF pode analisar de novo? Não há nenhuma vedação de uma nova análise pelo PJ.*

*Ex de controle preventivo feito pelo Parlamentar no PJ: O art. 60, §4o da CF/88m quanto às cláusulas pétreas prevê que não se admite se quer a deliberação de um processo legislativo que venha a abolir uma CP.*

*Repressivo:*

*È quando projeto de lei já se tornou lei. Mas que momento é esse? O PR sanciona o projeto ou a lei?*

*R: O projeto. E promulga a lei.*

*Então é com sanção do PR é que o projeto se transforma em lei.*

*Entre a publicação de uma lei e a sua vigência, este período se chamada Vacatio Legis. Durante este período o STF não admite uma ação cujo objeto fosse o controle de constitucionalidade.*

*Controle Repressivo: Ele pode ser feito pelo PJ, PE e pelo PL.*

*PL : ele faz esse controle em 3 situações distintas: 1º) art. 49, V da CF/88.*

*2º) art. 62 da CF/88 3º)*

*Súmula 347 do STF*

*O art. 49 fala sobre o poder regulamentar e o decreto legislativo. Quando o PR produz um DL que exorbita os limites da regulamentação de um lei, o PL (Congresso Nacional) pode sustar este excesso, esta parte do decreto que é irregular. O PL faz então um DL para sustar esta parte.*

*Pergunta-se: cabe uma ADI pelo PR para questionar este DL do PL? R: Sim, pelo art.*

*59 da CF/88*

*O mesmo ocorre quando o PR exorbita dos limites de uma Lei Delegada que regulamentava uma determinada Resolução. O Congresso pode sustar aquela parte da lei delegada que foi excessiva, através de DL. E este DL pode sofrer controle de constitucionalidade através de uma ADIN.*

---

*8ª Aula - 31/10/07*

*(Cheguei atrasada na aula, o início dela já está escrito em azul (Miriam), o restante eu mesma assisti)*

*2) art. 62, CF. Medida Provisória (=MP).*

*A MP produz efeitos desde a sua edição. Por isto, já é um ato normativo desde a sua edição e por isso o controle é repressivo.*

*Dois aspectos da MP são examinados:*

*- aspecto formal – são os requisitos para a edição da MP. São eles: relevância e urgência. Não estando presentes, o Congresso Nacional rejeita a MP.*

*- aspecto material. Primeiro analisa-se a compatibilidade do conteúdo da MP com a CF, em razão do P da unidade do ordenamento jurídico. Em segundo lugar, analisa-se se ela trata de matéria vedada pela Constituição, como por exemplo, o art. 62, § 1º. Se, por exemplo, a MP tratar de Lei Complementar, ela será rejeitada pelo CN.*

*3) Súmula 347, STF. Trata-se de um controle feito pelo Tribunal de Contas, que é auxiliar do Poder Legislativo.*

*Súmula 347, STF: O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade....*

*O TC não declara a constitucionalidade, não retira a lei do ordenamento jurídico. O que ele faz é apreciar a constitucionalidade do ato normativo, no exercício de suas atribuições.*

II) PE (Poder Executivo). Somente o chefe do PE é que tem o poder de fazer o controle repressivo de constitucionalidade.

Os 3 poderes encontram-se no mesmo nível, não há hierarquia ou subordinação entre eles. Então porque o PJ está obrigado a aplicar as leis feitas pelo PL e porque o PE tem que obedecer as leis feitas pelo PL? Porque a CF assim o determina. O PJ não é obrigado a aplicar uma lei inconstitucional. Da mesma forma, o chefe do PE (o PR) deve negar cumprimento a uma lei que entenda ser inconstitucional. E como ficam as hipóteses do art. 34, VI, CF; 35, IV; e decreto-lei 201/67, art. 1º, inciso XIV (fala que é crime de responsabilidade do Prefeito deixar de cumprir lei federal, estadual e municipal ou deixa de cumprir ordem judicial)?

Eles não podem simplesmente negar cumprimento. Devem motivar o seu ato e dar publicidade a este ato. Mesma coisa o governador: também pode negar cumprimento a lei que entenda ser inconstitucional. E não precisa ser lei em sentido estrito, isto é, é qualquer ato normativo.

Até que momento a presunção é apenas relativa, isto é, até quando o chefe do PE pode negar cumprimento? Até que o STF declare a constitucionalidade com efeito vinculante. A partir que o Supremo, no controle concentrado, declare com efeito vinculante que aquela lei é constitucional, a presunção que até então era relativa se torna absoluta.

Mas outra parte da doutrina entende que o chefe do PE. Antes da CF de 88, a única autoridade que podia .... mas, a partir da CF aumentou-se a legitimidade para propor ação de inconstitucionalidade. Se o PR, o Governador e o prefeito (este só nos casos de leis estadual e municipal) entendem que o ato normativo é inconstitucional, eles que ajuízem ADIN, ao invés de negarem descumprimento. Já a jurisprudência, sua posição é em alguns julgados admite-se esse descumprimento. Isso no STJ. No STF não existe nenhum julgado sobre o assunto. Na doutrina há divergências.

Poder Judiciário – durante o período da vacatio legis não cabe o controle feito pelo judiciário. Somente a partir da entrada em vigor da lei que esse controle poderá ser exercido. Se não tiver vacatio legis, será imediatamente após a sua publicação.

Outra análise feita pelo Judiciário:

É o Exercício do Controle Jurisdicional. Ou seja, como o judiciário exerce o controle de constitucionalidade.

Diferença entre Controle Concreto e Controle Abstrato.

Controle Concreto é aquele feito a partir de um caso concreto, ou seja, a partir de uma lide. o juiz faz uma análise do processo, mas que na verdade, é abstrata. Mas, como se trata de um lide em especial, de um caso concreto levado a Juízo, é por isso que se chama controle concreto, o juiz só vai analisar se ali é cabível aquela lei ou não.

O Controle Concreto é Tb chamada de Processo Constitucional Subjetivo que tem a finalidade principal a proteção de direitos subjetivos. A finalidade principal não é assegurar a constitucionalidade do processo. O escopo principal é a proteção dos direitos subjetivos. A Supremacia fica em segundo plano. Como a constitucionalidade não é principal, o controle é feito “incidenter tantum”, é um controle incidental. Ele Tb é chamado de controle por via de exceção ou de defesa. O que não significa que a constitucionalidade só possa ser alegar na via de defesa.

O Controle Abstrato, a constitucionalidade é analisada em tese. Independe da existência de uma lide, ou de um caso concreto. Ele Tb é chamado de Processo Constitucional Objetivo. A preocupação principal aqui é com a ordem constitucional objetiva. A análise da constitucionalidade não é a questão incidental, é feita “principaliter tantum”. O controle abstrato é o controle por via de ação.

Não confunda controle concreto com difuso e nem abstrato com concentrado. São coisas diferentes. Porque vc pode ter um controle que seja abstrato e ao mesmo tempo concentrado.

Controle Difuso é aquele que pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal. É também chamado de controle aberto, porque qualquer juiz ou tribunal pode exercê-lo. É Tb chamado de Sistema Norte Americano de Controle.

Controle Concentrado é aquele que se concentra apenas em um determinado órgão. É Tb chamado de controle reservado, porque a competência é reservada a um órgão. Ex; Só pode ser feito pelo STF e pelos TJ's.

Por que americano?

*R: Porque surgiu naquele famoso caso Marbury x Madison – onde, pela primeira vez um controle de constitucionalidade foi exercido pelo Judiciário, em 1803 – juiz Marshall. A 1ª constituição no Brasil que consagrou o controle difuso foi em 1891.*

*O Sistema Reservado é chamado de Sistema Austríaco ou Europeu de Controle. É o sistema mais adotado na Europa, na Alemanha principalmente. Este sistema surgiu na Áustria, em 1920, em sua constituição, criado por Hans Kelsen.*

*No Brasil, este sistema foi criado por uma EC 16/1965. Esta em vigor a Constituição de 1946.*

*Aqui nós utilizamos qual dos 2 sistemas?*

*R: Nós utilizamos os 2 sistemas, o difuso e o concentrado. É o Exercício Jurisdicional Misto. O Professor prefere chamar este Sistema de Sistema Combinado.*

#### **CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE:**

Ele surge a partir de um controle concreto de constitucionalidade. Há uma tendência no direito brasileiro de abstrativização do controle concreto ou objetivação do controle difuso. Isso é uma influência de um sistema no outro. Esta tendência aparece nos 2 tipos de controle:

No âmbito do Poder Judiciário, o STF ao julgar o HC, cuja finalidade principal é assegurar um direito subjetivo, é uma ação constitucional de controle concreto. No HC 82959, o STF conferiu, aparentemente, efeito erga omnes à decisão. Aparentemente por que isso não foi expresso. Houve então uma reclamação 4335/AC onde se discute o efeito erga omnes ( que é típico do controle abstrato), ou se não foi erga omnes.

Ou caso é o do RE 197.917/SP, onde o Ministro Gilmar Mendes dizia que havia aqui efeito vinculante. Mas, a maioria do Supremo entende que não. Percebe-se aqui então uma tendência a uma abstrativização.

*E no Poder Legislativo (para o legislador constitucional e para o ordinário) – na EC 45/04, alterando o art. 102, § 3º, passou a exigir como requisito de admissibilidade a demonstração da repercussão geral das questões constitucionalmente discutidas (que é o Recurso Extraordinário). Isso é uma tendência a objetivação. Assim, o STF não vai analisar se a parte A ou B tem direito ou não, e sim se há constitucionalidade na lei aqui discutida, sem se prender a resolver o conflito entre A e B.*

*Outro exemplo que mostra essa tendência à objetivação é a do art. 103, A, da Súmula Vinculante (Lei 11.417/06) – SV é um entendimento do STF, adotado no controle difuso, no controle concreto, que vincula o PJ e a Administração Pública.*

*Dentro ainda de controle difuso, vamos ver RECURSO EXTRAORDINÁRIO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE CONCENTRADO:*

*Ele é utilizado no controle concentrado porque ele é um meio pelo qual se chega ao STF. Esta é a regra geral. Mas, há 1 hipótese que o REXT é utilizado no Controle Abstrato. A hipótese é a seguinte: No art. 125, § 4º da CF/88 existe um controle concentrado no âmbito estadual, que só pode acontecer no TJ. O Instrumento é a ação direta de controle de inconstitucionalidade. O objeto é: lei ou Ato Normativo estadual ou Municipal. E o parâmetro? R: Só pode ser a CE, a CF não pode, assim entende o STF.*

*Da decisão do TJ, caberia um REXT para o STF. Quando se admite este REXT para o STF?*

*R: O Requisito é que para caber um REXT, a norma violada deve ser NORMA DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Ou seja, se for uma norma de mera repetição, não cabe esta hipótese. Segundo o STF, as normas de repetição seriam normas do Poder Legislativo, CPI e Tribunais de Contas.*

*Digamos que não se trate das normas de repetição.*

*Uma lei municipal pode ser objeto de controle concentrado no STF. Caiu na prova da CESPE.*

*Ainda dentro deste assunto de controle difuso: AÇÃO CIVIL PÚBLICA (PELO TJ)*

*Pode-se ACP COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: Pode? Sim. As ACP e as Ações Coletivas, de uma forma geral podem ser utilizadas como instrumento de controle incidental. Ou seja, a ACP só se presta para o objeto de controle se a declaração da inconstitucionalidade for apenas incidental, tem que ser a causa de pedir, não pode ser o pedido da ação.*

*Se a decisão for de constitucionalidade, ou seja, a declaração for dada, ela não poderá ser dada com efeito erga omnes. Porque senão estar-se-ia usurpando a competência do STF. Se houver essa usurpação, faz-se uma Reclamação.*

*Há 2 ações interessantes aqui: RESP 557646 e o RESP 294022.*

No STF também temos o RE 227159.

**CLÁUSULA DA RESERVA DE PLENÁRIO: CONSAGRADA NO ART. 97 DA CF/88.**

Só vale esta cláusula no âmbito dos tribunais, só vale pelo voto da maioria absoluta (mais de 50% dos membros). Dá pra ver que esta RP não vale para juiz singular e nem para as Turmas Recursais dos JEC. Com esta maioria absoluta, poderá o Tribunal declarar a constitucionalidade. Refere-se apenas à declaração de inconstitucionalidade. Se for para outra coisa, não precisa observar a Reserva de Plenário. É plenário porque esta competência é reservada apenas para o Pleno do Tribunal. Quando o Tribunal tiver mais 25 membros, ele pode constituir um Órgão Especial, que terá no máximo 25 e no mínimo 11 membros. Suas funções podem ser jurisdicionais ou administrativas. Ver o art. 93, XI da CF/88. Atribuições políticas e legislativas não podem.

O órgão fracionário recebe a causa e remete para o Pleno, já que só este pode analisar a constitucionalidade em tese do processo, do caso concreto. Ele não analisa o concreto, não julga. Trata-se de um incidente processual de natureza objetiva. A decisão do pleno tem um efeito horizontal, vincula os órgãos fracionários daquele tribunal. A consequência disso é que no CPC existem 2 exceções à cláusula de plenário: são elas: manifestação anterior do próprio Tribunal (art. 481, p. único). Porque não faz sentido o plenário se organizar 300 vezes para ANALISAR (não é julgar) casos semelhantes. E a 2ª exceção é o caso da análise feita pelo STF. Lá Tb existe o Pleno, que Tb tem que observar a RP. Se lá já há uma decisão manifestada pelo STF, ele não precisa se manifestar sobre aquele assunto novamente. O órgão fracionário não precisa suscitar o incidente novamente, ele mesmo pode julgar tendo por base o entendimento prévio já manifestado pelo Pleno.

Essa manifestação do órgão fracionário é feito no controle difuso, porque se não, seria vinculante, e não dá para ser porque foi julgado pelo órgão fracionário.

O que o CPC fez foi apenas repetir um procedimento já adotado pelo Plano.

**COMPLEMENTAR COM A DOCTRINA DO ALEXANDRE MORAES!!!!!!!!!!!!!! Porque esta aula está terrível. O professor está confundindo todos da sala!**

Também não se aplica a CRP no caso de interpretação conforme a Constituição. O entendimento do STF é que como não se aplica a CRP na IC, quer dizer que Tb não se aplica a CRP na declaração de nulidade sem redução de texto. Tb não se aplica a CRP na Não Recepção.

Caiu o MPMG – a inobservância da CRP gera a nulidade da decisão? R: pelo STF, sim. Absolutamente nula.

Ainda dentro do Controle Difuso: **SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA LEI PELO SENADO. ART. 52, X da CF/88.**

Compete ao Senado suspender no todo ou em parte a execução de lei inconstitucional... esta hipótese do art. 52 não se aplica ao controle concentrado, só se aplica nos casos de controle difuso. Quando se fala em lei, quer dizer lei em sentido amplo. Pode ser lei ou ato normativo. RISTF, 178

Esta lei suspensa pelo Senado tem que ser federal, estadual ou municipal?

Como fica o Poder federativo caso ele possa suspender a lei em âmbito estadual ou municipal já que o Senado pertence ao PE federal.

R; o Senado pode suspender leis federais, estaduais e municipais. Não há uma violação do princípio federativo? Não, porque o Senado tem uma natureza /função híbrida. Ora ele atua como órgão de caráter federal, ora como caráter nacional.

Qual a diferença entre federal ou nacional? Lei federal ou nacional? Constituição Federal ou Nacional?

Oswaldo Aranha Bandeira de Melo – a federal é a parte da CF que trata apenas dos interesse da UF. Ex. Art. 59 da CF/88. Veja que aqui não se fala do processo legislativo no âmbito estadual ou municipal, só fala no processo legislativo federal. Então nesta parte temos uma constituição federal.

Já na parte do art. 21 em diante temos as competências da UF, Estadual e Municipal – logo, nesta parte da CF, esta seria a parte nacional.

Por isso que alguns autores não gostam de falar em Const. Federal.

8112/90. No caso de lei federal e lei nacional – Geral Ataliba fala que a lei federal é aquela que fala exclusivamente dos interesses da UF. Ex.: Lei

O CTN já seria uma lei de caráter nacional, por que ele não se aplica só à UF. Ele se aplica à UF, Estadual e Municipal.

No caso do Senado, é a mesma coisa, ora ele atua de acordo com os interesses da UF (é quando ele tem função federal) e ora ele atua com interesses nacionais.

O que dá ao Senado a legitimidade para atuar ora como caráter federal e ora nacional? R: O que dá a ele esta legitimidade é o fato dele ser composto por representantes dos Estados.

Mas, se ele não tem representantes dos Municípios, como ele pode suspender lei inconstitucional de um município? R: Porque é uma anomalia que temos em nosso sistema e, além disso, nem todos consideram o Município um ente

Federativo.

Agora, digamos que a lei tenha considerado toda uma lei constitucional, pode o Senado suspender só parte dela?

R: Este em “todo ou em parte” se refere à decisão do Supremo, e não à suspensão do Senado.

Ou seja, se o STF declarar toda a lei inconstitucional, o Senado suspende toda a lei. E se o STF declarar parte dela inconstitucional, o Senado suspende apenas aquela parte. O Senado tem que se ater aos limites do STF.

Agora em OUT/2007 há uma decisão sobre esta questão.

A suspensão desta lei pelo senado é um ato discricionário ou vinculado?

R: A doutrina é dividida. Discricionário – Manual Gonçalves Ferreira Filho e Paulo Brossard e Vinculado – Zeno Veloso. O que prevalece é o Discricionário. O Senado não está obrigado a suspender, ele suspende se quiser. Mas, a partir do momento que ele resolve suspender, através de uma Resolução, ele só pode suspender aquela parte da lei que o STF disse que é inconstitucional. Ele tem que se ater aos limites da decisão do STF.

#### CONTROLE CONCENTRADO:

No direito brasileiro existem 5 ações de controle concentrado: ADI (ação direta de inconstitucionalidade) sendo que ela pode ser uma ADI genérica, uma ADI “interventiva”, ou uma ADI por omissão.(AIO).

Temos ainda a ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade) ADPF (arguição de descumprimento de Preceito Fundamental)

Nem todas as ações aqui são de controle abstrato, mas são de controle concentrado. A ADI interventiva é de controle concreto, por exemplo.

Não se admite do controle abstrato (cabe em todas as ações menos na ADI interventiva), desistência, assistência, intervenção de terceiros, recurso (mas há 2 exceções: cabe o Agravo da decisão que indefere a petição Inicial e cabem os Embargos Declaratórios da decisão de Mérito). Também não cabe ação rescisória neste tipo de controle.

Nestes tipos de ação, como se trata de processo objetivo, não há partes formais. Os princípios processuais formais não se aplicam neste tipo de processo: contraditório, ampla defesa, duplo grau, ... e ainda, no processo constitucional objetivo o principal não pode proteger direitos subjetivos e sim proteger a ordem constitucional objetiva.

Na prova pode vir assim: uma lei foi objeto de ADI. Durante o processo de julgamento, esta lei foi revogada. A ADI perde o seu objeto. E os direitos violados pela lei inconstitucional? É outro assunto, quem foi violado que entre com uma ação para defender seus direitos, no caso concreto. Porque a ADI serve apenas para proteger a supremacia da Constituição. Porque ela não assegura direitos subjetivos, porque estes estão em 2º plano.

A partir de que instante a decisão se torna obrigatória?

R: a partir da sua publicação no DO. Não interessa o seu trânsito em julgado. E pode ser com efeito “ex tunc” ou “ex nunc” ou pro futuro.

No controle concentrado pode haver uma manifestação de ofício do STF sem que ele seja provocado?

R: como se trata deste tipo de controle, a declaração não pode ser dada de ofício, tem que haver provocação. Porque o objeto principal da ação é a declaração.

Já no controle concreto, pode. Porque aqui, o juiz pode de ofício. Aqui, o objeto principal é a declaração será apenas incidental.

Com relação a este aspecto, temos a INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO:

No controle concentrado, o STF não pode de ofício declarar a inconstitucionalidade de uma lei. Imagine agora uma ADI questionando os arts. 1º, 2º, e 3º de uma lei. Não foram questionados os arts. 4º e 5º desta ação. Pode o STF, de ofício, declarar a inconstitucionalidade dos arts. 4 e 5?

R: Em princípio, não. Mas, imagine que os arts. 4º e 5º não façam sentido autonomamente. Sozinhos, eles não têm qualquer sentido. Neste caso, o STF pode, por arrastamento, declarar o art. 4º e 5º tb inconstitucionais. Mas, só se houver relação de interdependência.

A inconstitucionalidade de um arrasta o outro para a sua inconstitucionalidade. Pode ser inconstitucionalidade por arrastamento ou por Atracção.

Neste caso, o arrastamento foi horizontal.

Quando for entre Lei e decreto, por exemplo, é arrastamento vertical. A lei foi objeto de ADI. Como o decreto não faz sentido sem a lei, o STF pode, por arrastamento, declarar o decreto inconstitucional.

Este arrastamento só existe no controle concentrado, nunca no abstrato.

ANÁLISE DE TODAS AS AÇÕES: PONTOS EM COMUM E PONTOS ESPECIAIS:

1) **COMPETÊNCIA:** no âmbito federal, a competência será sempre do STF.

2) **LEGITIMADOS (ATIVA):** como se trata de processo const. Objetivo, não existem partes e sim legitimados. No âmbito federal, a regra para os legitimados é ao do art. 103 da CF/88. A única exceção é quanto à ADI Interventiva. Aqui, o legitimado é outro, que é o PGR, art. 36, III da CF/88. Nas demais ações, a legitimidade será a mesma, a do art.

103 da CF/88. O STF fez ainda uma distinção que não está na lei: os legitimados universais e os legitimados especiais. Isso é jurisprudencial. A diferença entre eles é a necessidade de demonstração de pertinência temática. Segundo o STF, os legitimados especiais têm que demonstrar a pertinência temática. Senão, a ação não será admitida, pois se trata de um requisito de admissibilidade. Esta pertinência temática nada mais é do que o nexo de causalidade, que deve existir entre o interesse defendido e o ato questionado. Os legitimados universais não precisam dessa demonstração.

Quem são os legitimados universais (associe à UF) e os legitimados especiais (associe aos Estados)? R: Universal – Presidente da República, As Mesas da Câmara e do Senado, e o PGR.

Os Especiais – (engloba o DF) – Governador, As Mesas da Assembléia Legislativa e da Câmara Legislativa. Não há nenhum que corresponda ao PRG. Há ainda o Partido Político (com representação no Congresso) e o Conselho Federal da OAB que são legitimados universais. Já as Entidades de Classe de âmbito Nacional e a Confederação Sindical possuem legitimidade especial.

Um governador do RJ e outro de MG podem questionar um ato normativo feito pelo Governador de SP? R: SÓ SE HOUVER PERTINÊNCIA TEMÁTICA.

Ex.: alíquota mais baixa em SP sobre a gasolina. Os cariocas e os mineiros estavam enchendo o tanque de seus carros em MG. Houve pertinência temática. (pode haver litisconsórcio)

A legitimidade ativa é analisada na propositura da ação.

Obs.: o STF admite hoje que a “associação de associações” (ex.: entidade de classe que não a OAB) possam ter legitimidade (especial), desde que composta por pessoas jurídicas.

Entidade de Classe de âmbito Nacional quer dizer, para o STF que ele deve estar presente em pelo menos 1/3 dos Estados da federação. Ou seja, dos 27 estados (26 estados + o DF), ele tem que estar no mínimo em 9 estados.

---

[9ª aula – 09/11/07](#)

ADI preventiva é o único controle concentrado cuja legitimidade é diferente das demais. O único legitimado é PRG. O que pode ser controle de uma ADI, uma ADC e uma ADPF. Qual o objeto de cada uma.

OBJETO DAS AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO

	ADC (1º)		ADI (2º)		ADPF (3º)
Limite Espacial	Leis ou normativos federais	atos	Leis ou normativos federais ou estaduais* <sup>1</sup>		Ato do Poder Público da esfera Federal, Estadual e Municipal
Limite Temporal	EC 3/93 17/03/93	***	05/10/88* <sup>2</sup>		Anterior ou Posterior à CF/88 * <sup>4</sup>
Natureza do Ato	- Ato Primário	Normativo	Ato Primário	Normativo	- Qualquer ato do Poder Público * <sup>7</sup>
	- Ato Abstrato* <sup>5,6</sup>	Geral	e Abstrato* <sup>5,6</sup>		

(\*<sup>1</sup>) Normas emanadas do DF podem ser de competência estadual ou municipal, porque o DF tem competência híbrida. De acordo com o conteúdo da norma emanada é que você poderá dizer se ela é lei estadual ou municipal. Se for estadual, ela poderá ser objeto de ADI. Se tiver conteúdo de norma municipal, não poderá ser objeto de ADI.

Ex.: Cristóvão Buarque, governador do DF, fez uma lei que previa isenção de impostos de ICMS e ISS para alguns esportistas. O STF ao analisar esta lei, ela se restringiu a análise do ICMS porque ele é de competência estadual, e pode apreciar o ADI, Mas a norma de competência municipal ele não pode analisar.

(\*2) Atos anteriores à CF/88 não podem ser objeto de ADI. O que vier antes dela ou não foi recepcionado ou revogado, depende da corrente que se adotar.

(\*3) Cabe ADC para impugnar direito pré-existente?

Não, a ADC não pode retroagir para atingir direitos anteriores a ela, pelo Princípio da Não retroatividade.

(\*4) Como no Brasil não há inconstitucionalidade posterior, como pode haver ADPF depois da CF/88?

R: Cuidado. A ADPF não é ação de inconstitucionalidade. Ele se refere ao descumprimento, que é um termo mais amplo que a inconstitucionalidade. Para ser inconstitucionalidade de acordo com o termo usado pela CF/88, tem que ser lei ou ato normativo. Já o descumprimento, não. Qualquer ato que venha em descumprimento à CF/88 será objeto de ADPF. Inclusive atos não normativos podem descumprir a CF/88, sendo objeto de ADPF, inclusive aqueles atos anteriores à CF/88. Já na ADI, são atos normativos federais e estaduais.

O limite temporal da ADPF não existe.

(\*5) Ato normativo primário é aquele que está ligado diretamente à CF/88, entre ele e a CF/88 não há qualquer ato intermediário. Se tiver, ele já não pode ser objeto de ADC.

Ex.: Art. 24, §§ 1º e 2º da CF/88, onde se prevê uma repartição de competência vertical, normas gerais da UF e normas específicas do Estado. Estas específicas podem ser objeto de ADI?

R: De ADC não poderia, porque esta só pode ser federal. Já da ADI também não porque o confronto desta lei estadual é com a lei federal e não com a CF/88.

(\*6) O STF não admite como objeto de ADC e ADI:

- Atos Tipicamente Regulamentares (Ex.: Se um decreto estiver diretamente à CF/88, ele pode ser objeto de ADI ou ADC. Já numa portaria de determinado Tribunal pode estar ligada diretamente à CF/88 ou não, se estiver, será objeto de ADI. Se não estiver, ou seja, se tiver atos intermediários, não poderá ser objeto de ADI.

Por isso, não se deixe enganar pelo nome, tem que se analisar o ato.

- Leis de Efeitos Concretos. Ex.: Leis Orçamentárias. Quase todas elas têm efeitos concretos. Ex.: uma lei federal pode ter efeitos concretos, ao invés de geral e abstrata. Sendo de efeito concreto, não poderá ser objeto de ADI e nem de ADC, pois o STF não admite. Somente a lei genérica e abstrata pode ser objeto de ADI ou de ADC.

- Questões "Interna Corporis" – são aquelas questões próprias de Regimento Interno, internas ao corpo de determinado poder. Assim, elas devem ser analisadas dentro daquele poder. Nem mesmo o Poder Judiciário poderia, em princípio, analisar questões interna corporis. Isso ocorre não só aqui, no controle concentrado. Mas, se violar direito fundamentais, então poderá ser analisado pelo PJ.

Ex.: Regimento do Senado – falta de Quórum para cassação de um senador. O PJ não pode analisar o mérito da decisão.

- Normas Constitucionais Originárias – são aquelas feitas pelo Poder Constituinte Originário. Em razão do princípio da unidade da Constituição é que as normas originárias não poderão ser objeto de ADI ou ADC, porque este princípio prevê que a CF/88 não pode ter normas contraditórias ou antagônicas.

(\*7) O Objeto do ADPF está no 1º artigo da Lei 9882/99. Vale Tudo, qualquer ato, antes ou depois da CF/88.

**PARÂMETRO COM RELAÇÃO AS 5 AÇÕES:**

ADC	ADI	AIO	Representação Interventiva Art. 36, III	ADPF *4
Norma Formalmente Constitucional *1	- Norma Formalmente Constitucional - TIDH (3/5 e 2T – art. 5º, §3º da CF/88	Norma Constitucional de Eficácia Limitada *2	- Recusa à Execução de Lei Federal (art. 34, VI) - Princípios Constitucionais Sensíveis (art. 34, VIII) <sup>*3</sup>	- Preceitos Fundamentais: Princípios e Regras

\*1 – não interessa o conteúdo da norma. É preciso verificar apenas a forma. Logo, toda a CF/88 pode ser parâmetro para ADI e ADC, com exceção do preâmbulo.

\*2 – somente a norma de eficácia limitada pode ser parâmetro para uma ação de inconstitucionalidade por omissão.

\*3 – não é controle de constitucionalidade. É uma representação Interventiva onde só o STF pode ajuizar.

\*4 – não se refere à norma da CF/88 e sim PRECEITOS FUNDAMENTAIS DA CF/88. E quais são eles? Preceito é norma, então, ele tanto pode ser um princípio como uma regra. Isso é pacífico. Mas, quais são eles? Apenas o STF pode elencar quais são esses preceitos fundamentais. Isso ficou bem claro na ADPF no 1. Para isso, temos que analisar as jurisprudências do STF.

Alguns preceitos fundamentais: (na ADPF 33)

- Direito e Garantias Individuais; (pelo Ministro Gilmar Mendes)
- As Cláusulas Pétreas;
- Princípios Constitucionais Sensíveis.

**ANÁLISE QUANTO AOS LEGITIMADOS PARA PARTICIPAREM NESSAS AÇÕES: 1) DO PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA (PGR) – ART. 103, §1º DA CF/88**

Ele participa de todas as ações do controle concentrado. Toda vez que haja questionamento da inconstitucionalidade, o PGR deve participar. Todas as ações, não há exceção. E quando ele próprio propõe a ação, uma ADI, por exemplo, ele também vai atuar aqui como Custos Legis?

R: Sim. Inclusive o PGR pode dar parecer sobre o processo.

Ex.: O Ministro Sepúlveda Pertence, antes dele ser ministro, ele foi PGR. E depois, atuou ...o que não pode é desistir da ação, porque a desistência é proibida.

**2) ADVOGADO GERAL DA UNIÃO (AGU): art. 103, §3º da CF/88.**

Ele só participa da Ação Direta de Inconstitucionalidade, a ADI Genérica (que não é de intervenção e nem a de omissão, e também não participa do controle concreto).

Enquanto o MP atua como Custos Legis, o AGU atua como Defensor Legis. A função da AGU no controle concentrado não é dar parecer sobre a inconstitucionalidade ou não. Ele tem que defender a constitucionalidade da lei.

Ele é Defensor Legis tanto da lei federal quanto da lei estadual.

O AGU tem 2 funções: a geral, que é a de ser o chefe da AGU. Nesta função do art. 131 da CF/88, ele está subordinado ao Presidente da República. E a outra função que é especial, lhe foi atribuída pelo art. 103, §3º, e aqui, ele é obrigado, primordialmente, a defender a lei. Por isso, ele pode ir contra o entendimento do Presidente nesta 2ª função.

O AGU está sempre obrigado a defender a constitucionalidade da lei, na ADI genérica por exemplo?

R: O STF entende que se já houver uma tese considerada inconstitucional pelo STF, neste caso, o AGU não é obrigado a defender o ato impugnado. Isto é um Temperamento que o STF admite para a obrigatoriedade de defender a constitucionalidade de determinado ato pelo AGU.

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

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

**AMICUS CURIAE:**

Ele surgiu onde? Ele apareceu 1º na Lei 6385/76 (CVM) e depois, na Lei 8884/94 (CADE). Mas, ela não surgiu na Lei 9868/99 (previsão para Amicus Curiae para a ADI), ele apenas ganhou notoriedade através desta lei, no art. 7º, §2º. Este artigo se refere apenas à ADI. Mas, o Amicus Curiae também foi introduzido no CPC, no art. 482, §3º no controle difuso. Amicus Curiae é alguém que

vai contribuir para a decisão. Ele não é um terceiro interessado. O STF diz que o Amicus Curiae confere Legitimidade Social, pluraliza o debate constitucional, tornando-o mais democrático. Porque permite que a sociedade possa discutir aquela questão.

O Amicus Curiae pode intervir em ADI, pela previsão da Lei 9868/99, e o STF se manifestou a favor da ADPF também. Quanto à ADC, não há manifestação expressa, mas por analogia, se pode para a ADI, pode também para o ADC.

Qual é a natureza do Amicus Curiae?

R: Caiu na prova do TJSP. Fredie Didier afirma que o Ministro Celso de Mello defendia que o Amicus Curiae é uma hipótese excepcional de Intervenção de Terceiros. A única permitida na ADI.

Já o Ministro Gilmar Mendes, a Intervenção do Amicus Curiae não é intervenção de terceiros.

Edgar Silveira Bueno, a natureza do Amicus Curiae, é uma Assistência Qualificada.

Fredie Didier, o Amicus Curiae não é intervenção de terceiros e nem assistência. A natureza dele seria de Auxiliar o Juízo.

Há 2 Requisitos (1 objetivo / 1 subjetivo) para que o Amicus Curiae seja admitido:

1. Objetivo: que seja uma matéria relevante. Pois não é qualquer ADPF que cabe Amicus Curiae.
2. Subjetivo: que ele tenha representatividade Postulante.

Na prática, o Amicus Curiae é convidado pelo STF ou ele se oferece. Quem admite ou não a sua participação é o relator do processo.

Na ADPF 54, que trata do Aborto, o Ministro Marcos Aurélio que era relator, não admitiu a participação do CNBB (Igreja Católica) como Amicus Curiae. Porque ela não ia

Cabe sustentação Oral no Amicus Curiae?

R: Não há previsão na CF/88 e nem no RI do TSF, e nem na lei, o STF tem admitido a sustentação oral do Amicus Curiae, porque ele tem como função o debate.

#### DECISÃO DE MÉRITO E MEDIDA CAUTELAR:

	ADC	ADI	AIO	Intervenç ão Representativa	ADPF
Medida Cautelar	- Serve para suspender o julgamento dos processos das quais aquela lei esteja sendo discutida, para evitar que haja decisões desconexas no STF. Art. 21 da L 9868/99. Prazo: 180 dias para suspensão	Quem concede a MC em ADI? O Relator ou o Plenário? R: O Plenário, porque tem que ser por maioria absoluta (6 ministros). Mas, excepcionalmente, se o Tribunal estiver em recesso, o Relator pode conceder a MC. Efeito Temporal da Decisão: Como a MC é uma ação de medida precária, a regra é que o efeito seja Ex Nunc. E se o STF quiser dar outro efeito, ele pode. E quais serão as partes? Não tem. Ver art. 10 e 11 da Lei 9868/99.	*6 Não cabe MC em razão do efeito da decisão que é só para dar ciência, nem mesmo antecipada.	*7 Não cabe MC porque a intervenção depende de pressupostos. Logo, não dá para ter uma decisão cautelar.	- Maioria Absoluta (Pleno) - Salvo, no caso de Recesso, Lesão Grave ou Urgência. Neste caso, será pelo Relator.
Decisão	*3	Quórum do STF para julgar uma ADI = 8	- Ciência -Orgão Administrativo	- Pressuposto *5	- Efeito Erga Omnes - Efeito

de Mérito (Publicação)		ministros. Regra Geral: a decisão será Efeito Ex Tunc. *1 Efeito Erga Omnes Vinculante. *2	(prazo de 30 dias para suprir a omissão) - Para o PL há prazo? *4	Vinculante - Efeito Temporal, em regra: Ex Tunc. - Admite- se a modulação Temporal dos Efeitos. Art. 10, §3º e art. 11 da Lei 9882/99.
---------------------------	--	---	---	---

· ADC e ADI têm caráter dúplce ou ambivalente. Ou seja, elas são ações com sinal trocado. Uma ADI julgada procedente é o mesmo que uma ADC improcedente. Não tem diferença na decisão e nem nos efeitos. Isso está no art. 24, da Lei 9868/99.

· Pode inclusive ter ADI e ADC sobre o mesmo objeto, simultaneamente, aguardando para serem julgadas. O STF, portanto, juntam as duas, para qual elas sejam julgadas em conjunto, porque elas não podem ter decisões conflitantes.

· Propostas 2 ADIs, uma no âmbito estadual e outra no âmbito federal, a estadual fica suspensa aguardando a decisão do STF quanto à ADI federal.

\*1 Este efeito pode ser dado pela maioria absoluta do STF. Mas, pode haver uma modulação temporal dos efeitos da decisão, que pode dar a ela um efeito ex nunc ou pro-futuro. Se não houver o consenso de 8 ministros, (art. 27 da Lei 9868/99) quanto a este efeito modular temporal, o efeito será o da regra geral, ou seja, ex tunc. Ele pode ainda dar efeito quanto à abrangência da decisão.

\*2 Para os demais órgãos do PJ e para a Administração Pública.

\*3 A ADC julgada improcedente terá os mesmos efeitos da ADI julgada procedente.

\*4 Não há prazo na CF/88 para o Legislador. No entanto, o STF estipulou o prazo de 18 meses. Ver o art. 103, § 2º da CF/88.

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

\*5 A decretação de intervenção só pode ser feita pelo Chefe do Executivo. Se federal, pelo Presidente da República. Se for estadual sobre o Município, será do Governador. E ainda: a União não poderá intervir nos Estados, até porque a regra é a não intervenção (art. 18 da CF/88), onde se diz que todos os entes são autônomos. A exceção são as hipóteses no art. 34.

Lembre-se que normas excepcionais devem ser interpretadas restritivamente.

E ainda, a União só intervém em Estado ou DF, nunca em Município localizado em Estado. Só que pode intervir em Município é o Estado. Mas, se for criado um território, que é uma autarquia federal, havendo município neste território, a UF poderá intervir neste município.

Art. 34 – intervenção federal.

Art. 35 – intervenção federal em Município dentro de Território.

A Representação Interventiva é apenas um pressuposto para que o chefe do Executivo possa decretar a intervenção. Art. 36, III da CF/88. Aqui, não é o STF quem vai decretar a intervenção. Mas a sua decisão permitirá que seja decretada. Neste inciso, o PGR ajuíza RI se ele quiser, de acordo com o art. 127, I, pelo Princípio da Independência Funcional.

Há controle político neste caso. A decretação da RI precisa passar no Congresso?

R: Não, basta a análise do STF. Não há controle político nesta hipótese. Art. 36, § 3º da CF/88.

Digamos que o STF tenha decretado a intervenção. O Presidente estaria vinculado a esta decisão, estaria obrigado a intervir? R.: JAS e MGF Filho entendem que sim. Já o professor entende que não, que o presidente pode fazer uma análise política.

Numa prova objetiva, marque a posição 1º.

Veja que o art. 35, IV mostra que essa representação, segundo a Súmula 614 do STF, não é a representação de intervenção. Esta do art. 35 tem como legitimado apenas o PGR. Ela serve para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual ou de lei municipal.

Suspensão do Processo na ADI – ADC e ADPF - Art. 5º, §3º da Lei 9968/99 – só pode suspender o efeito de decisão se não houve coisa julgada.

#### ADC – AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE:

*Objetivo da ADC: ela foi criada para abreviar o tempo de pronuncia do STF. Para que se evite que se passe vários anos até que ele se manifeste.*

*Essa presunção que antes era relativa passa a ser quase absoluta.*

*Como há uma presunção de constitucionalidade dessas leis, exigiram um requisito para o cabimento do ADC, que seria a existência de uma controvérsia judicial relevante. (art. 14, III da Lei 9868/99) – assim, evita-se que o STF se torne um órgão de consulta.*

*Controvérsia relevante é aquela que passa de 5/6 discussões.*

#### ADPF – AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL:

*Polêmica: art. 4º, § 1º da Lei 9882/99 – é o chamado Caráter Residual ou Subsidiário da ADPF.*

*Atenção para a palavra “eficaz”. Qualquer outro meio pode ser controle concreto ou abstrato. O STF tem adotado o entendimento que este outro meio não é qualquer meio difuso ou concentrado, seria apenas os meios de controle abstrato-concentrado.*

*A doutrina e o STF têm entendido que há 2 hipóteses de cabimento da ADPF: 1 ADPF autônoma e 1 ADPF incidental. A autônoma está no caput do art. 1º, da Lei 9882/99. Temos na Autônoma, a ADPF Preventiva e a Repressiva.*

*Já a ADPF Incidental (art. 1º, § único da Lei 9882/99) é cabível na hipótese de discussão no Poder Judiciário, ou seja, discussão judicial, (art.3º, V). Não se trata de discussão doutrinária não.*

*O Ato da ADPF continua o mesmo, não há 2 objetos diferentes.*

*Ex.: um legitimado leva uma questão ao STF, quanto ao aborto, se ele deve ou não ser admitido no caso de acrania. O STF não vai decidir o caso em concreto. Ele só vai fazer uma discussão judicial que ao decidir, aí sim, vai influenciar no mérito da questão quando o processo descer para o Juízo Singular para decidir. Ver o art. 3º, V, da lei 9882/99.*

#### COMPARAÇÃO DE MANDADO DE INJUNÇÃO E AÇÃO INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO:

1. Trata-se de controle concreto de constitucionalidade (logo, se faz por processo constitucional subjetivo) / 1. Trata-se de controle abstrato (logo, se faz por processo constitucional objetivo).

2. É feito por Controle Difuso Limitado, porque não é qualquer juiz que pode analisar um MI. É diferente do controle difuso comum. / 2. Se faz por Controle Concentrado pelo STF ou TJ.

3. Legitimação: Qualquer pessoa (art. 5º, LXXI da CF/88) / 3. Os legitimados do art. 103 da CF/88.

4. Não cabe Medida Cautelar para os 2.

5. Decisão de Mérito: aqui reside a grande diferença entre eles. No MI, há 4 correntes diferentes para analisar a decisão de mérito no MI. A corrente NÃO concretista entende que a decisão do Judiciário não concretiza a norma, ele apenas dá ciência ao poder competente sobre a sua omissão, igual ao AIO. Em 90% dos casos, o STF defendia esta posição. Mas, ele mudou. Agora ele entende que o efeito do MI deve ter um efeito concreto. Esta corrente tem 3 subdivisões. Na 1ª corrente (Geral), o STF efetivamente supre a omissão, e tem efeito erga omnes. Ela não pode ser admitida porque invade a competência do PL. A Corrente Individual é a adotada hoje (por enquanto) pelo STF, e tem sido muito aplicada no caso do direito de greve. Neste caso, a corrente defende que o STF supre a omissão, mas sem efeito erga omnes, e tão somente inter partes. Ex.: o sindicato consegue uma decisão e apenas os membros daquele sindicato serão atingidos por ela. Porém, pode ser ultra partes, mas nunca erga omnes. E por último, a Corrente Intermediária, que fica entre as duas anteriores: ela era dotada pelo Ministro Néri da Silveira – defendia que o Poder Judiciário dever dar ciência ao poder competente sobre a omissão (corrente concreta) mas ele dá um prazo para que essa omissão seja cumprida. Se não for cumprida, ele próprio supre a omissão. / 5. No AIO, a decisão de mérito serve apenas para dar ciência ao poder competente sobre a sua omissão.

*MI – utiliza-se a lei do MS, vez que ele não tem lei própria ainda.*

*É possível Mandado de Injunção Coletivo para sindicatos e entidades de classe.*

*O AGU quando atua como Defensor Legis não fica vinculado a nenhuma súmula administrativa (súmula da AGU, por exemplo), porque ele aqui está atuando como defensor especial.*

---

14/11/07 – 10ª aula

#### DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS:

#### TEORIAS:

A) Qual a Diferença entre Direitos e Garantias Fundamentais?

R: O que os diferencia são os locais onde eles se situam no ordenamento. Mas, ambos são relacionados aos valores de liberdade e de igualdade. Além disso, visam à proteção da dignidade da pessoa humana.

A diferença: é que os Direitos Humanos estão consagrados no plano internacional, nos tratados e convenções... Já os Direitos Fundamentais estão consagrados no plano interno, no texto da Constituição.

A finalidade desses direitos é a proteção da dignidade da pessoa humana, ligados à liberdade e à igualdade. Os alemães preferem a expressão "direitos fundamentais".

### B) Natureza Jurídica dos Direitos Fundamentais:

Natureza é a essência daquele objeto de estudo.

Natureza Jurídica é a essência e o lugar de onde aquele instituto ocupa no ordenamento jurídico.

No caso dos Direitos Fundamentais, a natureza jurídica está ligada ao local onde esses direitos se encontram. Eles estão na CF/88.

Logo, a sua natureza é de Normas Positivas Constitucionais.

Os Direitos Fundamentais, antigamente, não eram normas vinculantes, eram apenas conselhos ou declarações solenes. Hoje, não. Hoje eles não são mais exaltações morais (típico da constituição que só tinha, na época, uma característica política). Hoje, elas são obrigatórias, vinculantes.

### C) Classificação dos Direitos Fundamentais segundo a CF/88:

No Capítulo II temos os Direitos e Garantias Fundamentais, que são de 5 espécies:

#### 1. Os Direitos Individuais

- consagrados no art. 5º da CF/88, mas, não se restringem ao art. 5º. Eles são também as Cláusulas Pétreas e estão espalhados por todo o texto constitucional.

#### 2. Os Direitos Coletivos (art. 5º, 6º, 7º, 9º e seguintes)

- nós temos muitos direitos coletivos dentre os direitos sociais.

#### 3. Os Direitos Sociais (art. 6º)

#### 4. Os Direitos de Nacionalidade (art. 12)

#### 5. Os Direitos Políticos (art. 14)

### D) Classificação Doutrinária do Autor Jellinek:

- Direito de Defesa (-)

- Direito a Prestações (+)

- Direito de Participação

#### Os Direitos de Defesa:

Quando os Direitos Fundamentais surgiram, sua finalidade era proteger o indivíduo contra o abuso do Estado. Então, são direitos que tem caráter negativo (-). O que é isso? Quer dizer que o direito não exige uma ação, ou uma atuação do Estado, mas, sobretudo uma abstenção por parte do Estado.

Ex.: Os direitos individuais fazem parte da classificação dos direitos de defesa, pois protegem o indivíduo dos poderes do Estado.

### Os Direitos a Prestações:

Os Direitos a Prestações exigem do Estado uma atuação (+). São direitos com caráter positivo. Exigem prestações jurídicas e exigem prestações materiais.

Ex.: Saúde, Educação, Saúde Pública, ... todos esses direitos seriam os direitos sociais, e que fazem parte da classificação Direitos a Prestações.

### Os Direitos de Participação:

Os Direitos de Participação são aqueles que permitem ao indivíduo a participação na vida política do Estado. Segundo Jellinek, eles possuem tanto um caráter positivo quanto um caráter negativo. Exigem tanto uma atuação como uma abstenção do Estado.

Ex.: São basicamente os direitos políticos.

Mas, para exercer os direitos políticos, é preciso ser Nacional. Logo, a nacionalidade é um pressuposto para a cidadania. Assim, fazem parte dos direitos de participação, tanto os direitos políticos quanto os direitos de nacionalidade.

Ex.: Atuação do Estado: realizar eleições periódicas.

Ex.: Abstenção do Estado: não impedir a participação do indivíduo nas eleições.

Questão de prova da CESPE: Os Direitos a Prestações possuem uma Carga Eficacial menor que os Direitos de Defesa. Certo ou Errado?

R: De fato, o Direito a Prestações tem uma eficácia menor mesmo que os Direitos de Defesa, em razão da carga orçamentária que o Estado possui. E isso se justifica porque os Direitos de Defesa são facilmente implementados, porque basta que o Estado se abstenha, enquanto que o outro direito exige uma participação, uma atuação do Estado.

### E) Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais:

Temos no Art. 5º, §1º da CF/88 – que as normas e garantias dos Direitos Fundamentais têm aplicação imediata.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País (só os residentes no país? Não!) a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Porém, é preciso examinar o seguinte:

A interpretação deste enunciado não é pacífica. Ela admite 2 interpretações.

1ª Interpretação: O Art. 5º, § 1º é uma REGRA:

A 1ª interpretação é do Min. Eros Grau e do doutrinador Dirley. Eles defendem que este dispositivo é uma REGRA, que todos os Direitos Fundamentais têm de ser aplicados DIRETA e IMEDIATAMENTE. O juiz poderia aplicar diretamente esses direitos fundamentais, como se fossem uma regra. Deveriam ser aplicados como mandamento de definição, deveriam ser aplicados na medida exata das suas descrições.

2ª Interpretação: O Art. 5º, § 1º é um PRINCÍPIO:

A 2ª interpretação adotada pela CESPE e, também pelo Professor Marcelo Novelino, é aquela criada por Ingo Sarlet (gaúcho), que interpreta este dispositivo não como regra, mas como PRINCÍPIO.

Desta forma, podemos entender esta 2ª interpretação assim: sendo o art. 5º, § 1º uma regra (mandamento de definição), os direitos e garantias fundamentais devem ser aplicados imediatamente.

No entanto, interpretando o art. 5º, §1º como sendo um princípio (mandamento de otimização), ele manda que se apliquem os direitos e garantias fundamentais na maior medida possível, de acordo com o seu enunciado e de acordo com a natureza do seu dispositivo.

Ex.: Art. 7º, IV da CF/88 – que fala do salário mínimo e seus fins.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

Como se aplica este dispositivo? De forma direta e imediata (regra – 1ª interpretação) ou como princípio, na maior medida possível?

Perceba que este dispositivo depende de uma lei que fixe o SM. Uma vez que não existe uma lei falando e fixando um valor do SM, o juiz não pode aplicar este dispositivo de forma direta e imediata. É um dispositivo que depende de outra vontade.

Até no art. 5º, que fala dos direitos autorais, depende de outra norma direta que a complemente e imponha uma aplicabilidade direta e imediata.

Logo, para o professor, a 2ª posição sobre a interpretação é a melhor.

Por isso, a conclusão que se chega é que:

Os Direitos de Defesa, em sua maioria, são formados por Normas de Eficácia Plena ou de Eficácia Contida. Os Direitos a Prestações – a maioria é formada por normas de eficácia limitada.

Direitos de Participação – eficácia plena e contida

#### F) GERAÇÕES OU DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:

Os direitos foram sendo consagrados em épocas distintas na História. E por conta dessas separações na linha do tempo, cada época recebeu um nome, refletindo a fase histórica em que as gerações surgiam. Elas se assemelham com o lema da Revolução Francesa qual seja: Liberdade, Igualdade e Fraternidade. (LIE) – (inverso da ordem alfabética)

#### AS GERAÇÕES:

Os direitos de 1ª geração estão ligados à Liberdade. Os da 2ª geração estão ligados à Igualdade.

E os da 3ª geração estão ligados à Fraternidade.

Todas essas gerações co-existem. Uma não exclui a outra. Por isso alguns autores preferem a expressão “dimensões” ao invés de “gerações”, por que as dimensões existem uma ao lado da outra, enquanto que a expressão geração remete à sucessão de uma sobre a outra, o que não ocorreu de fato.

#### 1ª GERAÇÃO: LIBERDADE (-)

Surgiu no final do Século XVIII, com as Revoluções Liberais (demanda da 1ª geração) quais sejam, a Francesa e a Norte Americana.

A Classe Social responsável por esta revolução era a burguesia. Ela não brigava por direitos sociais (porque ela já estava em uma posição favorecida). O que ela queria era a segurança da sua liberdade, em face do poderio do Estado. Isso se reflete nos Direitos de Defesa, que tem caráter negativo, ou seja, onde o Estado deve se abster de interferir na liberdade do cidadão (-). Esses direitos são os CIVIS e os POLÍTICOS. São direitos basicamente INDIVIDUAIS, relacionados à liberdade do cidadão. ESTÁ LIGADO À IDÉIA DE DIREITOS INDIVIDUAIS.

#### 2ª GERAÇÃO: IGUALDADE (+)

A demanda aqui foi a Revolução Industrial feita pelo Proletariado. Surgiu no Século XIX, e predominou no Século XX.

Os direitos envolvidos nesta geração são os Direitos à Prestação, exigindo do Estado uma atuação positiva (+). Esses direitos seriam os Direitos SOCIAIS / ECONÔMICOS / E CULTURAIS, que visam à redução das

desigualdades fáticas. Se não existissem desigualdades, o Estado não precisaria impor esses direitos, porque cada um pagaria suas contas, sua saúde, alimentação...portanto, como não é assim, o Estado tem que proteger os mais necessitados.

Os direitos de 2ª geração são conhecidos como DIREITOS COLETIVOS.

Caiu na CESPE: As Garantias Institucionais surgiram em qual dessas gerações?

R: Esta garantia não protege o indivíduo, mas determinadas instituições. E elas surgiram para proteger a família, a imprensa livre, o funcionalismo público, tudo aquilo que é importante para o Estado. Elas surgiram na 2ª geração. **ESTÁ LIGADO À IDÉIA DE DIREITOS COLETIVOS.**

Até aqui, todos os doutrinadores escrevem a mesma coisa. Mas, a partir da 3ª geração, começam as divergências, porque a partir dela, as gerações são mais recentes.

### 3ª GERAÇÃO: FRATERNIDADE / SOLIDARIEDADE

Na 3ª geração, o autor mais cobrado é o Paulo Bonavides.

Aliás, para quem quer se aprofundar em Direitos Fundamentais, leia Paulo Bonavides.

Segundo ele, a 3ª geração surgiu em razão da divisão do mundo em países desenvolvidos e subdesenvolvidos. A constatação dessa diferença gritante deu origem aos direitos ligados à fraternidade e à solidariedade, daqueles que podem mais para com aqueles que podem menos, ou seja, dos países ricos com os países pobres.

Exemplo dos Direitos que surgiram nesta 3ª geração:

- Direito ao Meio Ambiente.
- Direito ao Progresso ou Desenvolvimento.
- Direito de Auto Determinação dos Povos. (é um princípio que rege o ordenamento, no art. 4º da

CF/88)

- Direito de Propriedade sobre o Patrimônio Comum da Sociedade.

- Direito à Paz – nos livros dele, ele citava esse direito como sendo um direito de 3ª geração, até 2006. Mas, em uma palestra, ele comentou que este direito seria de 5ª geração.

A que tipo de direitos a 3ª geração está relacionada?

R: A 3ª Geração está relacionada aos DIREITOS DIFUSOS, ligados por uma relação fática e não por uma relação jurídica.

### OBS.: A 4ª Geração dos Direitos Fundamentais:

Ela não tem um nome específico, e o motivo que a gerou (demanda) foi a Globalização Política.

Paulo Bonavides ressalta 3 direitos como sendo de 4ª Geração (DIP):

- Direito à Democracia
- Direito à Informação
- Direito ao Pluralismo

Segundo a CF/88, o Pluralismo Político seria um fundamento da República Federativa do Brasil. Tem que saber de cor. Art. 5º da CF/88 - Eles são DIREITOS DIFUSOS.

A 5ª Geração é muito divergente, e não vale a pena estudar.

### G - DIREITOS E GARANTIAS:

A CF/88 fala em Direitos e Garantias Fundamentais. Vejamos quais são eles.

A CF/88 consagra esses direitos, mas não basta consagrar. É preciso que também se dê mecanismos de defesa a esses direitos. E esses mecanismos de defesa são as garantias.

Qual a diferença entre direitos e garantias?

R: Segundo RUI BARBOSA, os DIREITOS são disposições MERAMENTE DECLARATÓRIAS, que imprimem existência legal a valores constitucionalmente consagrados. E as GARANTIAS seriam as DISPOSIÇÕES ASSECURATÓRIAS, que atuam na defesa desses direitos.

Então, a CF/88 cria valores tais como a liberdade, a moralidade, a dignidade, ... tudo isso no plano axiológico. E depois de tê-las criado, transformam-se em valores jurídicos, em normas, como os princípios e os direitos.

Garantias são disposições assecuratórias que protegem os direitos em face do arbítrio estatal e em alguns casos, até do arbítrio (ou abuso) de particulares.

Assim, hoje, a doutrina entende que não só os Estados são destinatários desses direitos, mas, em alguns casos, são destinados aos particulares também.

A garantia não é um fim em si mesmo, ela é um meio. Um meio de proteção. (um meio de proteção a um direito violado)

Muitos acham que as garantias são os remédios constitucionais: MS, ACP, MI, HC, HD, ...mas não é só isso! As garantias vão além dos remédios constitucionais. Elas podem ser representadas pelos princípios, ... (ver depois a abrangência das garantias).

Ex.: O Princípio da Legalidade (de consciência, de crença, ...) também é uma garantia. – art. 5º, VI da CF/88. Ex.: Princípio do Juiz Natural – art. 5º, XXXVII da CF/88.

Ele é um direito em si ou é a garantia de um direito, o direito de liberdade?

R: O Direito de Liberdade é a garantia de um direito, ele garante que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Ex.: Direito de Propriedade.

#### GARANTIA E REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS :

Logo, a garantia protege um direito substancial. E não é só pelos remédios constitucionais que ela se revela. Os remédios constitucionais são espécie do gênero garantia, sendo esta muita mais ampla. A garantia pode se traduzir pelos remédios constitucionais ou pela própria norma que assegura o direito.

#### H) EFICÁCIA VERTICAL E HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:

O Professor Gustavo Tepedino fala bem deste tema.

Os Direitos Fundamentais surgiram para proteger o indivíduo do Poder do Estado.

O Estado tinha o Poder e os indivíduos tinham os direitos. Como a relação do Estado com o Particular é uma relação de cima para baixo (de hierarquia, de subordinação), se fala em relação vertical desses direitos (EFICÁCIA VERTICAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS).

Quando as primeiras constituições surgiram, só havia essa eficácia vertical. Com o decorrer do tempo, percebeu-se que entre os particulares havia uma relação de Coordenação. Sendo assim, temos aqui uma relação horizontal. A eficácia horizontal seria a aplicação dos DF às relações entre particulares (EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS).

Alguns autores falam que elas são relações interprivadas. Mas, o professor prefere entre particulares, porque envolvem todas as relações e não apenas as relações entre particulares.

Existem várias teorias sobre essa relação horizontal, se ela é auto-aplicável ou não, ...o melhor autor sobre este tema é o Daniel Sarmento. Temos também Wilson Steimnetz.

QUANTO À APLICABILIDADE OU NÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SEGUNDO A EFICÁCIA HORIZONTAL, NÓS TEMOS 2 TEORIAS:

1ª Teoria Sobre a Eficácia Horizontal:

TEORIA DA INEFICÁCIA HORIZONTAL (“STATE ACTION” – EUA):

Segundo essa teoria, os Direitos Fundamentais não seriam aplicáveis às relações horizontais.

Ou seja, entre particulares, os direitos fundamentais não teriam eficácia. Essa doutrina parte do pressuposto que uma violação aos Direitos Fundamentais só poderia advir das relações do Estado, do Poder Público com os particulares, ou seja, de uma relação vertical.

Segundo o Daniel Sarmiento, a única exceção a esta não aplicabilidade dos DF às relações particulares seria o fim da escravidão, nos EUA, pela 13ª Emenda Constitucional. (Pois, quem mantinha a escravidão era a aristocracia, o grupo de privilegiados da época).

Segundo Virgílio Filho, defendendo a linha de pensamento de Daniel Sarmiento, os DF só são oponíveis ao Estado, mas a doutrina desta teoria tem por finalidade contornar essa situação, essa impossibilidade de se aplicar os DF às relações horizontais, ou seja, torna possível a sua aplicação, entre os particulares, através da criação de um artifício, equiparando determinados atos privados como se fossem atos estatais, assim, permitindo a sua aplicação.

### 2ª Teoria Sobre a Eficácia Horizontal: TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL INDIRETA:

Seu principal defensor é Dürig. Ela é predominante na doutrina Alemã.

Esta teoria entende que a eficácia horizontal se aplica às relações particulares, mas só se aplica de forma indireta. Ou seja, e forma reflexa, mediata, seja direcionada ao legislador que não poderá editar leis que viole direitos fundamentais ou ainda, para que ele, legislador, implemente os direitos fundamentais, ponderando quais devam se aplicar às relações privadas. No 1º caso, há uma dimensão proibitiva para o legislador, e no 2º caso, há uma dimensão positiva para o mesmo.

Como assim?

É necessário que haja a regulamentação de uma norma de direito privado, fazendo essa intermediação, pois diretamente os DF não poderiam ser aplicados.

Fundamento: Se aplicarmos os DF diretamente aos particulares como se aplicam aos Estados, isso vai gerar as seguintes conseqüências:

1. Isso aniquilaria a autonomia privada.
2. Haveria uma desfiguração do Direito Privado.
3. Isso causaria uma insegurança jurídica que daria margem a um subjetivismo judicial.

Desta teoria, nasceu a Teoria Irradiadora dos Direitos Fundamentais, do Daniel Sarmiento.

Esta teoria explica que os DF possuem uma dimensão OBJETIVA, da qual decorre a sua “eficácia irradiante”, seja para o legislativo ao elaborar a lei, como para a Administração Pública, ao “governar”, bem como para o Poder Judiciário ao resolver eventuais conflitos. (me parece que esse efeito defendido pelo Daniel Sarmiento irradia para os três poderes do Estado).

Desta teoria se entende que os DF irradiariam os seus efeitos através do Direito Privado.

Esta teoria fala em “Porta de Entrada” ou “Pontos de Infiltração”, querendo dizer que os Direitos Fundamentais teriam portas de entrada, que seriam as cláusulas gerais, que são os pontos de infiltração que permitem fazer elo com os direitos privados. (Não entendi o Marcelo Novelino aqui!) 

### 3ª Teoria:

#### TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DIRETA (Alexy e Nipperdey)

Ela surgiu na Alemanha, mas hoje ela não é mais predominante, só o é em Portugal, Itália e Espanha. Na Alemanha, predomina a 2ª teoria.

Segundo esta teoria, os Direitos Fundamentais são aplicados diretamente às relações entre particulares. Ou seja, não seriam necessárias artimanhas interpretativas.

Esta teoria não defende uma aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações particulares com a mesma intensidade que com o Estado, em razão do Princípio da Autonomia da Vontade (que impede essa aplicação de mesma força).

Esta teoria não nega que o Direito Privado regulamente a norma ou que se faça a aplicação dos Direitos Fundamentais pelo Direito Privado. Mas, uma vez que inexistia norma em Direito Privado, então se aplicaria diretamente os Direitos Fundamentais.

QUAL É A TEORIA APLICADA NO BRASIL?

R: a 1ª só é aplicada nos EUA.

No Brasil, os juízes aplicam diretamente os DF, sem qualquer fundamento, sem sequer mencionar essas teorias. Quem começou a aplicar essas teorias foi o Ministro Gilmar Mendes, sobre a aplicação direta dos Direitos Fundamentais nas relações particulares (eficácia horizontal).

Ocorre que o que é bom na Alemanha, pode não servir para o Brasil. Nosso estágio cultural está aquém do alemão. Além disso, as desigualdades sociais aqui são infinitamente maiores que na Alemanha.

Aqui, havendo lei, se aplica diretamente na relação particular.

Ex.: RE 158215 do RS – entendeu-se como violado o princípio do devido processo legal e a ampla defesa na hipótese de exclusão de associado de cooperativa sem direito à defesa;

RE 201819 do RJ – Gilmar Mendes – exclusão de membro de sociedade sem a possibilidade de sua defesa – violação do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

RE 161243-6 – caiu na prova da CESPE – Discriminação de empregado brasileiro em relação ao francês, na empresa “Air France”, mesmo realizando atividades idênticas. Determinação de observância do Princípio da Isonomia.

Os funcionários brasileiros da Air France pediram que fosse aplicado o Princípio da Isonomia, uma vez que os funcionários franceses contratados aqui no Brasil tinham mais regalias que os brasileiros da mesma empresa. O STF julgou que se deve aplicar diretamente o princípio da igualdade a esta relação particular. E a CESPE adotou este entendimento.

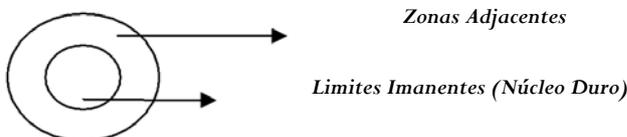
Se não houver norma para se aplicar diretamente ao caso concreto, aplica-se o princípio, segundo a Máxima Efetividade. (art. 5º, §1º da CF/88)

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

### 1) LIMITES IMANENTES (ORIGINÁRIOS/PRIMITIVOS) DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Todos os direitos são relativos. Nenhum direito é absoluto, porque todos os direitos são limitados pelos demais. Às vezes, um direito deve ser sacrificado para que outro seja aplicado.

Porém, os Limites Imanentes seriam uma espécie de núcleo duro dos Direitos Fundamentais. E além deste núcleo, nós temos as Zonas Adjacentes.



O Núcleo Duro é determinado a priori ou a posteriori?

R: Segundo José de Andrade, esses Limites Imanentes seriam determinados a priori, segundo uma interpretação em abstrato. Segundo ele, quando se protege o direito à liberdade, já se exclui os outros direitos que não se coadunam com o direito de liberdade.

O 2º entendimento é o oposto do 1º. Segundo Alexy e Canotilho, os limites imanentes seriam determinados a posteriori, e não por meio da interpretação, mas sim através da PONDERAÇÃO, ou seja, somente diante de um caso concreto, e não diante de um caso em abstrato.

Ou seja, em princípio, a pessoa pode fazer o que bem entender. No momento em que ela ultrapassar os limites daquele direito já esbarrando em outro, é que se aplicariam os limites imanentes, ou seja, a posteriori.

A que predomina é a ponderação.

### CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO / ARGUMENTAÇÃO:

Caiu na prova de TJSP, e é exatamente o texto do Luiz Barroso e da Ana Paula Freitas.

Segundo eles, há 3 etapas:

1ª etapa: Consiste em identificar as normas e agrupá-las.

*Aqui, é preciso identificar a norma e agrupá-la, comparando um grupo com o outro. Utiliza-se a subsunção. Isso só se aplica aos casos difíceis (princípios).*

*Subsunção (premissa maior – norma e premissa menor – fato. Subsunção lógica = ?) A 2ª etapa já se trata da análise do caso concreto, que consiste na circunstância (?)*

*Na 3ª etapa, que já difere da ponderação, tem-se que atribuir peso a qual das normas deve ser aplicada com mais intensidade. Já na Subsunção, a aplicação é imediata. Na 3ª etapa, aplica-se a Lei de Ponderação (quanto maior a intensidade da intervenção em um direito Fundamental, maiores hão de ser os motivos justificadores da intervenção).*

*Ligada à Ponderação, está a Argumentação. Aqui há 3 premissas que inclusive estão presentes no texto do Luiz Barroso. A argumentação tem por fim reduzir o subjetivismo da ponderação, trazê-la para o mundo prático.*

*Os critérios para argumentar:*

*1º) Para se argumentar, é preciso 1º explicitar quais são as normas explícitas ou implícitas que você identificou e agrupou (na 1ª etapa). Sendo uma argumentação jurídica, você tem que analisar normas jurídicas.*

*Ex.: o juiz na sentença tem que expor quais as normas balizaram sua decisão.*

*2º) O 2º passo para a argumentação é a universalização do critério adotado. Ou seja, se aquele critério pode ser aplicado a outros casos iguais, pelo princípio da Isonomia. Portanto, o critério deve ser aquele universal. Se não puder fazer essa universalização do critério, então, alguma coisa está errada.*

*O 3º passo são os Princípios Instrumentais (ou os Postulados) e os Princípios Materiais.*

*Os princípios instrumentais vão traçar qual é o caminho a ser seguido. Os princípios materiais vão dizer qual é o fim a ser alcançado.*

*Ex.: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.*

#### **DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA:**

*A dignidade humana é um termo universal, que tanto pode atingir uma pessoa como uma coletividade. Mas, quando se fala em dignidade da pessoa humana, é do indivíduo separadamente.*

*O que é a DPH?*

*R: Está no art. 1º, III da CF/88.*

*É um direito fundamental? Não. Ela não é sequer um direito. Porque não é o ordenamento que atribui a dignidade.*

*Para alguns a dignidade seria um valor ou um atributo.*

*Para aqueles que defendem que é um valor, complementa ainda dizendo que ela seria o núcleo axiológico da Constituição, seria um núcleo supremo, o valor supremo. Que o Estado existe para o Indivíduo e não o indivíduo para o Estado.*

*Para aqueles que defendem que a dignidade é um atributo, todas as pessoas teriam essa dignidade, independentemente de cor, sexo, situação econômica...*

*A consequência principal da DPH é que ela deve ser PROTEGIDA e PROMOVIDA pelo Poder Público. E quais são os direitos que podem promover e proteger os DPH?*

*R: São os DF.*

*Isso ocorre porque ambos possuem um núcleo comum.*

*A DPH é que confere o caráter sistêmico e unitário dos direitos fundamentais. (por causa do núcleo em comum) No entanto, nem todos os DF decorrem da DPH com a mesma intensidade. Os que derivam em 1º grau são os*

*direitos de liberdade e de igualdade. Uma violação à liberdade ou à igualdade fere a DPH.*

*Vejamos o CONTEÚDO DA DPH:*

*Vimos que a derivação de 1º grau à DPH são a liberdade e a igualdade. Portanto:*

*CONTEÚDO DA LIBERDADE: este conteúdo está ligado à “Fórmula do Objeto” que foi batizada por Kant. Segundo ele, o que difere o homem dos demais seres é a dignidade. A dignidade seria o seguinte: o ser humano deve ser tratado sempre como um fim em si mesmo, nunca como um meio. Toda vez que o homem fosse tratado como um objeto, como um meio para se chegar a um fim, ele estaria tendo um direito lesionado., uma violação à dignidade da pessoa.*

*Com o tempo, a jurisprudência começou a entender que essa posição de Kant não é absoluta. Para ela, não basta tratar o homem como objeto para se violar a sua dignidade, é preciso ainda um caráter subjetivo, que é o DESPREZO.*

*Ex.: As pessoas que se oferecem para os laboratórios para se submeter aos testes contra a AIDS.*

Não houve aqui violação à dignidade da pessoa humana. Mesmo que elas estejam concordando em ser tratadas como objeto, mas é para um fim social.

Ex.: O Estado submeter os presidiários a este tipo de tratamento. Há aqui desprezo pela pessoa humana. Houve violação da dignidade.

Relação da Igualdade e o Mínimo Existencial.

O ME seria o conjunto de bens e de utilidades indispensáveis a uma vida humana digna. Ela é associada a vários autores como sendo o núcleo da reserva mínima.

Quando o ME é violado, também se fere a dignidade da pessoa humana. E está ligada à igualdade por que o Estado tem o dever de reduzir as desigualdades sociais.

Quando se fala na Dignidade da Pessoa Humana, o que se lembra logo é o Arremesso de Anões nas casas noturnas francesas. Esse tipo de atividade viola o princípio da atividade humana, porque está tratando ele como projétil de canhão e também revela o desprezo pelo ser humano que se encontra naquela condição inferior vertical daquelas pessoas. O Tribunal Francês decidiu a favor do policial que fechou os estabelecimentos noturnos.

Os anões recorreram, dizendo que o que violava a DPH era deixá-los desempregados, isolados em casa, sem a alegria da apresentação, passando dificuldades...

E agora??? Quem pode decidir isso?

#### DESTINATÁRIOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:

A quem se destina os DF?

R: Pela leitura literal do art. 5º, caput da CF/88, os destinatários seriam os brasileiros e aos estrangeiros residentes no país.

O Prof. José Afonso da Silva faz essa interpretação deste artigo. Para ele, um estrangeiro que não resida no Brasil não poderia interpor, por exemplo, a um MS. Ele teria que apelar para os Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Porém, não este o entendimento que prevalece no Brasil. Para Celso Bastos, numa interpretação extensiva, TODOS os seres humanos possuem a DPH, independentemente da sua nacionalidade. Assim, se todos têm dignidade e todos são destinatários desses DF. Até porque o DPH está ligada diretamente aos DF, em 1º grau.

ESTUDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: próxima aula.

---

#### 11ª AULA – 23/11/07

#### DIREITOS FUNDAMENTAIS:

Art. 5º da CF/88:

##### TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais CAPÍTULO

I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

#### 1. O DIREITO À VIDA – A INVOLABILIDADE DO DIREITO À VIDA:

É um dispositivo que tem sido muito cobrado nas provas da magistratura e na defensoria, principalmente nas provas discursivas e orais. A inviolabilidade é quanto ao direito à vida, e não quanto à vida. Quer dizer, o legislador deve proteger ou regular o direito à vida.

Mas, em que momento se inicia a vida?

Quanto a que momento se começa a proteger a vida (entra aqui a questão do aborto, anencéfalo...). Outra questão, é que o direito à vida está ligado à dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da CF/88, onde se defende que não basta ter direito à vida, mas a uma vida humana, ou melhor, vida DIGNA.

#### Dos Princípios Fundamentais

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela **união indissolúvel** dos **Estados** e **Municípios** e do **Distrito Federal**, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

#### INVIOLABILIDADE E IRRENUNCIABILIDADE:

Quando a CF/88 fala em inviolabilidade, quer se referir à proteção do direito à vida contra terceiros. É diferente da outra característica dos direitos fundamentais que é a irrenunciabilidade.

A diferença entre elas é que a INVIOLABILIDADE protege o direito à vida com relação aos terceiros e a IRRENUNCIABILIDADE protege o direito a vida não contra 3os, mas em face do próprio titular. Ex.: As Testemunhas de Jeová, a Eutanásia,...

O direito à vida não é um direito absoluto, assim como os demais direitos protegidos pela CF/88. Ele passa pelo Princípio da Relatividade e das Convivências Públicas.

Ex.: A própria CF/88 consagra o direito à Penal de Morte, no art. 5º, XLVII – não haverá pena de morte, salvo no caso de guerra declarada. Isso é uma hipótese de restrição à vida, ou seja, que relativiza o direito à vida.

No CP também há outras restrições ao direito à vida, como a Legítima Defesa e o Estado de Necessidade. Ex.: Você não está obrigado a sacrificar a sua vida em detrimento da vida do outro.

E pode haver essa relativização do direito à vida em outros casos, como o Direito de Aborto (quando oriundo de estupro).

Tudo isso demonstra que a inviolabilidade do direito à vida não é absoluta.

#### QUANDO SE INICIA A VIDA HUMANA?

R: Há 4 posicionamentos.

1. **IGREJA CATÓLICA** (0 dia) – se inicia quando da concepção, ou da fecundação.

É bom lembrar que juridicamente esse dado não pode ser levado em consideração porque com o início da República, o Brasil se tornou um Estado Laico. O Pacto de San José da Costa Rica (do qual o Brasil é signatário) defende esta posição, qual seja que o Estado deve proteger o direito à vida a partir da concepção. Assim, no momento em que o óvulo se funde ao espermatozóide, e que se forma o zigoto, começaria a vida.

2. **NIDAÇÃO** (7/10º dia): Esta teoria defende que a vida se inicia não da concepção, mas depois, com a NIDAÇÃO, que é a chamada Vida Viável. Ela ocorre entre 7-10 dias após a concepção. Numa ADI (3510) fala-se sobre a pesquisa das células tronco – embrionárias. É um dado que se deve levar em consideração para fins de pesquisa, aborto, ...

3. **FORMAÇÃO DO SISTEMA NERVOSO** (14º dia): Para esta teoria, a vida humana se inicia a partir da Formação do Sistema Nervoso Central, que ocorre entre 14º dia após a fecundação. Este é o entendimento adotado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão.

A Lei 9434/97, aqui no Brasil, fala sobre a doação de órgãos, que poderá ser feita a partir da morte encefálica. Este dado importa porque, se o fim da vida se dá com a morte encefálica, quer dizer que o início da vida, a contrário censo, só poderia se dar com o início da formação do sistema nervoso – Luiz Roberto Barroso.

4. A vida se inicia a partir da 24ª/26ª semanas. É o entendimento adotado nos EUA, na França (eles entendem que a partir destas semanas, o feto tem capacidade de sobreviver sem a mãe) e também do Reino Unido. Até

chegar a estas semanas, o aborto é permitido, sem qualquer critério restritivo. A partir deste período, a proteção dada ao feto vai aumentando gradativamente nestes países.

No Brasil, o aborto foi levantado por uma questão de saúde pública. Mas, ainda não foi regulamentado. Na França, já é tratado assim.

A tendência é que se deve dar segurança à mulher que quer realizar o aborto. Na Alemanha, entendem que os direitos fundamentais da gestante justificam o aborto.

A não criminalização do aborto não significa um incentivo ao aborto, é preciso se aprofundar nisso, pensando na prova discursiva e na prova oral.

#### A ADPF 54:

E os fundamentos de LRB para que o aborto oriundo de um feto com acrania não seja considerada crime.

Caiu em algumas provas:

A ADPF 54 foi proposta pela Confederação (se é Confederação, só pode ser Nacional) da Área da Saúde, baseada nos fundamentos de Luiz Roberto Barroso, que tem também um artigo sobre este tema.

Os seus principais argumentos para que o aborto de acrania não seja considerado crime são:

1º Argumento: A antecipação terapêutica do parto não é aborto. (atipicidade da conduta)

Não há em sentido JURÍDICO, vida humana a ser protegida neste caso, onde o feto não tem formação do centro nervoso central (segundo a lei 9434/97) Mas, isso é em sentido jurídico, e não no sentido religioso ou filosófico.

2º Argumento: Ainda que se considerasse aborto, esta conduta não seria punível. (Interpretação Evolutiva do Código Penal)

O CP, no art. 128, prevê 2 hipóteses onde o aborto não é crime, ou melhor, ele não é punido. É o chamado **Aborto Necessário**, que ocorre quando há má formação genética do feto e que coloque em risco a vida da gestante. Essa hipótese não gera maiores discussões.

A outra hipótese é a mais polêmica, que é o caso do **Aborto Sentimental** ou **Aborto Afetivo**, que caiu no MPRJ. Parece que o examinador defendeu que ele não teria sido recepcionado pela CF/88. O argumento para a não recepção seria o direito a dignidade à vida humana do feto, que seria absoluto.

Porém, este entendimento não é adotado pelo STF, que defende que todos os direitos são relativos, e que encontram limites nos demais direitos constitucionalmente protegidos.

Além disso, não leva em conta a dignidade da vida humana da gestante.

Além disso, contra o argumento da dignidade da vida humana do feto, confrontam-se o direito à liberdade sexual da mãe.

LRB entende que se o aborto sentimental é permitido, também se deveria permitir a retirada do feto anencéfalo. Porque vida não há.

3º Argumento: Dignidade da Pessoa Humana e Vedação à Tortura:

Tanto as vertentes da Dignidade da Pessoa Humana (da mãe) quanto à Vedação à Tortura estariam sendo violados se não se permitir que a mãe decida sobre o aborto.

4º Argumento: “Desacordo Moral Razoável”- seria uma ausência de consenso entre posições racionalmente defensáveis.

Como não há nenhum critério científico, que assegure com firmeza, em que momento a vida se inicia, o Poder Público dever evitar a imposição de condutas externas imperativas sobre a gestante, quanto ao ela deve fazer com o seu corpo e quanto àquela nova vida que se inicia. A Igreja não tem que se meter!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!! Nem mesmo o Poder Público deve decidir nada, nem o Poder Judiciário. Cada pessoa deve decidir como agir, segundo a sua consciência, preservando a

**AUTONOMIA DA VONTADE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.** A Saúde Pública deveria apenas dar amparo a quem não tem recursos financeiros.

5º Argumento: EUTANÁSIA – outra polêmica:

Ela pode ser Ativa (morte doce ou por piedade – Ver o filme “Mar Aberto” – com uma injeção letal e o Médico da Morte, em Amsterdam, Bert) a Passiva é conhecida como Ortoeutanasia, também considerada Homicídio Privilegiado. É quando a pessoa sobrevive em virtude de aparelhos.

Como Juíza, lembre-se que ao titular, o direito à vida é irrenunciável, mas o direito à vida deve ser DIGNA, (quer dizer que os miseráveis devem morrer também?) devemos analisar bem se quem desliga os aparelhos deve ser considerado criminoso ou não. Até porque, quem pede para desligar é a família.

**2. DIREITO À PRIVACIDADE:**

Está relacionado ao art. 5º, X da CF/88. Está ligado ao direito à vida também.

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

O direito à privacidade é um gênero que engloba a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem das pessoas. Nós adotamos aqui a Teoria das Esferas (oriunda da Alemanha), que defende o seguinte: quanto mais próxima for

a esfera de intimidade do indivíduo, maior proteção se deve dar a ela.

Nós temos a esfera da PUBLICIDADE, a esfera PESSOAL, a esfera PRIVADA, a esfera ÍNTIMA.

A pessoal e a privada fazem parte da vida privada do indivíduo. Já a esfera íntima faz parte da intimidade. Na esfera da publicidade, nós temos um elemento espacial (local não reservado) e o elemento volitivo (que é o mais

importante, ou seja, a vontade do sujeito tornar aquele ato ao conhecimento público, estando implícita uma renúncia expressa ou tácita). Ex.: Pessoas que participam de Reality Show, ou que participam de um evento de prêmios notórios, ...

ali, fica claro que não vai haver privacidade. Mas, essa renúncia à privacidade não pode ser definitiva, porque se trata de um direito fundamental. Ela só pode ser temporária ou casuística.

Dentro da esfera da publicidade também estão os Atos Administrativos (que não podem ser privativos), além dos Fatos Pertencentes ao Domínio Público (aquilo que já é do conhecimento de todos, a pessoa não pode dizer que faz parte da sua privacidade), bem como Atos que podem ser Omitidos Licitamente de Outra Forma (se a pessoa tem como obter aquela informação de forma lícita – como um processo sem segredo de justiça – não se pode alegar violação ao direito à privacidade).

Ex.: Olga Benário e Carlos Prestes – a família deles proibiu que uma peça teatral fosse exibida contando a vida deles. Como esse tipo de informação já estava mais que pública, o Des. Do TJRJ entendeu que não havia violação ao direito da privacidade.

A Esfera pessoa é a relação ao meio social.

Ex.: quando uma pessoa vai a uma festa, a um passeio campestre...isso é da sua esfera pessoa.

A Esfera Privativa – são aqueles contextos onde há uma maior proximidade emocional.

A Esfera Íntima – são onde a pessoa compartilha segredos e confidências. Ex.: Emails, ... aquilo que ela não compartilha a ninguém.

Quanto mais longe for a violação da esfera pessoal, maior deve ser a sua proteção. Ex.: opção sexual do jogador de futebol – esfera pessoal. (e não a privada) Ex.: Com quem ele transa. – esfera íntima.

Quanto ao Aspecto Subjetivo, nós temos 3 tipos de pessoas:

a) Pessoas Comuns – devem ter respeitadas tanto a esfera pessoal, como a privada, quanto a esfera íntima. Ex.: o povão.

b) *Pessoas Públicas* – aqui, a proteção é menos intensa que a proteção das pessoas comuns, porque aqui há uma renúncia tácita de parcela dessas esferas. Mesmo assim, elas têm proteção às esferas privada e íntima. Ex.: artistas, jogadores de futebol, alguém em evidência...

c) *Pessoas Políticas* – são pessoas que são eleitas para representar o povo. Por isso, são pessoas formadoras de opinião, cujas ações são reproduzidas pela massa, cuja conduta deve ser de modelo. Por isso, elas devem se posicionar quanto às questões polêmicas como aborto, CPMF, Bolívia x Petrobras, ... elas possuem praticamente proteção só quanto à esfera íntima.

Quanto ao aspecto *TERRITORIAL* – é preciso levar em conta o ato praticado em “local reservado” (que não pertence à esfera pública, por mais que seja o Presidente da República – não se deve filmá-lo, por exemplo, jogando bola com o seu sobrinho no quintal da sua casa). Temos ainda o “local não reservado”, ou seja, filmar a princesa de Mônaco fazendo jogging, fazendo compras no mercado, ...ela pediu que isso fosse proibido. O Tribunal entendeu que ela não tinha esse direito porque essa divulgação não gera interesse DO público. Ela então recorreu ao Tribunal Superior, e ainda assim, ela não ganhou, porque o tribunal entendeu que se ela praticava suas atividades em meio público (não reservado) ela não poderia ter *EXPECTATIVA DE DIREITO*.

Quanto à honra e a imagem: a CF/88 protege os 2. A imagem está protegida mesmo que não haja violação à honra, seja objetiva ou subjetiva. São direitos independentes. Não se pode violar a imagem de uma pessoa, ninguém pode divulgar a fotografia de outra pessoa sem o seu consentimento, a não ser que seja uma matéria jornalística...

*A GRAVAÇÃO CLANDESTINA* – ela pode ocorrer de 3 formas: pode ser telefônica, pessoal ou ambiental. A clandestina ocorre quando um dos interlocutores grava a conversa sem que o outro tenha conhecimento.

Ex.: gravar a conversa com o outro no telefone, ou gravar a conversa por gravador pessoalmente enquanto fala. Tudo isso sem que a outra pessoa saiba.

Ela é ilícita, e em princípio, não pode ser admitido, em respeito ao art. 5º, X da CF/88.

Excepcionalmente, elas podem admitidas, como quando:

*1T* Pelo réu em um processo penal; Porque aqui se faz uma ponderação entre o direito à privacidade da pessoa que teve a sua conversa gravada e do outro a liberdade do réu que teve a sua liberdade ameaçada e ainda o direito à ampla defesa.

*2T* É a hipótese da gravação feita em legítima defesa, porque a LD é uma excludente de antijuridicidade, é lícita. Ex.: contra chantagistas, estelionatários, seqüestrador...o seqüestrador não pode dizer que a sua privacidade foi violada porque ele foi gravado pedindo dinheiro para resgate de pessoa seqüestrada.

*3T* Quando se faz a gravação da conversa de Agentes Públicos. Porque os atos administrativos devem se pautar pelo princípio da publicidade. Assim, o agente público não pode alegar que a sua privacidade foi violada, em razão das suas funções. Mesmo que ele não esteja em seu local ou horário de trabalho, ou uniformizado (no caso do policial), basta que ele esteja no exercício da sua função e infringindo a lei. (art. 37 da CF/88 – os atos administrativos são públicos).

Ainda devemos considerar que as gravações feitas por radares eletrônicos ou câmeras de segurança não são gravações ilícitas.

#### *A QUEBRA DE SIGILO:*

Há a quebra de sigilo bancário, fiscal, telefônico e de dados informáticos. Este último é o mais polêmico porque ainda não enquadrado no ordenamento. Todos estão protegidos pelo art. 5º, X da CF/88. No material de apoio há um julgado interessante, onde se verifica a divisão de alguns Ministros do STF, onde parte deles entende que a quebra de sigilo estria no inciso XII do art. 5º. E ainda, o Ministro Resek, que entende que isso não é caso de proteção constitucional.

Tanto faz onde eles estão protegidos. O que importa é que a maioria entende que esses sigilos são protegidos pela CF/88. Segundo a jurisprudência do STF, esses sigilos podem ser quebrados por determinação judicial, a CPI (por causa do art. 58, § 3º da CF/88 – que diz que a CPI tem poderes próprios de Autoridade Judicial).

*Obs.: Quando se fala em quebra de sigilo telefônico está relacionada apenas ao registro das ligações telefônicas. Não envolve conversa, não envolve o conteúdo dos diálogos (que pode ser gravação clandestina ou interceptação). Até porque essas duas a CPI não pode quebrar.*

*O art. 5º, XII da CF/88 protege a liberdade de comunicação. Ela diz que é inviolável o sigilo da correspondência, de dados e das comunicações telefônicas. Há um entendimento do STF (que o professor discorda) onde se diz que o art. 5º, XII protege não são os dados em si, mas a sua comunicação em si. Porque, Tércio Ferraz Jr explicou que o art. 5º, XII da CF/88, onde se faz uma ressalva (“salvo no último caso”) só protege a comunicação telefônica, por causa da sua instantaneidade. E que todos os demais meios (telegráfica...) são violáveis.*

*O MP pode quebrar o sigilo?*

*R: O MP entende que sim, mas segundo o STF o MP não pode quebrar o sigilo. Ele teria que requisitar a quebra do sigilo.*

*Por fim, a LC 105/01 permitiu a quebra do sigilo por autoridades fazendárias. Porém, a ADI questionou o art. 1º, §3º desta LC. Ainda não há julgamento de mérito tampouco decisão liminar. (acho que a telefônica não, somente os dados bancários...)*

*A INTERCEPTAÇÃO, previsto no art. 5º, XII, consiste na intromissão ou interrupção de um diálogo por terceiros, sem o conhecimento de um ou de ambos os interlocutores. Na clandestina, um grava enquanto o outro fala sem saber que é gravado. Na interceptação, um terceiro grava outros 2 conversando, sem que estes saibam.*

*A interceptação pode ser telegráfica (de correspondências, de dados) ou telefônica.*

*Não se tem acesso ao conteúdo na interceptação, apenas alguém “entra” no meio da comunicação, antes dela ser feita.*

*A VIOLAÇÃO DAS CORRESPONDÊNCIAS: O Sigilo Epistolar não pode servir de escudo protetivo para salvaguardar práticas ilícitas.*

*Ex.: Um traficante manda, através de Sedex, uma correspondência com drogas.*

*Logo, o STF não considera a sua inviolabilidade como direito absoluto.*

*A CF/88 ainda excepciona essa garantia no art. 139, III, quando da legítima defesa e do Estado de Sítio.*

*Ex.: o preso em princípio tem direito à privacidade de suas correspondências, mas se estiver praticando atos ilícitos ou pondo em risco a vida ou a integridade pública, ela poderá ser violada.*

**DADOS:**

*MG Ferreira Filho e Tercio Sampaio entendem que estes dados do art. 5º, XII seriam apenas dados informáticos, e não qualquer dados. Não seriam dados bancários ou telefônicos ou fiscais, pois estes estariam assegurados no art. 5º, X. O Prof. discorda porque ele levanta a questão da ampla proteção dos dados. (tem um princípio que eu não peguei o nome).*

**COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA:**

*A CF/88 garante a sua inviolabilidade mas, prevê também 3 exceções:*

*1. Por ordem judicial e na forma da Lei (nº 9.296/96). Isto ocorre para fins de investigação criminal (na fase do inquérito policial) ou ainda na instrução processual penal (fase judicial).*

*Quando a CF/88 garante a quebra do sigilo telefônico por ordem judicial, cria-se aqui uma “Cláusula de Reserva de Jurisdição”. Segundo o STF, determinados atos são reservados exclusivamente à esfera judicial, por expressa determinação constitucional.*

*Além do art. 5º, XII, há ainda o art. 5º, XI, que fala da inviolabilidade do domicílio que se trata de outro caso de ato reservado ao judiciário, porque a CF/88 fala expressamente em “determinação judicial”. Assim, só o juiz pode determinar a entrada em domicílio.*

*Há ainda o caso de prisão, que está no art. 5º, LXI, da CF/88, onde só a autoridade judiciária competente poderá determinar a prisão, salvo no caso de flagrante delito (onde qualquer um que tenha coragem pode prender alguém em flagrante).*

#### *A INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO:*

*Tem que olhar o material que está no site, porque esta questão é muito polêmica.*

*A cf/88 protege o domicílio pq é onde o indivíduo tem a sua maior privacidade. A casa só pode ser invadida com consentimento. O que não pode é haver a entrada sem a vontade da pessoa.*

*SEM CONCENTIMENTO – a CF/88 estabelece 2 tipos de situação: a emergencial (ex.: no caso de socorro, no caso de desastre, ou no caso de flagrante delito) e outra que é a não emergencial (ex.: cumprimento de mandado judicial).*

*Na emergencial, não há qualquer restrição, pode ocorrer durante o dia ou à noite.*

*Já no caso da situação não emergencial, que é o do mandado judicial, só pode ocorrer durante o dia.*

*Mas, o que seria casa?*

*R: Para o STF, casa abrange: consultórios, escritórios, estabelecimentos comerciais e industriais, compartimentos habitados, quarto de hotel, lugar onde a pessoa passa a noite, entre outros. É interpretado de forma bem amplo.*

*Ex.: No barzinho – CESPE – entra no conceito de casa?*

*R: Não, mas do balcão para dentro é. Onde o público circula não é casa.*

*E o que seria o dia?*

*R: Temos o critério cronológico (José Afonso da Silva): onde o dia vai das 6 h da manhã até às 18 h. Isso não se confunde com os atos do processo civil, que fala em até às 20 h. Pelo critério cronológico, havendo consentimento do morador, pode se realizar o ato depois das 18 h também.*

*Mas, para o Brasil, país de dimensões continentais, o professor entende que o critério astronômico é o mais lógico, onde o dia compreende o período entre a aurora e o crepúsculo. Assim, evita essa discrepância de horários regionais em todo o Brasil.*

*Para o Alexandre de Moares, os 2 critérios devem ser utilizados em conjunto.*

*O mais adotado é o cronológico no Brasil.*

*Caiu na CESPE: um mandado começou a ser cumprido durante o dia e adentrou pela noite. Os atos devem ser considerados válidos ou devem ser interrompidos?*

*R: a CESPE considerou que não são válidos.*

*O professor entende que tudo depende de que horas os atos começaram: se o mandado começou a ser cumprido às 16 h e adentram a noite, os atos realizados após às 18 h seriam inválidos. Mas, em se tratando de uma ação de grande complexidade, e ainda, que tenha se iniciado o cumprimento do mandado às 6h da manhã, mas que se prolongou dada a sua complexidade, ele entende que os atos que adentram o horário noturno são válidos porque a finalidade da CF/88 foi atendida.*

*Preste atenção se a prova traz essa ressalva.*

*Uma autoridade fazendária não pode invadir o estabelecimento sem o consentimento do proprietário. Segundo o STF, o art. 5º, XI da CF/88, para a Fiscal entrar na empresa ele precisa de consentimento ou de mandado. Não havendo*

resistência do empresário à sua entrada, não pode depois de registrada as irregularidades fiscais alegar o não consentimento à entrada do fiscal.

Este é o fim do estudo do direito à vida e à privacidade.

#### PRINCÍPIO DA IGUALDADE OU DA ISONOMIA:

Art. 5º, caput da CF/88.

Atenção: A vida, a igualdade, a liberdade e a propriedade são direitos, e estão ligados à idéia de Justiça. Já a Segurança (Jurídica) se expressa através das garantias.

Quando a lei fala que todos são iguais perante a lei sem qualquer distinção, não quer dizer que todos são iguais perante a CF/88. Ela considera um elemento discriminador que esteja em um fim constitucionalmente protegido. O CABM tem um livro (O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade) onde ele defende que se deve haver uma justificativa racional.

Ex.: Existe alguma justificativa racional que se trate a pessoa portadora de deficiência de forma diferente? R: Sim, dando a ela mais proteção que os que não têm deficiência física. Elas possuem mais dificuldades. Esse é um elemento justificador. O que não pode haver é discriminação barata e pessoal a quem é portador da deficiência.

Deve-se considerar que o elemento justificador deve ter um fim constitucional protegido e ainda, deve ser objetivo (e não subjetivo) e proporcional.

Ex.: critério objetivo – ninguém consegue definir o que é ser negro, isso é um critério subjetivo. Ex.: Irmãos gêmeos, um negro e outro pardo, um teve vaga oriunda da cota e o outro não. E os dois eram irmãos univitelinos.

Ex.: critério proporcional – conceder 50 % das vagas dos concursos públicos para os deficientes físicos. Este percentual é desproporcional, pois não há 50% de deficientes físicos na população.

Ex.: o art. 7º, XXX da CF/88 se aplica tanto aos empregados da iniciativa privada quanto da pública. Mas, excepcionalmente, o STF entende que pode-se estabelecer critérios de admissão em concurso público, desde que:

1. Haja previsão legal.
2. Se o critério decorrer da natureza das atribuições a serem exercidas. Assim, poderá o edital estabelecer um critério de altura, por exemplo, de 1,70 m para ser policial. Ou limite de idade, a depender da natureza do cargo também. Se a natureza do cargo justificar, pode-se estabelecer esse critério. (Súmula 683 do STF)

Obs.: Fatos criminosos não estão protegidos pela privacidade. Os criminosos não têm direito de ter o seu rosto escondido, mas também não podem ser expostos como animais ou objetos, puxando seus cabelos, levando tapas...

Obs.: A mulher que tem um feto sem cérebro está sujeita a 2 situações: tem a gestação onde o feto pode lhe causar risco de vida e o feto que simplesmente não gera qualquer risco. Quando a gestação causa perigo, o Estado não pode obrigá-la a gerar um bebê que ponha em risco a sua vida. A polêmica está no caso da gestação que não ponha em risco a sua vida ou saúde. Seria o mesmo caso do aborto afetivo.

Obs.: Caso da Mulher que foi à Parada Gay.

Obs.: Caso do livro do Roberto Carlos.

Obs.: Homossexualidade e não homossexualismo.

---

12ª AULA – 30/11/07 (FALTEI NESTE DIA, A AULA FOI DIGITADA PELA ALINE)

Igualdade formal e material

**\*\*\*Igualdade formal (ou igualdade perante a lei, ou civil ou jurídica)** – consiste num tratamento isonômico conferido a todos os seres de uma mesma categoria essencial. Ou seja, consiste em tratar pessoas que se encontram em uma mesma situação de uma mesma maneira. Está relacionado à idéia de justiça de Aristóteles – tratar iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual na proporção de suas desigualdades. Veja-se que o princípio da proporcionalidade está dentro do da igualdade. No caput do art. 5º temos a igualdade formal.

**\*\*\*Igualdade material** – é uma igualdade no plano fático, no plano da realidade. Exige ações no sentido de reduzir as desigualdades fáticas existentes, visa uma atuação positiva do Estado a fim de reduzir as desigualdades existentes no plano fático. Na CRFB/88 encontramos dois dispositivos que identifica bem a igualdade material, senão veja-se: art. 3º, III e art. 6º e ss.

**Ações afirmativas ou discriminações positivas** – estão ligados ao sistema de cotas. Esse sistema surgiu na Índia, na constituição de 1947, mas ganhou notoriedade na década de 60 nos EUA por Kennedy. A finalidade é reduzir as desigualdades sociais e regionais existentes, estando relacionadas à IGUALDADE MATERIAL.

**\*\*\*Conceito:** são políticas públicas ou programas privados desenvolvidos com a finalidade de reduzir desigualdades decorrentes de discriminações ou hipossuficiências econômicas ou físicas por meio de concessão de algum tipo de vantagem compensatória de tais condições.

**Destinatários do princípio da igualdade** – tem autores que fazem a seguinte distinção (muito comum na doutrina estrangeira):

**\*\*\*Igualdade perante a lei** – apenas os aplicadores da lei estariam abrangidos pelo princípio da igualdade. Então teríamos os juízes e os administradores (executivo de uma forma geral). Assim, os legisladores estariam fora.

**\*\*\*Igualdade na lei** – abrangeria os aplicadores do direito quanto o próprio legislador ao elaborar a lei.

**José Afonso** – aborda que no nosso sistema essa distinção não tem muita relevância, pois o destinatário desse direito não são apenas os aplicadores do direito, mas todos os Poderes Públicos e os particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais).

**Observação** – quando mencionar o princípio da igualdade e da isonomia para os particulares, nunca esquecer do princípio da autonomia da vontade que gera uma aplicação diferente do princípio da igualdade. Ou seja, o princípio da igualdade não se aplica com a mesma intensidade para os particulares em razão do princípio da autonomia da vontade.

**Pode a lei estabelecer tratamento diferenciado entre homens e mulheres desde que seja com o fim de atenuar desníveis existentes. A lei não pode aumentar uma desigualdade já existente. Exemplo: cargo de agente penitenciário em prisão masculina.**

### 1.3 DIREITO À LIBERDADE

#### 1. LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

- Art. 5º, IV da CRFB/88: a Constituição não consagra a liberdade de pensamento, porque a liberdade de pensamento não precisa de proteção jurídica. O que a Constituição protege é a liberdade de EXPRESSAR esse pensamento, a manifestação do pensamento.

- *Anonimato – proíbe-se para evitar manifestações abusivas do pensamento. Qualquer um pode dizer o que pensa, mas tem que se identificar, pois se violar o direito de alguém, poderá ser responsabilizado. Assim, tem que ter liberdade com responsabilidade.*

- *A liberdade de expressão de pensamento, é um direito que se exaure com a realização do seu conteúdo. A partir do momento que a pessoa disse que ela pensa, ela manifestou seu direito.*

- *É assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo e a indenização pelo dano moral e material.*

- *Denúncia anônima – em princípio é ilícita. O STF adota a teoria dos frutos da árvore envenenada, assim, se a prova é ilícita as provas delas decorrentes são ilícitas. Entretanto, segundo o STF, uma investigação gerada de uma denúncia anônima é autônoma em relação a denúncia. Assim, não fica vinculada ou atingida pela ilicitude da denúncia – a autoridade tem que investigar qualquer fato ilícito que chega ao seu conhecimento.*

- *Bilhete anônimo: pode ser utilizado, segundo o STF:*

1. *Quando constitui corpo de delito do crime (exemplo: bilhete exigindo resgate)*

2. *Quando é produzido pelo próprio acusado*

## 2. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

- *Art. 5º, XIV, XXXIII e art. 220 que fala da liberdade de imprensa, estando relacionado a liberdade de informação.*

**\*\*\*Limites à liberdade de informação:**

- *Veracidade da informação - quanto à opinião, cada um tem a sua. Já, quanto à informação, deve haver veracidade a respeito, pois a Constituição só protege a liberdade de informação verdadeira. E quando se transmite uma informação que depois se descobre ser falsa – acusar de um crime, por exemplo? Quando se fala em veracidade, é veracidade em sentido constitucional. Quando se verificou ser falsa a notícia, o direito de resposta tem que ser assegurado. A conclusão geralmente só se chega ao final do Inquérito, e a imprensa pode dar informação com base naquelas provas e dados oferecidos naquele momento. É claro, que a imprensa não pode agir de má-fé.*

- *Informação consiste no direito de transmitir ou não uma informação, ou receber ou não essa informação. O direito a receber é um direito reflexo ao direito de transmitir – exceto com relação às informações de órgãos públicos (art. 5º, XXXIII – há um direito subjetivo).*

- *Forma adequada de transmissão – não pode transmitir de qualquer jeito, ou dando foco ao que não interessa.*

- *Interesse geral da informação – o eixo sobre o qual gira a liberdade de informação, é o conhecimento que possa contribuir para o debate de interesse geral.*

**\*\*\*Art. 5º, IX – a Constituição veda a censura administrativa, e não a análise judicial da questão – imposição de obrigação pela administração é vedado.**

**\*\*\*OBS: outros direitos (criança etc) podem justificar a censura.**

## 3. LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA – CRENÇA – CULTO - Art. 5º, VI da CRFB/88

- A liberdade de consciência é mais ampla que a liberdade de crença. A liberdade de consciência é a liberdade de ter convicções filosóficas, políticas, morais, religiosas. Abrange o direito de a pessoa ter uma crença e também se determina no sentido da pessoa não ter crença alguma.

- A liberdade de crença está ligada mais ao aspecto religioso.

- A liberdade de culto é uma forma de manifestação da crença – exteriorização da crença. A liberdade de culto é assegurada em qualquer local, não apenas nos templos, desde que não atinja direitos de terceiros.

\*\*\*Também não são direitos absolutos que encontram limites em outros direitos. Exemplo:

1. Limitações jurídicas – não pode uma determinada religião sacrificar pessoas, utilizar substâncias entorpecentes.
2. Limitações na ordem pública e nos bons costumes

\*\*\*Estado e Igreja desde do advento da república (1889) não se confundem, ou seja, o Estado Brasileiro não tem religião oficial é um Estado laico ou não confessional (art. 19, I).

\*\*\*Relacionada à liberdade de consciência, a Constituição consagra a escusa de consciência (ou desculpa de consciência) no art. 5º, VIII.

- OBS: prestação alternativa não tem caráter sancionatório, é uma possibilidade de a pessoa exercer sua liberdade. Se a lei não estabeleceu uma prestação alternativa à pessoa pode alegar imperativo de consciência? O inciso VIII responde – é uma norma de eficácia contida, ou seja, pode alegar o imperativo de consciência integralmente, até que a lei venha e limite (fixando a prestação alternativa). E, neste caso, a pessoa só poderá alegar a escusa se cumprir a prestação alternativa. E a sanção só existirá quando a pessoa se recusa a cumprir a obrigação e a prestação alternativa. A sanção está no art. 15, IV – a sanção prevista neste artigo é a perda dos direitos políticos.

\*\* Testemunhas de Jeová: se alguém receber qualquer elemento do sangue, segundo uma interpretação bíblica, fere as leis divinas. O direito à vida deve ser preservado. Entretanto, devem ser observados alguns pontos:

- havendo tratamento alternativo, o médico deve respeitar a liberdade religiosa.
- em se tratando de pessoa incapaz ou inconsciente no momento da manifestação de vontade, o médico deverá salvar a vida da pessoa.

E quando for pessoa consciente e capaz?

R: o direito à vida antecede o direito à liberdade – TJSP. ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO.

- LIBERDADE DE REUNIÃO E DE ASSOCIAÇÃO: Art. 5º, XVI da CR

REUNIÃO: deve haver o prévio aviso à autoridade competente, para não frustrar outra anteriormente marcada e resguardar a segurança do local. Reunião possui caráter episódico. Não depende de autorização estatal para que possa ocorrer, basta o aviso.

ASSOCIAÇÃO: pluralidade de participantes, com a finalidade de permanecerem associadas. A associação possui caráter permanente.

\*\* Art. 5º, XXI, CR: esta hipótese em que a entidade associativa possui legitimidade para representar seus filiados, judicial e extrajudicialmente, segundo o STF, é hipótese de representação, pois só podem representar com autorização

expressa do filiado. Esta autorização pode ser dada em assembléia. A representação deve estar relacionada com os fins da entidade.

Para que a associação impetre MS coletivo, é necessária autorização expressa dos associados?

R: Neste caso, para todos os entes legitimados, a hipótese é de substituição processual ou legitimação extraordinária. Neste caso, não depende de autorização expressa dos membros.

\*\* Art. 8º, III da CR – sindicato na defesa dos interesses coletivos ou individuais, é hipótese representação ou legitimação?

R: Segundo o STF, é hipótese de substituição processual ou legitimação extraordinária e por isso, não precisa de autorização expressa.

- DIREITO DE PROPRIEDADE: Art. 5º, XXII e XXIII, da CR

\*\* O direito à propriedade é direito individual ou pertence ao direito público?

R: o regime do direito de propriedade é regime constitucional, portanto possui sede no direito público. O CC disciplina as relações civis decorrentes desse direito, mas a sede do direito de propriedade está na CR.

- O direito de propriedade possui função social. Esta função social faz parte da estrutura e do regime do direito de propriedade. O não cumprimento da função social não autoriza a retirada arbitrária da propriedade, mas autoriza que o estado imponha sanções a este direito.

A função social da propriedade urbana não está prevista na CR. É no plano diretor do município que estará previsto quando a propriedade urbana cumpre sua função social.

No caso de propriedade rural, os requisitos para que atenda a função social está previsto no art. 186 da CR. A competência para legislar sobre requisição e desapropriação é da União.

- Limitações ao direito de propriedade:

1) Requisição:

Existem dois tipos previstos na CR: Civil ou Militar. Civil – art. 5º, XXV, da CR.

Militar – art. 139, VII, da CR.

A propriedade não é transferida para outro titular, é apenas utilizada temporariamente. Ocorre quando há uma necessidade urgente, ou seja, quando há perigo iminente. Só haverá indenização se houver dano. E se for devida, será sempre posterior à utilização.

2) Desapropriação:

Pode ocorrer em três hipóteses: necessidade ou utilidade pública e interesse social.

Sempre que ocorrer uma desapropriação por necessidade ou utilidade pública não é sanção. Nestes casos, a indenização deverá ser justa, prévia e em dinheiro.

Quando a desapropriação for por interesse social deverá ser analisado se a propriedade está descumprindo sua função social. Se isso ocorrer, teremos uma desapropriação sanção. Neste caso, a indenização é prévia, justa e feita por títulos de dívida agrária ou dívida pública.

A CR traz duas hipóteses de desapropriação sanção: hipóteses em que a propriedade não cumpre sua função social. São os únicos casos previstos na lei de desapropriação sanção e também os únicos casos em que a indenização não é feita em \$\$.

- imóvel urbano: art. 182, §4, III – pagamento por títulos de dívida pública.

- imóvel rural: art. 184 – pagamento por títulos de dívida agrária.

As benfeitorias úteis e necessárias são pagas em dinheiro. As voluptuárias são pagas também em títulos de dívida. Se a propriedade for produtiva, esta não poderá ser desapropriada. Não poderão, também, ser desapropriadas

para fins de reforma agrária as pequenas e médias propriedades, desde que o proprietário não possua outra. Poderão ser desapropriadas por necessidade ou utilizada pública.

**\*\* As operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária não são imunes a tributos federais, estaduais e municipais. São imunes, somente, a impostos!!!! Art. 184, §5º da CR.**

● **ANÁLISE DE DIFERENÇAS ENTRE DESAPROPRIAÇÃO E REQUISIÇÃO:**

REQUISIÇÃO	DESAPROPRIAÇÃO
- refere-se a bens ou serviços.	- só de bens.
- a finalidade é o uso da propriedade, não há transferência da propriedade.	- destina-se a aquisição da propriedade.
- decorre de necessidades transitórias e compulsivas.	- é voltada para necessidades permanentes.
- é autoexecutória, ou seja, o Poder público poderá fazer sem autorização judicial.	- somente com acordo ou processo judicial.
- só é indenizável se houver dano e se ocorrer, será sempre posterior.	- é sempre indenizável de forma justa, prévia e, em regra, em \$\$.

3) **CONFISCO:**

Art. 243 CR é a única hipótese em que a propriedade poderá ser confiscada: cultivo ilegal de plantas psicotrópicas e no caso de bens adquiridos com uso de \$\$ do tráfico.

Assim como na desapropriação, aqui também há uma transferência compulsória da propriedade. No caso do confisco, não há indenização.

**USUCAPIÃO CONSTITUCIONAL:**

- Imóvel urbano e imóvel rural: prazo de 05 anos. Possuem como requisitos comuns:

- posse mansa, pacífica e ininterrupta.

- o imóvel deve ser utilizado de moradia própria ou da família.

- não pode possuir outro imóvel, nem urbano nem rural.

- possuir o imóvel como se fosse seu, ou seja, não pode ser posse precária. Para o imóvel rural:

- no máximo 50 hectares.

- propriedade produtiva. Para o imóvel urbano:

ORGANIZAÇÃO DO ESTADO E DOS PODERES:

*Poder, fé e amor construíram a evolução.*

*Poder é a capacidade de impor vontade sobre a vontade de terceiros. Ex.: O pai impõe sua vontade sobre a do filho.*

*O poder tem 3 acepções na Constituição:*

1. *Como Soberania Popular:*

*Art. 1º, § único (Poder com letra maiúscula)*

*Toda soberania emana do povo. Democracia é dominação do povo. Vivemos numa democracia semi-direta e representativa.*

2. *Como Órgão: Está no art. 2º (poder em letra minúscula)*

*(Perdi a matéria!!!) Pegar com a Miriam*

*O Estado exerce poder político.*

*Poder político é a possibilidade da utilização da violência legítima. É o exercício deste poder cabe ao Estado, e este poder foi identificado por Max Weber.*

*Esta entidade abstrata chamada Estado se manifesta através de 3 formas: legislativo, executivo e judiciário – art. 2º da CF/88 – estes três órgãos exercuta funções.*

*O Poder Legislativo exerce função legislativa – art. 74 O Poder Executivo*

*– exerce função executiva – art. 76 O Poder Jurisdicional – exerce a*

*função judicante - art.*

*E o MP?*

*Até 1779, data da Revolução Francesa, nós vivíamos em um estado Absolutista. Ou seja, todas as atribuições do estado eram desenvolvidas por um só ser, de forma unipessoal. Estávamos diante de um Estado Absolutista. Ou seja, o Estado sou Eu. Isso foi até 1779.*

*Desde 340 antes de Cristo, já se sabe que aquele ser que exerce poder dentro de uma sociedade exerce basicamente 3 funções:*

1. *Cria a norma geral*
2. *Aplica a norma geral aos casos concretos*
3. *E se por ventura existir conflitos, ele mesmo resolve.*

*Isso foi identificado por Aristóteles (da Macedônia – a Grande Grécia), no livro “A política”, 340 A.C.*

*Em 1690, um doutrinador inglês, chamado John Lock escreveu um livro chamado “O Segundo Tratado do Governo Civil”. Neste livro, ele diz que Aristóteles está correto. Ou seja, aquele ser à frente do Estado exerce essas 3 funções acima. Até aqui, a sociedade evoluiu, mas ainda não trouxe nenhuma novidade.*

*Em 1748, surgiu Montesquieu, um desembargador da Corte Superior da França, ele escreveu o “Espírito das Leis”, onde ele afirmava que tanto Aristóteles quanto John estavam certos. Mas, que não basta identificarmos essas atribuições como já fizeram antes. O avanço consiste ao se afirmar que cada uma dessas atribuições deve ser desempenhada por um órgão independente. Assim, a partir de 1748, surgiu a denominada Divisão Tripartite de Poder.*

*Não é correto se falar, hoje, em divisão tripartite de poder. Porque tecnicamente, o poder é uno, indivisível. O que nós temos são órgãos que exercem funções, porque o poder é uno, indivisível. Este poder que é uno é chamado de Soberania Popular, que é a 1ª acepção do que é poder.*

*Hoje, nós vivemos em uma sociedade de risco.*

*Todas as nossas constituições, com exceção da de 1824 (que adotou a Teoria do Poder Moderador, do 4º Poder, de Benjamim Constant), adotaram a Teoria Tripartite de Montesquieu.*

Art. 2º da CF/88

*Cada órgão da UF exerce, precipuamente, uma atribuição e secundariamente, outras 2 atribuições. Daí a doutrina chama de funções típicas e atípicas. As provas chamam isso de poderes da UF, mas está errado, pois o correto é função da UF.*

*1º Órgão da União: LEGISLATIVO. O que ele faz?*

*R: Ele legisla. Cuidado! Eu não posso definir com a palavra a ser definida. Muito menos escreva “é quando...” Bom, precipuamente, o PL desempenha, no Brasil, 2 funções: ele inova a ordem jurídica criando o que nós*

*genericamente chamamos de LEI (art. 59 da CF/88)*

*O PL também fiscaliza. Existem 2 espécies de legislação: a Fiscalização Econômico – Financeiro (art. 70 a 75 – onde ele é auxiliado pelo Tribunal de Contas) e a Fiscalização Político – Administrativo (art. 58 da CF/88 – que o legislativo desempenha com .*

*Note que os Parlamentos Europeus surgiram como instrumento de fiscalização do executivo.*

*Ao lado dessas funções, o PL exerce outras 2 de forma atípica, de forma secundária: o PL também Administra (art. 51 e 52 da CF/88) – aqui, o PL administra a sua “coisa” interna. De forma atípica, o PL também Julga, quando se trata de Crime de Responsabilidade (art. 52, § único da CF/88 – Pelo Senado Federal).*

2º Órgão: o Executivo:

*O que faz o Executivo?*

*R: Ele executa... NÃO!!! O Executivo aplica a lei (criada pelo PL) ao caso concreto administrando a coisa pública. Essa é a sua função primária.*

*As suas funções atípicas são: o Executivo julga de forma atípica. Ex.: processo administrativo disciplinar. Ex.: Processo Licitatório.*

*Ex.: Concurso Público.*

*O Executivo também legisla, de forma atípica. Ex.:*

*Medida Provisória.*

3º Órgão Judiciário:

*O que ele faz?*

*R: Ele julga... Não! Ele aplica a lei ao caso concreto, substitui a vontade das partes e resolve o conflito com força definitiva.*

*O Judiciário garante o exercício de Direitos Fundamentais. Esta é a função básica do Poder Judiciário.*

Funções Atípicas:

*1. O PJ administra (art. 96 da CF/88) é o chamado auto-governo dos Tribunais. O judiciário elege os órgãos administrativos, os cria...*

*2. O PJ também legisla.*

*Ex.: quando o juiz baixa portaria, quando o Tribunal baixa seu regulamento...*

*No mundo, existem sempre 3 órgãos exercendo essas 3 funções principais?*

*R: Nem sempre. Na Venezuela, há 5 órgãos (não é tripartite). Na Espanha, há 2 poderes (O Poder Político – formado pelo legislativo e o executivo, e o Poder Judiciário – magistratura e MP).*

*Mazzili afirma que essa divisão orgânica feita por Montesquieu não é imutável, uma vez que a sociedade muda, evolui, e isso pode ser alterado também.*

Art. 44 da CF/88

*O Legislativo da União é exercido pelo Congresso Nacional. Ele é bicameral. Porque existem 2 Câmaras ou 2 Casas. E nos Estados Membros e nos Municípios o legislativo é Unicameral. O legislativo dos Estados - Membros já foi bicameral, de 1891 a 1926, eles tinham o Senado e Assembléia.*

*Existem várias espécies de bicameralismos, mas, o nosso é do tipo Federativo, isso em decorrência da nossa forma de Estado: Federação.*

*Se ele não fosse federalismo, ele seria aristocrático, que é o que existe na Inglaterra, até hoje. Lá, existe a Casa Baixa (representantes do Povo) e a Casa Alta (representantes dos Lordes). Lá é o Bicameralismo Aristocrático.*

*Aqui, a Câmara dos Deputados, art. 45 da CF/88 – representam o povo.*

*E o Senado, são os representantes dos Estados – Membros e do DF – art. 46 da CF/88.*

*POVO – no art. 45 da CF/88 – são os brasileiros natos e os naturalizados (art. 12 da CF/88). Obs.: Os estrangeiros não fazem parte do povo.*

*O nosso Bicameralismo é Simétrico, ou seja, de equilíbrio, de equivalência. Assim, ambas as casas possuem a mesma importância. Um não se sobrepõe ao outro. Isso sempre se pergunta nas provas (MPMG).*

*Lá na Inglaterra, o bicameralismo é assimétrico. Lá, as leis são criadas em regra pela 1ª casa (do povo, dos comuns) e a casa dos lordes não podem alterar isso.*

*O Legislativo da UF, de acordo com a CF/88, ele se manifesta de várias formas.*

*1ª forma: Só a Câmara dos Deputados. (sem a participação do Senado) – art. 51 da CF/88. E a faz através de RESOLUÇÃO.*

*2ª forma: Só o Senado Federal – art. 52 da CF/88.*

*3ª forma: Congresso Nacional – art. 49 da CF/88 – aqui, o CN se manifesta através de Decreto Legislativo.*

*4ª forma: aqui, há 2 subespécies: 4A – Câmara e depois Senado. 4B – Senado e depois Câmara.*

*Com a participação do Presidente da República vetando ou sancionando projeto de lei ordinária ou projeto de lei complementar. Art. 48 da CF/88.*

*5ª forma: Legislativo da UF investido do Poder Constituinte Reformador. Art. 60 da CF/88. Aqui, há a Emenda da Constituição. Art. 60 da CF/88.*

#### LEGISLATURA:

*É o lapso temporal de 4 anos.*

*A CF/88 fala em legislatura lá no art. 44, § único da CF/88.*

*Cada legislatura se divide em 4 seções legislativas. Art. 57 da CF/88. Seção legislativa é o período de 1 ano: de 2/2 a 22/12.*

*A seção legislativa se divide em 2 períodos legislativos: (art. 58, §4º da CF/88) 1º: 02/02 a 21/07*

*2º: 22/07 a 22/12.*

#### TEORIA DAS MAIORIAS:

*Os Parlamentos, os Colegiados, se manifestam através de maiorias. Em uma democracia, a maioria sempre vence, MAS RESPEITANDO OS DIREITOS DA MINORIA. A MAIORIA NÃO PODE ESMAGAR OS DIREITOS DAS MINORIAS.*

*A CF/88 faz remissão a várias formas de maiorias:*

*1. Maioria Absoluta de Votos – tecnicamente não é a metade mais 1 da Casa. E sim o 1º número inteiro acima da metade dos membros da Casa Legislativa. Ela é sempre fixa, não se alternada.*

*Nós temos 513 Deputados Federais. E no Brasil, temos quase 200 milhões de habitantes. No EUA, eles têm 100 mil habitantes a mais e 100 deputados a menos.*

*Toda deliberação da Casa Legislativa só pode se dar (iniciar) se ao menos a maioria absoluta estiver presente. Nós temos 51 parlamentares como maioria fixa no Parlamento. Ver o art. 47 da CF/88.*

*2. Espécie de Maioria – é qualquer maioria, desde que se faça presente, ao menos, a maioria absoluta. Esta aqui não tem um número fixo, é variável.*

*Regra: toda deliberação da Casa Legislativa, em regra, se faz por maioria simples, desde que se faça presente, ao menos, a maioria absoluta.*

*Ex.: Lei Ordinária – aprovação – maioria simples – art. 47 da CF/88.*

*Ex.: Lei Complementar – aprovação – maioria absoluta (que é exceção) – art. 49 da CF/88.*

*3. Maioria Qualificada – ela é representada por uma fração. Ex.: 1/3, 2/3, 3/5, ...*

*Em regra, ela é superior à maioria absoluta. 1/3 –*

*art. 58, § 3º.*

*2/3 – art. 86.*

*3/5 – art. 60.*

*As casas legislativas, como de regra, ocorrem em todos os colegiados, possuem órgãos de direção. Porque seria impossível 513 deputados mandando ao mesmo tempo. Eles são dirigidos por Mesas. Mesa é o órgão de direção de um Colegiado. A mesa exerce atribuição administrativa.*

*No legislativo da UF, nós temos 3 mesas.*

*- Mesa da Câmara dos Deputados – formado por deputados federais.*

*- Mesa do Senado – formada por Senadores Federais.*

*- Mesa do Congresso Nacional – formada por deputados e senadores.*

*A CF/88 valorizou as mesas. Ver o art. 103 da CF/88 – deu a elas até mesmo a legitimidade para ajuizar ADI. (no concentrado) – mas isso só para as mesas da câmara e do senado, jamais para a casa do CN.*

*A Mesa do Senado e a da Câmara também possuem legitimidade para promulgar a emenda à constituição. Aqui, o PR não veta e não sanciona.*

*Aqui nós temos 2 importantes papéis das Mesas.*

*Cargos das mesas: Presidente, Vice-Presidente, 4 Secretários.*

*O Presidente do Senado, automaticamente, é o Presidente do Congresso Nacional. Os demais cargos das demais mesas do CN serão preenchidos de forma alternada. Na presidência, se tivermos um senador, o vice será um deputado federal que exerce esta mesma função lá na sua casa. Isso foi perguntado no último concurso do TJSP.*

*A mesa tem mandatos de 2 anos.*

*A CF/88 proíbe que o parlamentar seja reeleito para o mesmo cargo na mesa. Assim, no próximo período, ele não pode exercer o mesmo cargo. Não há reeleição para ele, para ele pode ser vice. (art. 57, §4º da CF/88)*

*Essa regra não é norma de reprodução obrigatória para as constituições estaduais e nem para as leis municipais. Estas podem permitir a reeleição dos seus membros.*

*Qual a importância de se presidir a Câmara ou o senado? R: eles estão na linha sucessória do Presidente da República.*

*Presidente – seu Vice – Pres. Da Câmara – Presidente do Senado – art. 80 da CF/88. Além disso, a escolha é deles quanto aos projetos que serão colocados em pauta no CN. Além disso, eles têm uma baita casa em BSB, jatinho da FAB, direito a nomear 600 assessores...*

*O art. 80 não fala se a reeleição para o mesmo cargo é proibida para a mesma legislatura. Só fala que é proibida para o mesmo cargo subsequente. Ou seja, é permitido para legislaturas diversas. Mas, a doutrina entende que ainda assim isso é inconstitucional.*

*Ex.: ACM, Michael Temer – foram reeleitos.*

#### **DEPUTADOS FEDERAIS**

*O nº de DP na Câmara varia de Estado para Estado, de acordo com seus habitantes. Mas, nenhum Estado pode ter menos que 8 ou mais que 70 DP (art. 45 da CF/88). O seu mandato dura 4 anos. A sua LC é a 78/93. E eles são 513 DP.*

*Hoje, o único Estado que tem 70 DP é SP, porque ele é o mais populoso.*

*Se toda a população se mudar para o Estado do Acre, e deste para SP, então, haverá 8 DP em SP e 70 DP no Acre.*

*O n° de DP repercute no n° de deputados estaduais.*

*Ex.: Acre – 8 DP – multiplica por 3 – 24 Deputados Estaduais.*

*Este número varia de 24 a 36 Deputados Estaduais (DE). Assim, SP não terá 210 DE.*

*No entanto, um Estado que tenha 13 DF, se multiplicarmos por 3, teremos 39, mas o limite é 36. Então, pega-se o 36 e soma-se com as unidades que ultrapassarem a 12. Assim, fica  $36 + 1 = 37$  DE. (some-se até o limite e 12) – art. 27 da CF/88.*

*Se nós tivéssemos Territórios, cada um deles terá 4 DF – ele não é unidade federada. Ele é uma descentralização administrativa da UF, ele é uma autarquia. (art. 45, §2° da CF/88)*

*A nossa federação é tridimensional ou de 3° grau – ou seja, com 3 espécies de pessoas jurídicas com autonomia própria.*

#### SENADORES FEDERAIS:

*Eles são representantes dos Estados Membros e do DF.*

*Como os Estados Membros e do DF, no pacto federativo, são todos iguais, possuem a mesma importância, não existe diferença entre MS, SP, SC, ...cada estado membro elege, igualmente, 3 senadores.*

*Os senadores são representantes dos Estados Membros e do DF em decorrência de uma das características da nossa federação que é a na federação as unidades parciais devem participar da formulação da parte geral.*

*Por que são 3? Por causa dos 3 Reis Magos?*

*R: porque na história, casa soberania havia 3 embaixadores representando uma nação.*

*Obs.: Se um dia tivermos território, ele não terá senadores, porque ele não é unidade federada.*

*Unidade Parcial – na Argentina isso é chamado de província no México é departamento, no Brasil, é Estados- Membros.*

*Senador exerce mandato de 8 anos, portanto, seu mandato possui 2 legislaturas.*

*Enquanto a Câmara dos Deputados se renova na sua totalidade (513) o Senado se renova alternativamente 1/3 e 2/3, a cada 4 anos. Então, em uma eleição elegemos 1 senador e em outra nós elegemos 2 senadores.*

*Eles são eleitos pelo sistema eleitoral proporcional. No Brasil, este sistema é adotado nas seguintes eleições: DF, DE e Vereadores.*

*Neste sistema proporcional eleitoral leva-se em conta o n° de votos válidos ofertado ao partido político. Portanto, dá-se importância ao partido político, à representação partidária.*

*Já no senado, o Sistema Eleitoral é Majoritário.*

*Qual a diferença do proporcional para o majoritário?*

*R: Aqui, no majoritário, leva-se em conta ao candidato registrado no partido político, e no proporcional, leva-se em conta o PP.*

*Quais eleições nós adotamos no sistema eleitoral majoritário? R: Presidente, Senadores, Governadores e Prefeitos.*

*Existem 2 espécies de majoritário: majoritário simples ou majoritário absoluto (ou com 2° turno de votação)*

*Este simples contenta-se com qualquer maioria de votos válidos. Diversamente com o que ocorre com o sistema majoritário absoluto, onde a CF/88 exige que o eleito atinge, no mínimo, a maioria absoluta de votos. Se ninguém atingir, teremos o 2° turno de votação.*

*O simples é adotado para: senador da república, prefeito de municípios com menos de 200.000 Eleitores. O absoluto é adotado para: Presidente, governadores e prefeitos de municípios com 200.000 ou mais eleitores.*

*Prefeitos – art.*

Votos Válidos, o que são?

R: São aqueles ofertados, subtraindo-se os brancos e os nulos. (art. 77, § 2º da CF/88).

O Código Eleitoral, em um dos seus dispositivos diz que os votos em branco entram na contagem dos votos válidos. Mas, cuidado, isso não foi recepcionado pela CF/88, por causa do art. 77, §2º. Não é caso de inconstitucionalidade, e sim, de não recepção.

Cada senador será eleito com 2 suplentes. Ele é registrado com 2 suplentes. Existe um projeto de emenda à CF/88 para acabar com a suplência. Em regra, ele não tem voto, ele banca a eleição do seu senador. Este instituto sofre críticas e deve acabar, se Deus quiser.

#### ESTATUTO DO CONGRESSO NACIONAL

Esta matéria é importantíssima!

Há também o Estatuto do Congressista Nacional, que é a mesma coisa.

É um conjunto de regras diversas do direito comum previstas na Constituição, que ofertam aos parlamentares direitos, prerrogativas, deveres, incompatibilidades.

O estatuto é previsto a partir do art. 53 da CF/88.

Os advogados, por exemplo, têm o seu estatuto (8906/94). O MP tem o seu (8625/93), o juiz (a LOMAN), o servidor federal (8112/90).

A principal característica desse estatuto do CN são as denominadas **IMUNIDADES**. Elas são prerrogativas, não são privilégios. Porque são ofertadas ao cargo e não à pessoa que ocupa o cargo. Tem por objetivo a garantia da independência parlamentar.

Nós temos aqui ainda as imunidades absolutas, material, substancial, real ou inviolabilidade. Estão previstas no caput, do art. 53 da CF/88.

Ao lado dessas imunidades, existe um 2º grupo, que são as imunidades relativas, formais, processuais, ... para fins didáticos, vamos dividir a aula em:

1. Foro por prerrogativa de função:
2. Foro em razão da prisão:
3. Foro em razão do processo:
4. Testemunho:

O objetivo dessas imunidades é a garantia da independência parlamentar. É a garantia de que o parlamentar não será perseguido, em razão do seu exercício, das suas atribuições constitucionais (inovação da ordem jurídica e fiscalização).

A imunidade material se inicia com a posse. O seu dia inicial é a posse. Ela protege os parlamentares federais, estaduais e municipais. Os municipais, na circunscrição do Município, em razão da sua palavra, voto, ou opinião.

Por estas razões, eles não podem ser responsabilizados.

Responsabilidades que são: Civil, Penal, Administrativa e Politicamente.

Esta irresponsabilidade civil significa que o parlamentar não pode responder ações por danos morais.

A irresponsabilidade administrativa quer dizer que ele não pode responder por ofensa ao decoro parlamentar.

A irresponsabilidade criminal significa que ele não responde pelos crimes contra a honra.

Ele não será responsabilizado politicamente, também.

O PP pode expulsar o seu político por divergência de opiniões? R: Há 2 correntes:

1ª - Eles (Heloísa Helena, Juca – expulsos do PT) não poderiam sofrer penalidades pela opção de seus votos, porque possuem imunidade quanto a esse direito subjetivo, líquido e certo que é dele. Ele tem independência e liberdade. Eles não poderiam ser expulsos do partido, mas foram.

2ª - Mas, há outra posição: se a CF/88, no art. 17, garante que o estatuto dos Partidos Políticos podem estabelecer regras sobre fidelidade partidária, o descumprimento desta fidelidade partidária justifica a expulsão. Essa 2ª posição é a mais defendida na doutrina.

Falta falar sobre a natureza jurídica criminal da imunidade parlamentar.

---

20/12/07 – 14ª aula

Garantias individuais:

Os direitos e as garantias dos direitos são coisas diferentes.

 **PRINCÍPIO DA LEGALIDADE:** ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Essa lei é em sentido amplo ou em sentido estrito?

R: as leis em sentido amplo (art. 59) envolvem emendas (CT), LC, LO, Leis delegadas, MP, Decretos legislativos e as Resoluções da Câmara, do Senado e do Congresso Nacional.

Leis em sentido estrito são apenas as leis complementares e as leis ordinárias. Não importa se elas são federais, ou estaduais, ou municipais. Basta que sejam leis do poder legislativo.

Este artigo 59 está se referindo as leis em sentido amplo.

O que é uma lei em sentido material?

R: Material está relacionado à matéria, ao conteúdo, é aquele ato que tem conteúdo de lei.

Estes atos que têm conteúdo amplo são leis em sentido material?

R: Sim, em princípio. Eles em conteúdo geral e abstrato. Eles tratam de matéria de lei.

Quando se fala em lei em sentido formal, é aquilo que tem a forma de lei, é aquilo que emana do Poder Legislativo, que tem a função típica de legislar.

Pode haver um lei em sentido formal que não tenha sentido material?

R: sim, as leis orçamentárias de efeitos concretos. Elas emanam do PL, mas só tem efeitos concretos, não são gerais e nem abstratas, são formalmente leis, mas materialmente são atos administrativos, não sujeitas a ADI, por exemplo.

Um exemplo de lei em sentido material mas que não tem a forma de lei é a MP, porque ela emana do PE, mas quando se torna lei, ela passa a ter a forma de lei, mas o conteúdo sempre foi materialmente lei.

 **PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL:**

Não confunda com o Princípio da Legalidade. O PRL tem uma função mais ampla que o PL.

Quer dizer que determinados assuntos só podem ser tratados por lei em sentido estrito.

Ex.: quando lei avisa que determinado assunto só pode ser regulado por LC, ou por decreto legislativo, ... isso é submeter uma determinada matéria ao Princípio da Reserva Legal.

Nós temos, dentro do PRL, o seguinte:

1. Princípio da Reserva legal absoluta
2. Princípio da Reserva legal relativa
3. Princípio da Reserva legal proporcional

Quando é absoluta, a matéria tem que ser integralmente regulamentada por lei em sentido estrito. Somente a lei em sentido estrito pode tratar deste assunto.

Quando se fala em RL Relativa, tem que ser também por lei em sentido estrito, mas o legislador já dá uma dica, já traça os parâmetros de como ela poderá ser regulada no futuro, e deverá ser regulada complementarmente por DECRETO.

Quando se fala em princípio da reserva legal proporcional, na verdade, é a junção do princípio da reserva legal com o princípio da proporcionalidade. Primeiro, verifica-se se a CF/88 permite que aquela matéria possa ser regulamentada por lei, que deverá ser adequada e necessária. A finalidade é preservar o núcleo daquele direito.



#### PRINCÍPIO DA NÃO RETROATIVIDADE DAS LEIS:

Este princípio tem uma série de aspectos muito importantes. Ele está no art. 5º, XXXVI da CF/88. Ele preserva o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Todas as nossas constituições consagraram este princípio, menos a Constituição de 1937, conhecida como Constituição Polaca.

As principais exceções a este princípio são:

1. Lei Penal – art. 5º, XL - a lei penal não retroagirá, salvo se for para beneficiar o réu.
2. Leis Fiscais – art. – elas só terão efeito retroativo se forem favoráveis ao contribuinte. O Estado deve observar esta garantia que não é dele e sim dos indivíduos. Inclusive o STF entende (Súmula 654) que o Ente Estatal que editar a lei não pode invocar para si esta garantia.
3. Leis Interpretativas – é a lei que surge para interpretar uma lei anterior. Essa interpretação feita pelo próprio legislador é chamada de Interpretação Autêntica. Esta pode retroagir, porque é uma lei interpretativa. Isso ocorre porque o legislador precisa expor qual é o sentido daquela lei anterior, no momento em que ela foi criada. Ele, na verdade, está fixando o sentido daquela lei.

Pergunta-se: Digamos que entre essas 2 leis, já houve uma decisão transitada em julgado. Essa lei que vem depois pode retroagir a ponto de modificar esta decisão?

R: Não. A lei retroativa pode retroagir desde que não viole direitos adquiridos e nem a coisa julgada. Assim, ela só se aplica à lei e às decisões judiciais que ainda não tenham transitado em julgado.

#### DIREITO ADQUIRIDO:

No art. 6º, §2º do LICC conta a definição do que seja direito adquirido.

Esta definição dada pela LICC serve para o Direito Público, para o Direito Constitucional? Há 2 correntes:

1ª) Como a lei constitucional não definiu o Direito Adquirido, cabe ao legislador ordinário fazer essa definição. Este entendimento é defendido pelo Alexandre de Moraes. O professor discorda, porque ele entende que o DA é uma limitação ao próprio legislador. Se der a ele esse poder de definir o que seja DA, ele mesmo pode errar na medida.

Para ele, o DA, no Direito Público, deveria ter um aspecto diferente do definido no LICC, que pode até auxiliar, mas não encerra a questão, porque é insuficiente, como afirma Celso Bastos. Ele acrescenta que, para se saber se é ou não direito adquirido, se deve levar em conta alguns critérios, quais sejam:

1. A finalidade da lei. – deve-se analisar qual é o sentido da lei. Se a finalidade da lei quer tornar permanente a aquisição daquele direito ou se quer tornar aquele direito apenas transitoriamente.
2. Quando a lei faz expressa referência – se a lei disser “incorporação” de determinado direito, quer significar que se trata de direito adquirido.

Há direito adquirido em face da constituição?

Ou melhor, há direito adquirido em face a uma nova constituição?

Ou direito adquirido a uma emenda constitucional em face a uma constituição.

Existe, afinal, limitação jurídica ao Poder originário? Não, ele não tem limitação, se ele quiser violar direitos e garantias, ele pode.

Então, como se faz então quando se tem uma nova constituição? É preciso levar em conta uma retroatividade mínima, média e máxima.

Ex.: Um contrato é feito em 1980, e em 88 vem uma constituição. Esta constituição atinge o contrato de 80?

R: O contrato foi feito em 80 e gera seus efeitos para o futuro. E a constituição, em 88, também gera os seus efeitos para o futuro, de 88 em diante. Assim, a constituição atinge os EFEITOS do contrato a partir da sua publicação em diante, e vai alcançar as prestações que ainda serão pagas ainda. Embora não pareça, há aqui uma RETROATIVIDADE MÍNIMA (segundo o STF) – que é a norma que se aplica aos efeitos futuros de um ato ocorrido no passado.

Toda vez que surgir uma constituição nova, ela vai gerar uma retroatividade mínima. E ela é automática, a constituição não precisa fazer qualquer menção a isso.

Exemplo de retroatividade máxima:

Este contrato de 80 teve uma prestação vencida, porém já paga, com atraso, cujos juros foram de 4%. Isso ocorreu em 1987, antes da CF de 88. Se a CF/88 atingisse esse percentual (de 4% para 6%, por exemplo), seria uma retroatividade máxima, que atinge fatos já consolidados no passado. E isso é possível? R: Sim, porque o Poder Originário pode tudo. No entanto, sendo de retroatividade máxima, a nova constituição deve fazer menção EXPRESSA de que vai atingir fatos já passados. Se ela nada falar, ela só poderá retroagir minimamente. Assim, as prestações já foram pagas no passado.

Exemplo de retroatividade média:

Aqui, aquela prestação vencida no passado, em 87, NÃO FOI PAGA. Neste caso, a constituição nova, ao surgir, vai atingir esta prestação do passado. É preciso que a constituição nova faça menção expressa, senão, não poderá retroagir de forma média, e sim de forma mínima.

Uma emenda pode violar direitos adquiridos?

R: Não entendi! O STF, após a CF/88, ainda não se posicionou quanto a isso. O professor entende que a EC deve respeitar o DA sim, assim como as demais leis já respeitam, porque para ele, a lei em sentido amplo, deve respeitar o DA, inclusive a EC. Fica implícito aqui o Princípio da Segurança Jurídica, que está presente no caput do art. 5º, e também aqui no inciso XXXVI.

Se o inciso XXXVI protege este princípio, segundo p professor, a EC deveria respeitar a EC também.

Assim, se a EC não pode violar direito adquirido, uma EC a uma garantia constitucional também não poderia. Mas, o professor lembra que a EC tem que respeitar os direitos adquiridos, essa é a regra, mas pode haver uma relativização a esse DA. Ou seja, o DA não seria absoluto.

Exemplo: reduzir o salário da ascensorista do elevador da Assembléia Legislativa do Rio.

Não há DA ao regime ou estatuto jurídico nem ao estatuto da moeda. Havendo mudança de moeda, ou de regime, ou de estatuto jurídico, o servidor, por exemplo, não tem DA. Mudou, tem aplicação imediata.

A irredutibilidade de vencimentos (não das parcelas, e sim, do valor global da remuneração), segundo o STF, é uma modalidade qualificada de DA. (as parcelas podem ser reduzidas)

#### **DISTINÇÃO ENTRE O ATO JURÍDICO PERFEITO E ATO ADQUIRIDO:**

Todo DA decorre de um AJP. O 1º se refere ao conteúdo do ato, e o AJP se refere à forma como o ato foi celebrado. O AJP é aquele que está apto a produzir seus efeitos. Não precisa que sejam exauridos, basta que sejam consumados. Quando o ato é firmado, ele é perfeito.

O AJP é oponível a todas as leis, inclusive às de ordem pública.

#### **COISA JULGADA**

Quando a CF/88 faz menção à CJ, elas não faz distinção quanto à CJ formal ou material. Ela protege a ambas.

Obs.: O Min. Gilmar Mendes entende que a manutenção de decisões divergentes enfraqueceria a força normativa da CF/88 e violaria o Princípio da Máxima Efetividade. Como o STF é o guardião da constituição, ele deve dar a última palavra. Assim, ele defende, inclusive, que seria cabível a imposição de uma ação rescisória sobre determinada decisão que foi decidida segundo um entendimento e que tenha mudado depois.

A súmula 343 do STF se refere tão somente à lei e não à constituição.

Isso afetaria a segurança jurídica sim, é claro. Mas, se vários juízes decidem de forma diversa, sem seguir uma uniformidade segundo o Tribunal Superior, isso seria também uma insegurança jurídica.

**PRINCÍPIOS PROCESSUAIS:** (Segundo o entendimento do STF)

1. **PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (ART. 5º, LIV)** – este princípio nasceu da Magna Carta Americana.

O princípio do DPL tem 2 acepções:

A Acepção Formal ou Processual – é aquela que indica que o processo deve ser aquele cuja lei manda que seja seguido. (“Procedural Due Process”) – o seu principal destinatário é o JUIZ (depois o administrador, o legislador, o jurisdicionado...). No entanto, para que este princípio seja assegurado, é preciso que se assegure também o DPL no seu sentido material ou substantivo.

A Acepção Substantiva, portanto, o “Substantive Due Process”, significa que o processo deve ser legal, pautado por critérios justos, adequados e materialmente informado pelos princípios de justiça. O princípio da proporcionalidade está implícito neste princípio.

Outro princípio que decorre deste, também, é o da Ampla Defesa e do Contraditório. Bem como o do Acesso à Justiça, o do Juiz Natural,

...

Quem é o principal destinatário do DPL substantivo? R: é o legislador, embora este seja o principal, o juiz também é destinatário. Porque se o legislador não observar estes critérios, o juiz poderá apreciar a constitucionalidade deste ato.

**PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO / AMPLA DEFESA (ART. 5º, LV)**

O contraditório envolve 2 aspectos: a informação e a reação a essa informação. A ampla defesa entra nesta reação. A ampla defesa, no processo penal, abrange tanto a defesa técnica quanto a ampla defesa, que possibilita ao

acusado participar de todos os atos contraditórios, sob pena de nulidade do processo.

Quanto à Vídeo Conferência, pelo STF, seria inconstitucional, porque viola o princípio da ampla defesa. Para que isso fosse admitido, seria necessária lei regulamentadora e que fosse adotado apenas em hipóteses excepcionais. (entendimento da 2ª Turma do STF)

A sindicância precisa observar o contraditório e a ampla defesa? R: Não. Porque para o STF, ela é uma mera medida preparatória.

E o inquérito policial?

R: No processo penal, entende-se, majoritariamente, que não é preciso.

O HC 92599 – o STF teve que julgar um caso onde o advogado queria ter acesso ao IP. E o STF tem julgado no sentido que se deve permitir, mas isso não é amplo ainda. Somente alguns julgados têm permitido isso. O professor entende que isso pode crescer, pelo menos para o advogado da pessoa (e não a própria pessoa) poderia ter vista do processo, mas sem participar dele.

O depósito prévio – é inconstitucional, segundo o STF, a exigência de depósito prévio para interpor recurso administrativo. Essa exigência violaria o princípio da ampla defesa bem como o direito de petição, independentemente do pagamento de taxas (art. 5º, XXXIV da CF/88)

**SÃO ATOS GRATUITOS, SEGUNDO A CF/88:**

1º) Art. 5º, XXXIV – direito de petição e o direito a certidões. 2º) Art. 5º, LXXIV – assistência judiciária gratuita integral.

3º) Art. 5º, LXXVII – HC, HD e na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania. 4º) Art. 5º, LXXVI – certidão de nascimento e de óbito para as pessoas pobres.

**PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL:**

A CF/88 consagra este princípio 2 vezes: art. 5º, XXXVII e LIII da CF/88. – é aquele constituído pela lei antes da ocorrência do fato. Se não dor uma designação ANTES da ocorrência do fato, de forma geral e abstrata, está se violando o princípio. Isso é uma forma de se garantir a imparcialidade do julgador.

➔ O PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL é um princípio ainda não amplamente adotado, mas parte da doutrina entende que tanto o juiz como o promotor devem ser designados previamente. Mas, o STF tem decidido várias vezes que a CF/88 não consagrou este princípio. Porém, em outras decisões, ele já menciona o princípio para fundamentar algumas decisões.

A própria Min. Ellen Gracie argumenta que, segundo Princípio da Indivisibilidade (art. 127, §1º da CF/88) do MP, se os membros do MP são reciprocamente substituíveis, não há sentido em se garantir um Promotor Natural. O seu 2º argumento é quanto à Natureza distinta do MP em relação ao Judiciário. Segundo PGR, o MP atua muito mais como parte do que como custos legis, ou seja, ele é muito mais parcial do que imparcial, como o juiz. Logo, não se poderia falar também em princípio do promotor natural, porque estar-se-ia dando mais garantias ao promotor do que a outra parte do processo.

Na prova do MP, porém, diga que este princípio foi adotado sim. Leia a Resolução 38/98 do Conselho Superior do MPF.

➔ PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA APRECIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: ART. 5º, XXXV da CF/88 –

Este princípio foi ampliado tanto na via repressiva quanto na via preventiva.

Quando a CF/88 diz que a lei não excluirá, isso não é só para o legislador. Serve também para qualquer autoridade. E essa lesão ou ameaça pode ser de forma direta ou de forma indireta.

Ex.: o STF disse que quando é feita uma análise da vida pregressa do candidato ao concurso, sem que se revele quais são os critérios utilizados pela banca, isso inviabiliza a defesa do candidato e de forma indireta, viola o Princípio do Acesso à Justiça.

Ex.: A Súmula 667 do STF – afirma que a taxa judiciária calculada sem corresponder ao serviço prestado causa impedimento ao acesso à justiça. Ela tem que corresponder a algum serviço, senão viola o princípio diretamente.

Este princípio assegura que não é preciso se esgotar a via administrativa para só depois se recorrer ao Judiciário. Ex.: Ninguém precisa ir ao PROCON, por exemplo, antes de ir ao JEC.

No entanto, é necessário que o Ente Administrativo primeiro apresente uma resistência à pretensão do cidadão? Porque, assim, com a negativa ou a demora, a pretensão resistida justificaria justo motivo para a ação vingar. Essa é a defesa do INSS na contestação. Como ela tem que recorrer de tudo, e se defender mesmo quando não se tem defesa, eu entendo que isso não é fundamental para se aceitar uma ação. Isso, para mim, não é uma condição da ação.

Uma exceção a este princípio é o art. 217, §1º da CF/88. Esta exclusão não envolve inconstitucionalidade alguma.

A Lei 9507/97, do Habeas Data, e ainda, a Súmula 2 do STJ – informam que o HD só é cabível quando há recusa ou demora de determinado ente que preste serviço público em fornecer certa informação. Assim, não cabe HD. Mas, o STF entende que aqui, o que existe é uma hipótese do interesse de agir, e não uma inconstitucionalidade.

Quanto a este princípio, ainda, quer-se saber: a lei de arbitragem é inconstitucional?

R: Ora, quem afasta o acesso à Justiça, neste caso, não foi a lei e sim, a convenção entre as pessoas envolvidas. Assim, não há inconstitucionalidade neste caso.

Acabamos aqui o estudo dos direitos individuais.

DIREITOS SOCIAIS:

*Finalidade: para que eles servem?*

*R: Eles são direitos de 2ª geração – ligados ao valor de IGUALDADE. (que envolvem os direitos sociais, direitos do trabalho, direitos econômicos, direitos culturais...)*

*A intenção destes direitos é proteger os hipossuficientes, para que eles tenham condições mais justas. Eles envolvem direitos prestacionais, e por isso, tem caráter positivo, pois exige a atuação do Estado.*

*A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais: vão depender do ENUNCIADO e da NATUREZA.*

*A sua maior parte está relacionada a normas de eficácia LIMITADA, ou seja, dependem de uma concretização normativa. E porque eles não podem ser aplicados diretamente? Ora, a CF/88 consagrou, no seu § 1º a aplicação imediata dos direitos fundamentais! R: Isso envolve uma questão teórica, pois a consagração dos direitos sociais, em normas de textura aberta (OPEN TEXTURE – que depende de uma consagração legislativa) é uma característica de constituições democráticas e pluralistas, para que os direitos sociais sejam concretizados de acordo com a vontade da maioria. Assim, o Governo Lula vai priorizar a educação? A saúde? Ou a segurança???? Lembre-se que não há recurso para tudo isso. Então, a sociedade democraticamente deve escolher o que se deve fazer.*

*Aqui entra a questão da RESERVA DO POSSÍVEL: quem alega esse argumento é o Estado e não o cidadão. Consiste nas limitações orçamentárias que impedem o Estado de atender a todas as demandas sociais. Sempre vai ter alguém precisando de alguma coisa. Porque o Estado não tem como atender todas as demandas sócias existentes.*

*Assim, quais as demandas devem ser atendidas com prioridade? Quem escolhe isso? Porque, quanto mais rico é o Estado, maior é o atendimento aos direitos sociais, pelo menos, em tese.*

*Assim, a Definição das Políticas públicas cabe, em princípio, ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, que foram eleitos para definir essas prioridades sociais. Eles devem agir de acordo com a vontade da maioria (sem desrespeitar a vontade das minorias).*

*E o Poder Judiciário? Ele não atua?*

*R: Sim, atua sim. Ele atua quando esses poderes (PE e PL) atuam de forma arbitrária ou com violação ao princípio da razoabilidade.*

*O Min. Celso de Mello atua sempre nesses processos que envolvem direitos sociais. Ele entende que o PJ atua de forma subsidiária quando se estabelecem os critérios da vontade pública.*

*Lembre ainda do MÍNIMO EXISTENCIAL, toda vez em que se falar da Reserva do Possível. Seria aquele conjunto de bens e utilidades indispensáveis para uma vida digna. Ele foi criado pela doutrina como se fosse um sub-grupo dos direitos sociais. Ora, mas, se a CF/88 já consagra os direitos sociais, porque a doutrina veio prever um mínimo e não um máximo? Porque o que se o pretende é dar uma maior efetividade a esses direitos eleitos como mínimo existencial, para que assim, pelo menos esses direitos, sejam efetivamente atendidos.*

*Como conciliar o Mínimo Existencial e a Reserva do Possível?*

*R: Na UERJ, com a Ana Paula Carvalho, defende-se que o ME deve ser uma META PRIORITÁRIA no seu orçamento. E ainda, ela se refere a essas decisões judiciais onde o Estado é condenado a dar assistência a certas doenças e tratamentos aos doentes “cubanos”. (não entendi! Cubanos? Ou Brasileiros em Cuba?)*

*A Ana Paula propõe que se utilize cada vez mais as Ações Coletivas para esse tipo pleito.*



### **PRINCÍPIO DE VEDAÇÃO DE RETROCESSO:**

*Este princípio se refere à concretização dos Direitos Sociais (Poder Público). Assim, essa concretização não poderia ser reduzida para uns e nem mesmo revogada para outros.*

*Quanto à Redução, quem defende é o Zagrebelsky – segundo ele, o grau de concretização alcançado pelo direito social não poderia ser sequer reduzido. Este entendimento traz uma série de problemas, e não parece ser o mais adequado. Digamos que, p.ex., o Lula resolve priorizar diversas atividades de lazer. E o governo seguinte vem e resolve priorizar outras atividades. Mas, então, não poderá reduzir o atendimento às atividades de lazer. E o professor entende que não se pode engessar essa concretização assim, porque isso geraria aumento no ônus da receita. Segundo JC Vieira de Andrade, reduzir é algo possível, porque faz parte da política pública. O que não se pode é revogar essa concretização do direito*

social. Ele preza pelo Princípio da Segurança Jurídica (por isso ele é contra à revogação), o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Máxima Efetividade. Esses princípios é que justificam essa vedação ao retrocesso dos direitos sociais. E esses direitos sociais devem ser aqueles que grande repercussão, de consenso profundo na sociedade.

Não pode envolver, por exemplo, direitos que prevejam redução do prazo prescricional trabalhista, porque o professor entende que isso é um pormenor.

#### DIREITOS DA NACIONALIDADE:

Nacionalidade é um vínculo político e um vínculo jurídico, que vai ligar um indivíduo ao Estado.

A nacionalidade deriva de “Natio”, que corresponde à Nação. Mas, o indivíduo não faz parte da nação, e sim do POVO daquele Estado.

Qual a diferença entre nação, povo e Estado?? Povo compreende os brasileiros natos e os naturalizados.

População Brasileira é um conceito mais amplo: abrange o povo brasileiro, estrangeiro residente no Brasil bem como apátridas eventualmente residentes.

Nação está ligada a laços sociológicos, culturais, históricos, ... é possível que haja, dentro de um mesmo Estado, 2 nações.

Nós temos 2 espécies de nacionalidade:

- a originária (ou primária)
- a adquirida (ou secundária).

Há critérios para se definir cada uma delas.

A nacionalidade originária é adquirida segundo o critério “jus sanguinis” (pelo sangue - FILIAÇÃO), ou “jus soli”

(LOCAL) e o misto (quando a CF/88 adota os 2 primeiros critérios conjuntamente – quando a pessoa nasceu naquele país e ainda é filho daqueles nacionais).

---

07/01/08 – 15ª aula

#### DIREITO DE NACIONALIDADE

A nacionalidade é vínculo jurídico que faz com que o indivíduo faça parte de um povo, de uma nacionalidade. Nacionalidade não está ligada à nação (“natio”) e sim ao povo, que é formado pelos brasileiros natos e pelos

brasileiros naturalizados.

#### Espécies de Nacionalidade:

Quem são os brasileiros natos? E os naturalizados?

A nacionalidade pode ser de 2 espécies: A ORIGINÁRIA OU DERIVADA.

A nacionalidade originária é conhecida também como primária. Os Brasileiros que possuem esta nacionalidade são os brasileiros NATOS. Esta nacionalidade é atribuída por um ato natural, e não por um ato de vontade.

Há 2 critérios para um indivíduo ter essa nacionalidade. Seja pelo critério “JUS SOLI”, que é o critério territorial, definida no local do nascimento. E dentro ainda da nacionalidade originária, temos o critério “JUS SANGUINIS”, cujo critério é a filiação, quem são aqueles que geraram aquele novo ser.

Art. 12. São brasileiros:

I - natos:

a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país; (critério ius soli)

- b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil; (*critério ius sanguinis*)
- c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira; (*Redação dada pela EC 54/07*).

II - naturalizados:

a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;

b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira. (*Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994*)

§ 1º Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição. (*Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994*)

§ 2º - A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição.

§ 3º - São privativos de brasileiro nato os cargos: I - de Presidente e Vice-Presidente da República; II - de Presidente da Câmara dos Deputados;

III - de Presidente do Senado Federal;

IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal; V - da carreira diplomática;

VI - de oficial das Forças Armadas.

VII - de Ministro de Estado da Defesa (*Incluído pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999*)

§ 4º - Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:

I - tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse

nacional;

II - adquirir outra nacionalidade, salvo no caso: (*Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994*)

a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira; (*Incluído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994*)

b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis;

Tudo isso está no art. 12 da CF/88. A nacionalidade originária (os natos), no art. 12, I.

Estabelece, no inciso I, o critério territorial. Ou seja, qualquer pessoa que tenha nascido no território nacional, independentemente do que os seus pais venham fazer aqui, ela terá nacionalidade brasileira. Ela só não será brasileira, se os pais dela (AMBOS) forem estrangeiros e AMBOS estiverem a serviço do seu país. Mas, se um cônjuge vier acompanhando o outro, que veio a serviço do seu país, esta criança não será brasileira.

Se esse estrangeiro vem a serviço do seu país, e é casado com brasileira, o filho nascido aqui é brasileiro. (brasileiro nato)

Se um estrangeiro vem a serviço do seu país e aqui tem um filho com uma brasileira, este filho será brasileiro.

Se um estrangeiro vem a serviço de um país que não seja o seu de origem, e aqui tem um filho, seja com a sua esposa ou com uma mulher brasileira, esta criança será brasileira.

Até a EC 54/07, o critério territorial era considerado pela doutrina como uma regra geral. Mas, depois da EC 54, este critério deixou de ser considerado critério geral.

No caso do art. 12, I, a) é o critério territorial (*ius soli*)

O critério do "ius sanguinis" (lê-se: "sanguinis") está nas alíneas "B" e "C". Na "B", está a contrapartida do "A". Porque, o filho de brasileiro ou de brasileira (pai brasileiro ou mãe brasileira, um ou outro) que estiver a serviço no exterior, em nome do Brasil, e que lá tiver uma criança, esta será considerada brasileira. E o serviço prestado pelo brasileiro no exterior pode ser qualquer um, desde que seja serviço público, ou seja, para qualquer ente da Federação (União, Estado,

Município ou DF – um ente da Federação) – então, a alínea “B” vislumbra o critério “sanguinis” + o critério funcional, a serviço da República Federativa do Brasil (qualquer ente da federação).

A alínea “C” foi modificada pela EC 54/07. Antes da EC/54, esta alínea exigia 3 requisitos: endereço (aqui no Brasil), opção (quando da maioridade) e vontade. Até os 18 anos, o STF entendia que este indivíduo era brasileiro nato, e aos 18 anos, suspendia este direito de nacionalidade até ele optar, definitivamente.

Agora, basta que esta pessoa faça um simples REGISTRO na Repartição Competente (no exterior). (ONDE? R; No Consulado) Veja que o critério territorial foi substituído pelo REGISTRO, que não é um requisito, e sim uma FORMALIDADE (simplesmente uma formalidade, onde os pais comparecem à repartição competente e registra o seu filho). Assim, basta o pai ou a mãe registrar na repartição existente no exterior para que o filho passe a ser brasileiro. Mas, na prática, muitos pais não fazem este registro no local competente, e aguarda o filho escolher aos 18 anos (dependendo de onde esta criança nasce, ela pode ficar apátrida até este momento). E então, neste momento, a CF/88 exige:

- o critério residencial (se os pais não registrarem na repartição competente, esse indivíduo terá que RESIDIR no Brasil se quiser optar por ser brasileiro)

- opção confirmativa (que é igual à situação prevista na alínea C, antes da EC 54) – esta opção, por ser personalíssima, só pode ser realizada pelo próprio indivíduo, após os 18 anos.

**MUITO CUIDADO COM ESTE TEMA NA PROVA PARA A MAGISTRATURA FEDERAL.**

A 2ª espécie de NACIONALIDADE é a secundária ou a adquirida. Esta está prevista no inciso II do art. 12 da CF/88. Enquanto a originária advém de um ato natural (nascimento ou filiação) a nacionalidade adquirida é atribuída por um ato de vontade.

Art. 12. São brasileiros: II -  
naturalizados:

a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;

b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994)

Aqui, os brasileiros não são natos, e sim, naturalizados.

Todo esse pessoal da janela à direita se torna brasileiro naturalizado no Brasil.

Aqui, há 2 espécies de forma de aquisição de nacionalidade, onde uma é tácita e a outra é expressa.

**A NATURALIZAÇÃO PODE SER FEITA DE FORMA TÁCITA OU EXPRESSA.**

Como a naturalização é um ato de vontade, ele pode ser feito expressamente ou através do silêncio.

**A NATURALIZAÇÃO FEITA DE FORMA TÁCITA é a nacionalidade conhecida como GRANDE NATURALIZAÇÃO ou NATURALIZAÇÃO COLETIVA.**

Nós tivemos no Brasil 2 Constituições prevendo este tipo de naturalização. A de 88 não adotou a naturalização tácita. Quem adotou foi a Constituição de 1821 (depois da Independência do Brasil) e a Constituição de 1981 (depois da Proclamação da República) – não foi coincidência – pois um novo Estado surgia e precisava de nacionais. Assim, todos que ali estavam, ou seja, filhos dos imigrantes no Brasil, tacitamente foram considerados naturalizados, pois um novo Estado surgia e este precisava de uma população (conjunto de residentes dentro do território brasileiro sejam eles nacionais ou não).

Não confunda esta espécie de naturalização com a Naturalização Involuntária, pois são institutos diferentes. É o seguinte: se uma estrangeira vai para outro país e lá se casa com um nacional, que ela é considerada

naturalizada. Alguns países adotam este tipo de naturalização involuntária. (QUAIS PAÍSES?)

Adoção: se um brasileiro adota um estrangeirinho, ele se torna brasileiro?

**R:** Mesmo que este brasileiro tenha sido enviado ao exterior a serviço da RFB, e lá tenha adotado um menor, este continua sendo estrangeiro, porque não há qualquer critério que o faça se tornar brasileiro nato. No futuro, vindo a residir no Brasil, ele pode até se tornar brasileiro naturalizado, mas será como qualquer outro estrangeiro, pela regra do art. 12, II, “B” da CF/88.

A naturalização EXPRESSA, e esta pode ser ORDINÁRIA (art. 12, II, “A”) ou EXTRAORDINÁRIA (art. 12, II, “B”).

Os estrangeiros são naturalizados brasileiros de forma expressa e ordinária, segundo a alínea “A”, na forma da lei, sendo esta lei o Estatuto do Estrangeiro. Veja a Lei 6815/80 (arts. 112 e 115)

E a alínea “A” prevê também este tipo de nacionalidade aos ORIGINÁRIOS QUE POSSUIREM LÍNGUA PORTUGUESA (não precisam ser portugueses), DESDE QUE TENHAM 1 ANO DE RESIDÊNCIA ININTERRUPTA E IDONEIDADE MORAL.

Se uma pessoa tiver isso tudo, ela tem direito subjetivo à nacionalidade brasileira? O Administrador está diante de um ato vinculado ou discricionário?

**R:** O Chefe do Executivo tem diante de si uma naturalização ordinária, onde o Ministro da Justiça realiza um ato discricionário. Ele não está vinculado a estes requisitos adquiridos pelo indivíduo. Porque se entende que isso é uma questão de soberania nacional.

A naturalização extraordinária pode ser chamada de quinquenária – alínea “B”, inciso II, do art. 12 – isto porque a CF/88 exige 15 anos de residência ininterrupta. Se o estrangeiro residir 15 anos ininterruptos (pode viajar para o exterior periodicamente sim), sem condenação penal (transitada em julgado) e fizer a opção (tem que ter a opção, já que ela é expressa). Neste caso, atendendo estes 3 requisitos aqui, o STF entende que o ato é vinculado, não é discricionário. Assim, se o estrangeiro atender estes 3 requisitos, o Chefe do Executivo não pode deixar de atender. Há aqui um direito público subjetivo, que vincula o ato e o Executivo é obrigado a conceder a naturalização.

O STF entende que, se a CF/88 colocou “desde que requeiram” quer dizer que basta a pessoa requerer, se atendidos os requisitos, para ver concedido o seu pedido.

Há outra hipótese que as pessoas se confundem com a naturalização extraordinária, que é a QUASE NACIONALIDADE, mas, ambas não tem nada a ver. Ela está prevista no art. 12, § 1º da CF/88. Na QN, a pessoa não adquire a nacionalidade brasileira, mas ela fica equiparada ao brasileiro. Mas, ela continua com a sua nacionalidade de origem. No entanto, ela passa a ter os direitos de um brasileiro NATURALIZADO. Esta hipótese serve apenas e tão somente PARA OS PORTUGUESES. Somente eles têm este benefício. Assim, se os portugueses recebem os brasileiros em Portugal com os mesmos direitos que os seus nacionais, por uma questão de reciprocidade, o Brasil também vai tratar os portugueses de residência permanente aqui, sob os mesmos deveres e direitos que os nossos nacionais. O português pode até votar e ser votado. É claro que há umas pequenas ressalvas.

A lei infraconstitucional pode estabelecer diferenças entre o brasileiro nato e o naturalizado?

**R:** Não. A lei não pode estabelecer diferenças de tratamento entre eles. Somente a própria constituição pode fazer estas distinções. (art. 12, §2º da CF/88)

**QUAIS SÃO AS DIFERENÇAS DE TRATAMENTO ENTRE OS BRASILEIROS NATOS E OS NATURALIZADOS, PREVISTAS NA CF/88?**

**R:** Há 4 hipóteses.

1ª) Quanto alguns CARGOS PRIVATIVOS: art. 12, §3º da CF/88 – aqui, a CF/88 utiliza 2 critérios, sendo o 1º, a linha sucessória do Presidente da República. O 2º critério é a Segurança Nacional. Com base nestes 2 critérios é que a CF/88 estabelece determinados cargos para brasileiros natos.

Assim, na linha sucessória no cargo da Presidência da República, mesmo que a ocupação seja temporária, só pode ser ocupado por brasileiro nato: Linha Sucessória (art. 80)

1º - Presidência

2º - Vice – Presidência

3º - Presidente da Câmara (que representa o povo) 4º - Presidente do Senado (que representa os Estados)

5º - Presidente do STF (todos os Ministros do STF têm de ser brasileiros natos)

Art. 80. Em caso de impedimento do Presidente e do Vice-Presidente, ou vacância dos respectivos cargos, serão sucessivamente chamados ao exercício da Presidência o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal.

Obs.: um brasileiro naturalizado ou um português com direitos brasileiros por equiparação podem ser deputados federais ou senadores, mas não poderão ser presidentes das suas casas.

Obs.: O STF é o único tribunal que exige que seus ministros sejam brasileiros natos. No STJ, tem um alemão. Na Segurança Nacional, temos 3 cargos onde só brasileiros natos poderão ocupar:

- Oficial das Forças Armadas
- Diplomata
- Ministro da Defesa

Tudo por uma questão de segurança nacional.

Outra diferença está no art. 89, VII da CF/88, onde a CF/88 reserva 6 assentos no Conselho da República aos brasileiros natos. Ele é um órgão auxiliar do Presidente da República, que não vincula do Presidente, mas auxilia.

Art. 89. O Conselho da República é órgão superior de consulta do Presidente da República, e dele participam: VII - seis cidadãos brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos de idade, sendo dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado Federal e dois eleitos pela Câmara dos Deputados, todos com mandato de três anos, vedada a recondução.

Outra diferença é a propriedade de empresa jornalística (art. 222) e de rádio-difusão sonora ou de imagens – só podem ser donos destes tipos de empresa se for brasileiro nato ou naturalizado há mais de 10 anos (Por que 10 anos? R; Porque uma família, num caso concreto, definiu este critério temporal).

Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002)

§ 1º Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002)

§ 2º A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002)

§ 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002)

§ 4º Lei disciplinará a participação de capital estrangeiro nas empresas de que trata o § 1º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002)

§ 5º As alterações de controle societário das empresas de que trata o § 1º serão comunicadas ao Congresso Nacional.

Os critérios mais cobrados em provas são os relativos ao cargo de presidente e o próximo: extradição.

Esta última diferença, que é a extradição, está prevista no art. 5º, LI da CF/88.

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

*A Extradição consiste na entrega de uma pessoa a outro Estado, em razão da prática de um crime nele ocorrido. Ex.: Uma pessoa comete um crime nos EUA e foge para cá. Os EUA pede a extradicação para processar e julgar esta*

*pessoa lá nos EUA.*

*A Expulsão é a retirada, à força, de um estrangeiro, em razão da prática de atos tipificados na lei. O art. 65, da Lei 6815/80 tipifica quais são os atos passíveis de expulsão, quando praticados pelo estrangeiro. O ato é praticado dentro do território brasileiro, e por isso, ele será expulso.*

*A Deportação é a devolução compulsória de um estrangeiro que tenha entrado ou esteja de forma irregular no país. Ele pode ser deportado para o país de origem ou qualquer outro que ele indique e que queira recebê-lo.*

*Um estrangeiro que se casa com uma brasileira, e tem um filho, pode ser extraditado se tiver cometido um crime no estrangeiro?*

*R: Sim, embora muita gente erre isso, por causa da Súmula nº1 do STF – esta súmula fala só da expulsão.*

*A súmula que fala da extradicação é a 421 do STF – onde a redação é exatamente oposta.*

*Nenhum brasileiro nato pode ser extraditado. Isso é uma regra absoluta.*

*E se o brasileiro tiver nacionalidade dupla: brasileiro nato e também italiano nato? R: Mesmo assim, ele não pode ser extraditado em hipótese alguma.*

*Mas, e o art. 5º, §3º da CF/88? Ele fala que o Brasil se submeterá ao Tribunal Internacional Penal (TIP) – onde o país que assinou o tratado não pode fazer qualquer exceção a ele. Ou se assina o tratado integralmente, ou sua adesão não seria válida. E este tratado internacional prevê a extradicação. Assim, se um brasileiro nato comete um crime no estrangeiro, o que faz o Brasil? Extradita por causa do TIP ou não?*

*R: o 1º posicionamento, de Ingo Sarlet, isso seria uma extradicação, e como o Brasil veta esse tipo de ato, o tratado seria descumprido.*

*O 2º posicionamento, e majoritário, defende que o Estatuto previsto no TPI não é extradicação (que é entregar uma pessoa a outro país para ser lá julgada, por tribunal estrangeiro e por leis estrangeiras, que o extraditado nem participou na feitura de tais leis). Seria o instituto do “SURRENDER”, onde a pessoa não é julgada por um Tribunal Estrangeiro, e sim por uma Jurisdição Internacional, na qual o Brasil faz parte. Ou seja, é uma diferença substancial. Assim, por este critério, o brasileiro nato poderia ser extraditado sim, submetido a uma Jurisprudência Internacional. Defensor: Valério Mazuolli.*

*O brasileiro naturalizado pode ser extraditado? Sim, em 2 hipóteses:*

*1º) quando tiver cometido CRIME COMUM (que não seja de opinião e nem político – art. 5º, LII) antes da naturalização.*

*E se este indivíduo tiver cometido os 2 crimes? Tanto o comum quanto o de opinião?*

*R: Para o STF, no caso de entrelaçamento entre esses 2 crimes (contaminação), sendo um de natureza política e o outro de natureza comum, a extradicação deve ser indeferida. (EXT. 994, 493 e 694) O Estatuto do Estrangeiro até prevê que deve haver extradicação sim, mas lembre-se que esta lei é de 80, e a jurisprudência do STF não a admite.*

*2º) Quando ele tiver cometido o CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES OU DROGAS AFINS. Neste caso, os crimes podem ter sido cometidos antes ou depois da naturalização.*

#### **REGRAS QUANTO Á EXTRADIÇÃO:**

##### **1. Princípio da Dupla Punibilidade:**

*Não é dupla tipicidade, é dupla punibilidade. O fato cometido tem que ser PUNÍVEL nos 2 Estados, tanto o que requer a extradicação quanto o que concede. Esta extradicação é passiva ou ativa? R: se é requerida ao Brasil, é extradicação passiva, e as regras brasileiras é que regulam esta extradicação. Se já houver prescrição, não há extradicação.*