

BERNARDO PIMENTEL SOUZA

**INSTITUIÇÕES DE DIREITO
E
DIREITO ADMINISTRATIVO**

2017

Sem a prévia educação cívica e política dos brasileiros, desde a mais tenra idade, não haverá democracia plena no Brasil, porquanto a formação de verdadeiros cidadãos é condição indispensável para a existência de regime político digno daquele nome.

CAPÍTULO I

DIREITO

1. HOMEM, SOCIEDADE E DIREITO

O ser humano é gregário por natureza. A História comprova a existência de tribos e de outros grupos humanos reunidos em prol da luta comum pela subsistência, com o posterior surgimento de diferentes sociedades, depois organizadas em Estados, tanto no ocidente quanto no oriente. Em todas as sociedades e Estados, os costumes passaram a ser normas de conduta humana. As normas de conduta de observância obrigatória formaram o Direito, variável conforme a história e a cultura de cada sociedade e Estado, no tempo e no espaço¹.

O Direito, portanto, é inerente a todo agrupamento humano. Daí a máxima: *ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi ius; ergo, ubi homo, ibi ius*, vale dizer, onde há homem, há sociedade; onde há sociedade, há Direito; logo, onde há homem, há Direito².

2. CONCEITO DE DIREITO

Direito é o complexo de normas de conduta das relações humanas vigentes em um Estado ou em uma sociedade, de observância obrigatória por parte de todos.

Questiona-se se o Direito é ciência. Segundo o pensamento predominante, o Direito merece a qualificação de ciência, mais especificamente, ciência social. Daí a frequente utilização das expressões “ciência jurídica”³ e “ciências jurídicas”⁴ para retratar o ramo do conhecimento humano referente ao Direito.

¹ Vale ressaltar que na Antártica (ou Antártida) há sociedades, ainda que temporárias, mas não há um Estado. Nem todas as sociedades, portanto, estão organizadas em Estados. Daí a expressão “*stateless societies*”, com a indicação da “*Anuak people of Africa*” como exemplo. Cf. Keith Faulks. *Political sociology*. New York, NYU Press, 2000, p. 23.

² Há Direito até mesmo nas sociedades que não estejam organizadas como Estados. É que os seres humanos sempre estão submetidos às normas de conduta obrigatórias na sociedade na qual vivem, estejam organizadas como Estados, ou não. Cf. Keith Faulks. *Political sociology*. New York, NYU Press, 2000, p. 22: “*Human beings are social animals and despite the fact that for the greater part of human history people lived without states they did not live without rules or indeed without certain forms of coercion based upon non-violent social pressure.*”

³ José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional positivo. 26ª ed., Malheiros, 2006, p. 33.

⁴ Alessandro Groppali. Introdução ao estudo do Direito. Rio de Janeiro. Âmbito Cultural Edições. 2003, p. 15 e 27.

Vale ressaltar que o termo “Direito”, com a inicial maiúscula, diz respeito à ciência⁵.

A título de exemplo do emprego do termo “Direito” no sentido de ciência, vale conferir o disposto no artigo 2º da Lei nº 12.376, de 2010: “Art. 2º A ementa do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, passa a vigorar com a seguinte redação: ‘Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.’”⁶.

No mais, a letra inicial deve ser minúscula, como, por exemplo, quando o vocábulo é utilizado como sinônimo de faculdade, de poder. Daí o acerto do texto do artigo 58 do Código Civil: “Art. 58. Nenhum associado poderá ser impedido de exercer direito ou função que lhe tenha sido legitimamente conferido, a não ser nos casos e pela forma previstos na lei ou no estatuto”. Também está correta a redação do artigo 11 da Consolidação das Leis do Trabalho: “Art. 11 - O direito de ação quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve:”⁷. No mesmo diapasão, vale conferir o disposto no artigo 118 da Consolidação das Leis do Trabalho: “Art. 118 - O trabalhador a quem for pago salário inferior ao mínimo terá direito, não obstante qualquer contrato ou convenção em contrário, a reclamar do empregador o complemento de seu salário mínimo estabelecido na região, zona ou subzona, em que tiver de ser cumprido”.

O vocábulo também deve ser empregado com a inicial minúscula quando utilizado como sinônimo de vantagem, de contraprestação. Em abono, vale conferir o teor do artigo 129 da Consolidação das Leis do Trabalho: “Art. 129 - Todo empregado terá direito anualmente ao gozo de um período de férias, sem prejuízo da remuneração”. É o que também se infere do disposto no § 2º do artigo 68 da Lei nº 8.112, de 1990: “§ 2º O direito ao adicional de insalubridade ou periculosidade cessa com a eliminação das condições ou dos riscos que deram causa a sua concessão”.

⁵ De acordo, na doutrina: José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional positivo. 26ª ed., 2006, p. 33. No mesmo diapasão, na jurisprudência: “Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável - artigo 110 do Código Tributário Nacional.” (RE nº 116.121/SP, Pleno do STF, Diário da Justiça de 25 de maio de 2000, sem o grifo no original).

⁶ A propósito, cabe uma observação importante: tal como na referência à Lei nº 12.376, de 2010, as demais leis ordinárias federais estão citadas ao longo deste compêndio com a simples indicação do número e do ano da publicação. Já as outras espécies de leis, como as leis complementares federais, as leis estaduais e as leis municipais, por exemplo, estão citadas com a referência adicional, conforme o caso. Em suma, o simples termo “Lei” acompanhado do respectivo número significa lei ordinária federal.

⁷ Prescrição é a extinção da pretensão relativa à exigência do cumprimento de obrigação, em razão do decurso do tempo previsto em lei.

Assim também quando o termo é empregado em referência à posição, ao lugar, ao lado, conforme se infere do artigo 52 do Regimento Interno do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, *in verbis*: “Art. 52. Durante as sessões, ocupará o Presidente o topo da mesa; a seu lado direito sentar-se-á o Procurador Regional Eleitoral e, à esquerda, o Secretário da sessão; seguir-se-ão, do lado direito, o Vice-Presidente e, à esquerda, o juiz mais antigo, sentando-se os demais juízes, na ordem de antiguidade, alternadamente, à direita e à esquerda do Presidente”.

Em suma, o termo “Direito” só deve ser utilizado com a inicial maiúscula quando empregado como sinônimo de ciência. Nas demais acepções do vocábulo, a palavra deve ser empregada com a inicial minúscula: “direito”.

3. ESCOPO DO DIREITO

A finalidade do Direito é a paz social, em prol da convivência humana em sociedade de forma harmônica. Para tanto, é preciso estabelecer limites às pretensões e condutas individuais, na busca do bem comum e da preservação da coletividade.

4. INSTITUIÇÕES DE DIREITO

Instituições de Direito são os institutos jurídicos, como, por exemplo, o mandado de segurança, o *habeas corpus*, a ação popular, o mandado de injunção, o *habeas data*, o *impeachment*, o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular, a herança, o testamento, a adoção, o casamento, o divórcio, a bigamia, o homicídio, o aborto, o roubo, o furto, o peculato, a corrupção, a pena de morte. Todos são institutos jurídicos. As instituições de Direito, portanto, são os temas pontuais relevantes para o Direito; são os assuntos específicos importantes para a vida humana em sociedade, em determinado tempo e em certo lugar.

5. DIREITO E MORAL

O Direito e a moral são espécies do mesmo gênero: normas de conduta humana. As normas jurídicas, entretanto, são coercitivas, de observância obrigatória, sob pena de imposição de sanção (penal, eleitoral, fiscal, civil, administrativa, conforme o caso). Já as normas morais são os valores individuais e coletivos que norteiam a conduta das pessoas no convívio social. O

desrespeito às normas morais pode gerar remorso, repulsa e até exclusão social, mas não coerção, atributo próprio da norma jurídica.

No mais das vezes, há coincidência entre as normas jurídicas e morais. Por exemplo, tanto o Direito quanto a moral repudiam o homicídio, o estupro, o roubo, o furto.

Outro importante exemplo da frequente convergência das normas morais e jurídicas reside no artigo 37 da Constituição Federal, em virtude da imposição da observância da “moralidade” na “administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. Daí o fundamento para a aprovação da súmula vinculante nº 13 pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”⁸⁻⁹.

⁸ O parentesco é em linha reta quando há relação de ascendência e descendência entre as pessoas, com a contagem de um grau por cada geração. Assim, uma pessoa é parente em linha reta de primeiro grau dos pais, de segundo grau dos avós, de terceiro grau dos bisavós, de quarto grau dos trisavós, de quinto grau dos tetravós ou tataravós. O parentesco é em linha colateral ou transversal quando há ascendente comum em relação a duas pessoas. Em outros termos, não há vínculo direto de ascendência e descendência entre duas pessoas, mas, sim, ascendente comum entre elas. A contagem dos graus de parentesco na linha colateral tem fim no quarto grau e deve se iniciar de uma pessoa, seguir até o ascendente comum, para depois descer até a outra pessoa. Assim, os irmãos são parentes colaterais de segundo grau, os tios são parentes colaterais de terceiro grau e os primos são parentes colaterais de quarto grau. Já o parentesco por afinidade está consubstanciado no vínculo de uma pessoa com os parentes do cônjuge ou companheiro. Por conseguinte, o marido é parente por afinidade em primeiro grau dos pais da esposa ou companheira, bem como do enteado, filho da esposa ou companheira. No que tange à linha reta, não há limite quanto ao número de graus no parentesco por afinidade. Já em relação à linha colateral, fica limitado ao segundo grau, vale dizer, aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

⁹ É de se lamentar, todavia, que os Ministros do Supremo Tribunal Federal adotem interpretação restritiva em relação à súmula vinculante nº 13, com a exclusão dos denominados “cargos políticos”, como os cargos de secretário estadual, municipal e distrital. Segundo a interpretação firmada na Corte Suprema, a vedação imposta na súmula vinculante nº 13 alcança apenas os denominados “cargos administrativos”, conforme se infere das seguintes ementas: “Reclamação – Constitucional e administrativo – Nepotismo – Súmula vinculante nº 13 – Distinção entre cargos políticos e administrativos – Procedência. 1. Os cargos políticos são caracterizados não apenas por serem de livre nomeação ou exoneração, fundadas na fidúcia, mas também por seus titulares serem detentores de um múnus governamental decorrente da Constituição Federal, não estando os seus ocupantes enquadrados na classificação de agentes administrativos.” (Reclamação nº 7.590/PR, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça eletrônico de 13/11/2014). “AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR EM RECLAMAÇÃO. NOMEAÇÃO DE IRMÃO DE GOVERNADOR DE ESTADO. CARGO DE SECRETÁRIO DE ESTADO. NEPOTISMO. SÚMULA VINCULANTE Nº 13. INAPLICABILIDADE AO CASO. CARGO DE NATUREZA POLÍTICA. AGENTE POLÍTICO. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 579.951/RN. OCORRÊNCIA DA FUMAÇA DO BOM DIREITO. 1. Impossibilidade de submissão do reclamante, Secretário Estadual de Transporte, agente político, às hipóteses expressamente elencadas na Súmula

Em regra, portanto, os valores que formam a moral também influenciam o Direito, de modo a ensejar a elaboração e aprovação de normas jurídicas em consonância com a moral.

Há, todavia, exceções significativas, marcadas por inegáveis diferenças entre as normas jurídicas e as normas morais.

A prostituição, por exemplo, desafia a moral, mas não o Direito, porquanto não há norma jurídica proibitiva no Brasil. A prostituição contraria valores individuais e coletivos, razão pela qual pode ensejar remorso por quem a pratica, repulsa por parte de alguns e exclusão social por parte de outros. Não há, entretanto, coerção, muito menos imposição de pena alguma à pessoa que a pratica. É certo que o Direito reprime o favorecimento à prostituição, nos termos do artigo 228 do Código Penal brasileiro: “Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa”. Já em relação à prostituição propriamente dita, não há vedação alguma, muito menos crime, à vista do Direito brasileiro. As pessoas são livres no particular, sujeitas apenas ao remorso, à repulsa e à exclusão social, próprios da moral.

No que tange às obrigações civis, uma importante diferença entre o Direito e a moral diz respeito à dívida prescrita. A obrigação está extinta para o Direito, razão pela qual ninguém é obrigado a pagar dívida prescrita. À luz da moral, entretanto, a obrigação subsiste até o efetivo pagamento da dívida; pouco importa se houve prescrição: a moral exige o cumprimento do que foi pactuado¹⁰.

O artigo 814 do Código Civil revela outra hipótese na qual há distinção entre o Direito e a moral. O Direito dispensa o perdedor do pagamento de dívida proveniente de jogo ou de aposta particular, proveniente de relação própria da vida privada das pessoas. Já a moral exige que a dívida seja honrada: segundo a moral, deve-se cumprir o que foi combinado.

Vinculante nº 13, por se tratar de cargo de natureza política.” (Reclamação nº 6.650/PR – AgRg, Pleno do STF, Diário da Justiça eletrônico de 20/11/2008).

¹⁰ De acordo, na doutrina: “Quando o devedor invoca a prescrição para se furtar ao pagamento, vale-se de uma faculdade assegurada pela ordem jurídica, com a qual foge ao cumprimento da palavra empenhada, e deixa de restituir ao credor o que lhe cabe. O direito disciplina a alegação, mas a ação do devedor, juridicamente incensurável, não satisfaz às exigências da moral.” (Caio Mário da Silva Pereira. Instituições de Direito Civil. Volume I, 12ª ed., 1991, p. 9).

Outro exemplo: o simples pensamento de matar uma pessoa não é reprimido pelo Direito. O Direito reprime os atos exteriores, como o homicídio, a respectiva tentativa e também a ameaça oral ou escrita; mas não o mero pensamento. Já a moral alcança até mesmo os simples pensamentos, explicitados ou não, de modo a ensejar o remorso, a repulsa e a exclusão social, conforme o caso.

Mais um exemplo: imagine-se que Ana e Aarão são irmãos bilaterais. Após a maioridade, Ana contraiu núpcias com Bento. Da união, nasceu Caio. Aarão, entretanto, permaneceu solteiro e não teve filho algum. Não obstante, sempre revelou imenso carinho em favor de Caio, ao longo da infância e da juventude do sobrinho, de quem também é padrinho de batismo. Aarão sobrevive à irmã Ana e aos pais de ambos. A essa altura, o sobrinho Caio é um médico de renome, ao passo que o tio Aarão está idoso, doente e não dispõe de recursos financeiros para a própria subsistência. À vista do quadro, surge o questionamento: cabe ao sobrinho Caio prestar alimentos em prol do tio Aarão? O questionamento enseja duas respostas antagônicas: sim, para a moral; e não, para o Direito.

À luz do Direito, os parentes têm obrigação de prestar alimentos uns aos outros. É o que estabelece o artigo 1.694 do Código Civil brasileiro, *in verbis*: “Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”. Não obstante, os artigos 1.696 e 1.697 revelam que a obrigação alimentar só alcança os ascendentes, os descendentes e os irmãos do parente necessitado¹¹. Não atinge, todavia, os parentes colaterais de terceiro grau, como os sobrinhos e os tios. O Direito, portanto, não impõe nenhuma obrigação alimentar ao sobrinho Caio. Em contraposição, à luz da moral, o sobrinho deveria prestar alimentos ao tio idoso. Daí a conclusão: quando muito, o sobrinho poderá sofrer remorso, repulsa e até exclusão social, mas não poderá sofrer coerção alguma, nem mesmo condenação judicial ao pagamento de alimentos ao tio.

É preciso reconhecer, portanto, que há normas jurídicas contrárias à moral; e também há normas jurídicas sem nenhuma ligação com a moral. Por

¹¹ E também o cônjuge, o companheiro, o ex-cônjuge e o anterior companheiro, conforme o caso.

exemplo, o número mínimo de testemunhas para a validade de um testamento nada tem a ver com a moral; tem relação apenas com a segurança jurídica. Igual raciocínio é aplicável aos elementos constitutivos para a validade de uma letra de câmbio, de uma nota promissória ou de um cheque.

Em suma, embora sejam normas de conduta humana, o Direito e a moral não se confundem, a despeito de a moral ter grande relevância na formação do Direito. Na verdade, há normas jurídicas coincidentes, contrárias e até indiferentes à moral¹².

6. DIREITO E RELIGIÃO

É secular a influência da religião no Direito. Inúmeras normas jurídicas são provenientes de normas religiosas. Há no Código Civil, no Código de Processo Civil, no Código de Processo Penal, na Consolidação das Leis do Trabalho e em outras leis brasileiras vários dispositivos similares aos estampados nos Códigos Canônicos de 1917 e de 1983, os quais comprovam a influência do catolicismo na formação do Direito no Brasil.

Tal como os §§ 1º e 2ª do Cânon 1085 do Código de Direito Canônico de 1983, por exemplo, o artigo 1.521, inciso VI, do Código Civil brasileiro também veda a bigamia: “Art. 1.521. Não podem casar: *omissis*; VI – as pessoas casadas;”. Mais do que ilícito civil, trata-se de crime à luz do Código Penal brasileiro: “Art. 235. Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: Pena - reclusão, de dois e seis anos”.

Outro exemplo: a regra prevista no § 1º do Cânon 203 do Código de Direito Canônico de 1983 também está consagrada no *caput* do artigo 132 do Código Civil, no *caput* do artigo 224 do Código de Processo Civil, no § 1º do artigo 798 do Código de Processo Penal e no artigo 775 da Consolidação das Leis do

¹² Tanto quanto possível, é conveniente que as condutas humanas idôneas à luz das normas morais também estejam consagradas em normas jurídicas, em prol da harmonia entre o Direito e a sociedade à qual se destina. Diferenças e eventuais antagonismos entre normas morais e normas jurídicas devem ser exceções pontuais fundadas em motivos razoáveis e aceitáveis, sob pena de o Direito não alcançar o escopo de conferir paz social. O natural inconformismo que o recorrente descompasso entre o Direito e a moral gera na sociedade é perceptível em interessante artigo do professor Humberto Thormann Bez Batti, publicado no jornal A Notícia, de 11 de março de 2015, sob o título “Legal x moral”.

Trabalho, com a exclusão do dia do começo na contagem dos prazos fixados em dias¹³⁻¹⁴.

A maior ou menor influência da religião no Direito é variável no tempo e no espaço. No Brasil, por exemplo, o divórcio foi vedado ao longo de décadas, em razão da indissolubilidade do matrimônio católico: a aprovação de norma jurídica permissiva do divórcio no Brasil só ocorreu em 1977. Nas Filipinas, entretanto, a influência da Igreja Católica é ainda mais forte, razão pela qual perdura a vedação ao divórcio até hoje.

Já em relação ao aborto e à pena de morte, subsiste no Brasil a influência do catolicismo, com a conseqüente vedação na maioria dos casos: o aborto só é legítimo para “salvar a vida da gestante”, “se a gravidez resulta de estupro” e em caso de feto anencéfalo; já a pena de morte somente pode ser aplicada “em caso de guerra declarada”, para alguns crimes militares, nos termos dos artigos 5º, inciso XLVII, alínea “a”, e 84, inciso XIX, da Constituição de 1988, e dos artigos 55, alínea “a”, 56, 57, 355 e seguintes do Código Penal Militar brasileiro.

O mesmo não ocorre nos Estados Unidos da América, em consequência da menor influência das normas religiosas na formação do Direito: o aborto é permitido em todos os Estados-membros, enquanto a pena de morte é adotada na maioria deles.

Tal como os Estados Unidos da América, o Brasil também é um Estado laico, marcado pela coexistência de várias religiões, sem que nenhuma delas seja oficial. Não obstante, é inegável a maior influência das normas religiosas na formação do Direito pátrio, em consequência da predominância do catolicismo na crença do povo brasileiro e também porque a Religião Católica já foi a oficial do Estado brasileiro, conforme se infere do artigo 5º da Constituição de 1824, *in verbis*: “Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma

¹³ Pouco importa se o prazo é fixado em “dias úteis” (cf. artigo 66, § 1º, da Constituição Federal) ou em dias corridos (cf. artigos 14, § 10, 62, §§ 3º e 6º, e 64, § 2º, todos da Constituição).

¹⁴ A regra prevalece salvo disposição em contrário, como há, por exemplo, no Código Penal brasileiro, cujo artigo 10 estabelece que o dia do começo é incluído na contagem do prazo. Outra importante exceção reside na contagem do prazo referente à *vacatio legis*. Com efeito, segundo o § 1º do artigo 8º da Lei Complementar nº 95, de 1998, incluído por força da Lei Complementar nº 107, de 2001, a “contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral”. Assim, tanto o dia da publicação quanto o termo final do prazo fixado em dias, meses ou anos são computados no período de vacância, com o início da vigência da lei a partir do dia subsequente.

exterior do Templo”¹⁵. Não há, todavia, religião oficial no Brasil desde o advento da Constituição de 1891, em virtude do disposto no § 7º do artigo 72, *in verbis*: “§ 7º Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependencia, ou aliança com o Governo da União, ou o dos Estados”¹⁶.

Há, entretanto, ainda hoje, Estados soberanos com religião oficial: no Irã, por exemplo, a religião oficial é a Islâmica, conforme dispõe o artigo 12 da respectiva Constituição. É certo que quanto maior o vínculo do Estado com determinada religião, maior também será a influência das normas religiosas na formação das normas jurídicas.

Em suma, o Direito não se confunde com a religião. As normas jurídicas alcançam todas as pessoas, independentemente da religião. Já as normas religiosas são destinadas aos indivíduos com igual fé. A distinção é aplicável ao Estado brasileiro, em virtude da laicidade consagrada em todas as Constituições republicanas. É possível, entretanto, nos Estados soberanos, a adoção de religião oficial e até mesmo que as normas religiosas sejam também normas jurídicas. Tudo depende do disposto na Constituição e na legislação vigentes em cada Estado.

7. DIREITO OBJETIVO E DIREITO SUBJETIVO

O Direito pode ser analisado sob dois diferentes prismas: o objeto e o sujeito.

O Direito objetivo diz respeito ao objeto do Direito: as normas jurídicas, tanto as gerais quanto as específicas. Assim, as leis, os estatutos, os regimentos, as resoluções, as convenções e até mesmo os contratos formam o Direito objetivo.

Já o Direito subjetivo tem o foco no sujeito, no beneficiário do Direito, em quem pode evocar a norma jurídica em seu favor. O Direito subjetivo, portanto, é a faculdade que o beneficiário da norma jurídica dispõe para evocá-la em seu interesse ou em sua defesa.

Um exemplo pode facilitar a compreensão da teoria exposta: as normas jurídicas brasileiras consagram o direito de herança, tanto na Constituição quanto no Código Civil. Trata-se de Direito objetivo. Se, todavia, um beneficiário

¹⁵ Redação original.

¹⁶ Redação original.

do direito de herança se sentir prejudicado ou lesado por outrem ou pelo próprio Estado, poderá acionar o Poder Judiciário, no exercício do respectivo Direito subjetivo.

Outro exemplo: a Resolução nº 6, de 2015, aprovada no Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade Federal de Viçosa, dispõe sobre o regime didático, com a determinação de que sejam realizadas ao menos três avaliações nas disciplinas de graduação. Trata-se de Direito objetivo. Na eventualidade de algum professor disponibilizar apenas duas avaliações, os discentes matriculados na respectiva disciplina têm Direito subjetivo à apresentação de requerimentos e recursos administrativos, sem prejuízo do acionamento do Poder Judiciário, na busca da preservação do Direito objetivo.

Em suma, o Direito objetivo diz respeito às normas jurídicas, enquanto o Direito subjetivo consiste na faculdade da evocação daquelas em casos de desrespeito e de ameaça ao descumprimento ao comando normativo.

8. DIREITO POSITIVO E DIREITO NATURAL

O Direito positivo é o complexo de normas jurídicas impostas pelo Estado. É o Direito legislado, constituído pelos titulares do poder de legislar. Por conseguinte, o Direito positivo não se confunde com o Direito objetivo. O Direito objetivo é mais amplo, já que alcança todas as normas jurídicas, estatais e particulares: leis, resoluções, regimentos, convenções, contratos. Já o Direito positivo diz respeito somente às normas jurídicas postas pelo Estado, quais sejam, as leis em geral. Direito positivo, portanto, é o Direito estatal.

O Direito natural é o proveniente da natureza. O direito à vida, à amamentação, à maternidade, à paternidade, à alimentação, à locomoção, à reprodução, à educação, ao silêncio e à liberdade de pensamento são alguns exemplos¹⁷.

No mais das vezes, o Direito positivo é constituído por normas jurídicas que se coadunam com o Direito natural. A propósito, vale conferir o inciso IV do artigo 5º da Constituição Federal: “IV - é livre a manifestação do pensamento,

¹⁷ Em abono, vale conferir a clássica lição de Ulpiano: “*Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censerit.*” (Digesto 1.1.1.3).

sendo vedado o anonimato”. Também vale conferir o disposto no inciso XV do artigo 5º da Constituição: “XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”. Outro exemplo reside no inciso L do mesmo artigo 5º: “L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”. O inciso LXIII contém mais um exemplo de norma jurídica fundada em Direito natural: “LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. À evidência, o Direito natural inspira e norteia a formação do Direito positivo.

Além de influenciar a formação do Direito positivo, o Direito natural também tem importante papel na consagração dos princípios gerais de Direito, como as presunções da boa-fé e da inocência, além da vedação ao enriquecimento sem causa¹⁸.

9. DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO NACIONAL

São tradicionais as classificações do Direito em internacional e nacional, sob um prisma, e em público e privado, sob outro prisma. O Direito Internacional diz respeito às relações jurídicas que envolvem ou têm lugar em mais de um Estado soberano ou dizem respeito a pessoas de diferentes Estados. Já o Direito Nacional é o complexo de normas jurídicas domésticas, aplicáveis dentro do território de um Estado soberano. Sob outro prisma, o Direito Público é o complexo de normas jurídicas marcado pela predominância do interesse coletivo em relação aos individuais. Já o Direito Privado é o complexo de normas jurídicas de regência dos interesses particulares, vale dizer, das pessoas naturais, das associações civis, das sociedades simples e empresariais. Daí as classificações das normas jurídicas conforme a amplitude territorial e o interesse predominante.

O Direito Internacional Público é o complexo de normas jurídicas acerca das relações entre diferentes Estados soberanos, as respectivas pessoas

¹⁸ De acordo: Apelação nº 505.334-1, 9ª Câmara Cível do TJMG, Diário da Justiça de 3 de setembro de 2005: “- Tal conduta representa grave vulneração ao princípio geral do Direito que veda o enriquecimento sem causa, critério este acolhido no direito pátrio, hoje explicitado nos artigos 884 a 886 do NCC, e que já se encontrava formulado no Direito Romano da época clássica, segundo o qual *jure naturae aequum est, neminem cum alteris detrimento et injuria, fieri locupletioem* (é justo, por direito natural, que ninguém se torne mais rico em detrimento e prejuízo de outro)”.

jurídicas de direito público e os organismos internacionais¹⁹. Os tratados e convenções internacionais são exemplos de normas jurídicas de Direito Internacional Público. A extradição é importante instituto de Direito Internacional Público.

Já o Direito Internacional Privado é o complexo de normas jurídicas de regência das relações entre pessoas naturais, associações civis, sociedades simples e empresárias, quando há repercussão em dois ou mais Estados. Por exemplo, o § 1º do artigo 10 do Decreto-lei nº 4.657, de 1942, é uma norma jurídica de Direito Internacional Privado: “§ 1º A sucessão de bens de estrangeiros, situados no País, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cuius*”.

Em contraposição, o Direito Nacional é o complexo de normas jurídicas que regem e alcançam as pessoas nacionais, as obrigações e os atos em geral praticados no interior das fronteiras do território de um Estado. Tal como o Direito Internacional, o Direito Nacional também pode ser classificado em público e privado, conforme a maior ou menor imperatividade das normas jurídicas, a natureza do bem jurídico tutelado e o interesse predominante. Daí a frequente classificação doutrinária do Direito brasileiro em público e privado.

10. DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

O Direito Público é o complexo de normas jurídicas com maior imperatividade, cuja margem de escolha por parte das pessoas é pequena ou nenhuma, tendo em vista a prevalência do interesse público.

Em contraposição, o Direito Privado é o complexo de normas jurídicas com menor imperatividade e maior liberdade de escolha, com a prevalência da autonomia da vontade das pessoas naturais.

Sob outro prisma, o Direito Público está relacionado às normas jurídicas voltadas para a coletividade, enquanto o Direito Privado diz respeito às normas jurídicas que regem as relações particulares, entre pessoas naturais, associações civis, sociedades simples e empresariais.

¹⁹ Por exemplo: Organização das Nações Unidas – ONU, Organização dos Estados Americanos – OEA, Organização Mundial do Comércio – OMC, Organização Internacional do Trabalho – OIT, Comunidade de Países de Língua Portuguesa – CPLP.

O Direito Constitucional, o Direito Administrativo, o Direito Tributário, o Direito Previdenciário, o Direito Eleitoral, o Direito Ambiental, o Direito Penal, o Direito Processual Penal, o Direito Processual Civil e o Direito Processual do Trabalho são exemplos de ramos de Direito Público.

O Direito Constitucional é o ramo do Direito que versa sobre a Constituição, os direitos fundamentais das pessoas, a estrutura político-administrativa do Estado e os poderes estatais: Executivo, Legislativo e Judiciário.

O Direito Administrativo é o ramo do Direito que diz respeito às normas e princípios jurídicos de regência da Administração Pública, tanto a direta quanto a indireta, e aos respectivos institutos jurídicos, como os atos administrativos em geral, as licitações, os contratos administrativos, os bens públicos, os servidores públicos e os instrumentos de controle da Administração Pública. Daí a conclusão: enquanto a estrutura político-administrativa do Estado é objeto do Direito Constitucional, os aspectos internos e de funcionamento das pessoas jurídicas de direito público e dos respectivos órgãos integram o Direito Administrativo.

O Direito Tributário é o ramo do Direito relativo às normas jurídicas que versam sobre a arrecadação e a cobrança dos tributos em geral: impostos, taxas, contribuições de melhoria.

O Direito Previdenciário é o ramo do Direito relacionado à seguridade social, com a proteção dos trabalhadores idosos, dos que sofreram acidentes e ficaram incapacitados para o trabalho, dos respectivos viúvos, viúvas, companheiros, companheiras e filhos incapazes, por meio de benefícios previdenciários, como aposentadorias, auxílios, seguros e pensões, conforme o caso.

O Direito Eleitoral é o ramo do Direito que dispõe sobre as eleições destinadas à outorga de mandatos públicos, para Presidente da República, Governadores dos Estados-membros e do Distrito Federal, Prefeitos de Municípios, Senadores, Deputados e Vereadores.

O Direito Ambiental é o ramo do Direito que versa sobre a exploração e a preservação do meio ambiente e dos recursos naturais.

O Direito Penal é o ramo do Direito alusivo aos crimes e contravenções penais, cujas normas jurídicas contêm as condutas vedadas no Estado e as penas a serem impostas aos criminosos e contraventores²⁰.

O Direito Processual Penal é o ramo do Direito referente ao acionamento do Poder Judiciário, para a comprovação de crimes e contravenções, a condenação e a imposição de penas aos transgressores, por meio de processo.

Já o Direito Processual Civil é o ramo do Direito Público destinado às normas jurídicas que versam sobre os litígios cíveis em geral, entre pessoas naturais, associações civis, sociedades simples e empresárias, e também com pessoas jurídicas de direito público, com a instauração de processos perante o Poder Judiciário.

Há também o Direito Processual do Trabalho, relativo aos conflitos decorrentes das relações jurídicas e dos contratos trabalhistas, submetidos à Justiça do Trabalho.

São, em resumo, os ramos de Direito Público.

Resta apontar os ramos de Direito Privado. O Direito Civil, o Direito Empresarial, o Direito Cambiário, o Direito Autoral e o Direito Industrial são os principais ramos do Direito Privado.

O Direito Civil é o ramo que diz respeito às normas jurídicas que versam sobre a vida civil em geral, desde o nascimento, o casamento, a paternidade, até o falecimento das pessoas naturais, bem assim sobre a constituição, a atuação e a extinção das associações, fundações e sociedades civis.

No bojo do Direito Civil, portanto, está inserto o Direito de Família, sub-ramo daquele que versa sobre as mais diversas relações jurídicas familiares, a partir do casamento ou da união estável, passando pelo nascimento dos filhos, até chegar aos direitos e deveres provenientes da maternidade e da paternidade.

²⁰ A propósito das contravenções penais, vale conferir alguns exemplos que constam do Decreto-lei nº 3.688, de 1941 – “Lei das Contravenções Penais”: “Art. 31. Deixar em liberdade, confiar à guarda de pessoa inexperiente, ou não guardar com a devida cautela animal perigoso”; “Art. 42. Perturbar alguém o trabalho ou o sossego alheios: I – com gritaria ou algazarra; II – exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais; III – abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos; IV – provocando ou não procurando impedir barulho produzido por animal de que tem a guarda”; “Art. 43. Recusar-se a receber, pelo seu valor, moeda de curso legal no país”; “Art. 45. Fingir-se funcionário público”; “Art. 47. Exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício”; “Art. 50. Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele”; “Art. 58. Explorar ou realizar a loteria denominada jogo do bicho, ou praticar qualquer ato relativo à sua realização ou exploração”.

Não é só: institutos afins também são objetos do Direito de Família, como o concubinato, a tutela e a curatela.

Ainda em relação ao Direito Civil, também merece destaque o Direito das Sucessões, Direito Sucessório ou Direito Hereditário: é o sub-ramo que diz respeito à transferência da herança de pessoa natural falecida para os respectivos sucessores legais ou testamentários. Com efeito, o Direito das Sucessões versa apenas sobre a transmissão *causa mortis*. Em contraposição, a transferência de patrimônio particular em vida e também do patrimônio das pessoas jurídicas não são objetos do Direito das Sucessões. Sem dúvida, o Direito das Sucessões cuida somente da transmissão do ativo e do passivo de pessoas naturais em razão do falecimento.

O Direito Empresarial, também denominado Direito Comercial, é o ramo relativo às normas de regência das pessoas naturais e sociedades empresárias que exercem atividade profissional na busca de lucro, por meio da produção ou da circulação de bens ou de serviços.

O Direito Cambiário, também denominado Direito Cambial, é o ramo do Direito referente aos títulos de crédito, como o cheque, a nota promissória, a letra de câmbio, a duplicata, por exemplo.

O Direito Autoral, também denominado Direito de Autor, é o ramo do Direito que diz respeito à publicação, distribuição e exploração econômica de obras intelectuais de cunho literário, artístico ou científico, como, por exemplo, livros, filmes, fotografias, esculturas, composições musicais, peças teatrais, projetos arquitetônicos, programas de computador.

Já o Direito Industrial é o ramo do Direito Privado relativo à propriedade intelectual e à exploração econômica de marcas e patentes.

Por fim, vale ressaltar que a tradicional classificação dos ramos do Direito em público e privado é alvo de sérias críticas por parte dos autores modernos. É que há normas jurídicas híbridas, como é fácil perceber em leis trabalhistas, agrárias, de família e de sucessões. Daí a explicação para a atual tendência do abandono da classificação em estudo, tendo em vista o crescente número de normas jurídicas híbridas.

11. FONTES DO DIREITO

11.1. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

As fontes do Direito são as diferentes formas pelas quais as normas jurídicas são instituídas; são as origens do Direito. Podem ser classificadas em fontes diretas e indiretas.

As fontes diretas ou imediatas são as mais importantes, porquanto geram normas jurídicas, como a lei, primeira e principal fonte de Direito, e o costume, em segundo lugar.

Já as fontes indiretas somente orientam a formação e a aplicação das normas jurídicas. As fontes indiretas, mediatas ou auxiliares são a jurisprudência²¹ e a doutrina.

Apontadas as quatro fontes do Direito, passa-se à análise de cada uma delas, de forma particular, nos tópicos subsequentes.

11.2. LEI

A principal fonte do Direito é a lei, a começar pela Constituição, também denominada “Lei das Leis”, “Lei Maior”, “Lei Fundamental” e “Lei Magna”. Com efeito, o vocábulo “lei” deve ser interpretado em sentido amplo, de modo a alcançar todas as normas estatais gerais, abstratas e imperativas. Assim, lei é toda norma geral, abstrata e coercitiva proveniente dos titulares dos poderes estatais, como os Deputados, os Senadores e o Presidente da República. A Constituição, as emendas constitucionais, as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos e as resoluções legislativas são, portanto, leis *lato sensu*²².

11.3. COSTUME

O costume é a segunda fonte direta ou imediata. Tal como a lei, também é norma jurídica de observância obrigatória. Difere, todavia, porque a norma consuetudinária não é escrita e não tem origem estatal, mas, sim, na prática

²¹ No que tange à jurisprudência, cabe uma ressalva: a “súmula vinculante” aprovada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal contém os atributos da generalidade, da impessoalidade e da obrigatoriedade. Pode, portanto, ser considerada norma jurídica, vale dizer, fonte direta, imediata.

²² Por ser a principal fonte direta do Direito, a lei merece ser estudada em capítulo específico. Daí a razão para a ampla exposição das características, das classificações e das espécies de leis no subseqüente capítulo V.

reiterada de certos atos no cotidiano de uma determinada sociedade. O costume surge, portanto, da prática de atos que são repetidos pelas pessoas ao longo do tempo, de modo a serem considerados obrigatórios pelos indivíduos que vivem em certa sociedade²³.

As normas jurídicas provenientes do costume também são denominadas “normas costumeiras” e “normas consuetudinárias”. Nos Estados soberanos cuja principal fonte do Direito é a lei, como o Brasil, o costume exerce papel secundário, porquanto só tem incidência quando a lei é omissa, conforme se infere do artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

O exemplo mais evidente de costume é a denominada “fila”²⁴: todos sabem que as pessoas que chegam com antecedência e ocupam posição em primeiro lugar devem ser atendidas ou podem ingressar em algum local antes das outras (pessoas). O costume não prevalece, todavia, quando há disposição legal em contrário. Por exemplo, durante as eleições, os candidatos têm prioridade de votação, por força do artigo 143 do Código Eleitoral. Por conseguinte, o costume referente à observância da ordem de chegada na denominada “fila” cede diante da existência de preceito legal em contrário, em favor do candidatos²⁵.

Outro exemplo de aplicação do costume reside na necessidade da conferência do troco logo após o pagamento de contas e de compras em geral, na frente do caixa ou do vendedor, conforme o caso. Só então o pagador ou comprador terá direito ao recebimento de eventual diferença. De nada adianta o pagador ou comprador receber o troco e só conferir o montante recebido horas depois, longe do caixa ou do vendedor. Perde o direito à eventual diferença, em

²³ De acordo: “Para que determinada prática seja considerada costume juridicamente aceito para embasar determinada relação jurídica é necessário que seja geral, constante e praticada por determinado período de tempo suficiente para ser considerada como hábito arraigado.” (Apelação nº 1.0079.08.411679-1/001, 14ª Câmara Cível do TJMG, Diário da Justiça de 7 de novembro de 2011).

²⁴ Cf. Ricardo Teixeira Brancato. Instituições de direito público e privado. 14ª ed., 2011, p. 41.

²⁵ “Art. 143. As 8 (oito) horas, supridas as deficiências declarará o presidente iniciados os trabalhos, procedendo-se em seguida à votação, que começará pelos candidatos e eleitores presentes. § 1º Os membros da mesa e os fiscais de partido deverão votar no correr da votação, depois que tiverem votado os eleitores que já se encontravam presentes no momento da abertura dos trabalhos, ou no encerramento da votação. § 2º Observada a prioridade assegurada aos candidatos, têm preferência para votar o juiz eleitoral da zona, seus auxiliares de serviço, os eleitores de idade avançada os enfermos e as mulheres grávidas.” (sem os grifos no original).

razão do costume que consagra a necessidade da conferência do troco imediatamente, à vista do caixa ou do vendedor.

Também merece destaque o costume proveniente da relação diária entre motoristas e frentistas de postos de gasolina, no que tange ao abastecimento e à lavagem de carros²⁶.

Ainda a respeito do tema, vale lembrar um costume que consta da obra-prima de Euclides da Cunha, *in verbis*: “Deste modo, quando surge no seu logrador um animal alheio, cuja marca conhece, o restitui de pronto. No caso contrário, conserva o intruso, tratando-o como aos demais. Mas não o leva à feira anual, nem o aplica em trabalho algum; deixa-o morrer de velho. Não lhe pertence. Se é uma vaca e dá cria, ferra a esta com o mesmo sinal desconhecido, que reproduz com perfeição admirável; e assim pratica com toda a descendência daquela. De quatro em quatro bezerros, porém, separa um, para si. É a sua paga. Estabelece com o patrão desconhecido o mesmo convênio que tem com o outro. E cumpre estritamente, sem juízes e sem testemunhas, o estranho contrato, que ninguém escreveu ou sugeriu. Sucede muitas vezes ser decifrada, afinal, uma marca somente depois de muitos anos, e o criador feliz receber, ao invés da peça única que lhe fugira e da qual se deslembrou, uma ponta de gado, todos os produtos dela. Parece fantasia este fato, vulgar, entretanto, nos sertões. Indicamo-lo como traço encantador da probidade dos matutos. Os grandes proprietários da terra e dos rebanhos, a conhecem. Têm, todos, com o vaqueiro o mesmo trato de parceria resumido na cláusula única de lhe darem em troca dos cuidados que ele despense, um quarto dos produtos da fazenda. E sabem que nunca se violará a percentagem”²⁷.

Como o Direito é fruto da convivência humana em sociedade, nada mais comum do que a consagração de costumes em leis. Um importante exemplo de

²⁶ Em reforço de argumentação: “- No relacionamento entre frentistas de postos de gasolina e motoristas, relativamente ao abastecimento de veículos, prevalecem os usos e costumes de cada região.” (Apelação nº 1.0145.07.393377-5/001, 9ª Câmara Cível do TJMG, Diário da Justiça de 9 de maio de 2011). No mesmo diapasão: “AÇÃO ORDINÁRIA - CONTRATO VERBAL - BOA FÉ - COMPRA E VENDA DE COMBUSTÍVEL - COBRANÇA - USO E COSTUME - FONTE DE DIREITO. Pode-se concluir de todo o processado, que o fato discutido ora em julgamento é daqueles que acontecem por força das circunstâncias que envolvem comerciantes em cidades do interior em seus negócios muitas vezes, e na maioria, fincadas na confiança e amizade. É o que transparece dos autos levando-se em consideração que o autor e do comércio de venda de derivados de petróleo. Não se pode olvidar que se trata de uma relação comercial perpetrada sem forma escrita, que admite as provas produzidas. Não se pode olvidar, ainda, que uso e costume são fontes do direito.” (Apelação nº 1.0384.04.025689-1/002, 16ª Câmara Cível do TJMG, Diário da Justiça de 5 de março de 2010).

²⁷ Euclides da Cunha. Os Sertões: campanha de canudos. 35ª ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves Editora, 1991, 86.

consagração legal se deu em relação ao costume consubstanciado na prioridade em favor dos idosos, seja na preferência de assento nos ônibus, seja para atendimento nas agências bancárias e postais. A norma de conduta humana antes fundada no costume hoje também está prevista em lei, conforme se infere do artigo 3º, parágrafo único, inciso I, do Estatuto do Idoso: “Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: I – atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população”.

À evidência, o costume inspira o legislador e também supre a omissão legal, mas não prevalece quando contraria a lei. Sem dúvida, o costume é a segunda fonte imediata do Direito, razão pela qual não revoga nem prevalece em relação à lei²⁸.

A despeito de ser costume arraigado na sociedade brasileira, a mera exposição à venda e, com maior razão, a realização de venda de produtos originários de contrafação estão tipificadas como crime no artigo 184, § 2º, do Código Penal brasileiro. Em abono, vale conferir o entendimento assentado no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios: “Não afasta a incidência da norma incriminadora prevista no § 2º do artigo 184 do Código Penal a circunstância de a sociedade alegadamente aceitar e até estimular a prática do delito ao adquirir os produtos originados de contrafação, pois não é socialmente tolerável uma conduta que causa enormes prejuízos aos autores das obras, ao fisco, à indústria fonográfica e aos comerciantes regularmente estabelecidos”. É o que também se infere da súmula nº 502 aprovada pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça: “Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas”.

Outro exemplo: o artigo 32 da Lei nº 7.357, de 1985, estabelece que o cheque é uma ordem de pagamento à vista, nos seguintes termos: “Art. 32 O cheque é pagável à vista. Considera-se não-estrita qualquer menção em contrário. Parágrafo único - O cheque apresentado para pagamento antes do dia

²⁸ De acordo: “EXCLUDENTE – o fato da injúria ter ocorrido em campo de futebol não afasta o crime, posto que a legislação se aplica aos campos de futebol, não se podendo equipará-lo a local onde as leis do país não se aplicam – usos e costumes não derogam lei e ainda que não se tragam aos tribunais ofensas e crimes praticados nestes locais não há que falar-se em inexistência de crime.” (Apelação nº 0042103-23.2010.8.26.0050, 8ª Câmara Criminal do TJSP, Diário eletrônico de 8 de maio de 2015, sem o grifo no original).

indicado como data de emissão é pagável no dia da apresentação”. Por consequência, o costume consubstanciado no lançamento de data futura não tem o condão de impedir o pagamento de cheque apresentado antes do dia estampado no documento²⁹.

Em suma, o costume é idôneo para suprir a ausência da lei, mas não contrariá-la. Na eventualidade de conflito, prevalece a lei. Estudadas as duas fontes diretas ou imediatas do Direito, já é possível examinar as fontes indiretas ou mediatas, quais sejam, a jurisprudência e a doutrina, temas dos próximos tópicos.

11.4. JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência é a reiteração de interpretações firmadas em julgamentos proferidos nos tribunais judiciários. Por conseguinte, um julgamento isolado não significa jurisprudência: pode-se afirmar que há um julgado ou um precedente, mas não jurisprudência. Só há jurisprudência após a prolação de julgamentos concordes em diferentes processos cujas causas sejam iguais ou semelhantes. É a reiteração de julgamentos no mesmo diapasão que forma a jurisprudência.

Muitas vezes a jurisprudência assentada nos tribunais também é consagrada em enunciados sobre temas jurídicos pontuais. Tais orientações jurisprudenciais específicas assentadas nos tribunais judiciários são denominadas “súmulas ordinárias”, “súmulas comuns” ou simplesmente “súmulas”.

As súmulas podem ser aprovadas em todos os tribunais judiciários, incluídos, portanto, os tribunais estaduais, os tribunais regionais, os tribunais superiores e o Supremo Tribunal Federal, pelo voto da maioria absoluta³⁰.

Não obstante, as súmulas são somente persuasivas, porquanto servem apenas de orientação aos próprios magistrados, aos juízes das instâncias

²⁹ Em abono, na jurisprudência: “O costume de pós datar cheques não desnatura a característica principal dele, que é a de ser ordem de pagamento à vista.” (Apelação nº 1.0042.10.001116-4/001, 15ª Câmara Cível do TJMG, Diário da Justiça de 2 de agosto de 2013).

³⁰ Maioria absoluta é o primeiro número inteiro acima da metade do total de integrantes de um órgão colegiado, considerados os presentes e também os ausentes. Assim, no Tribunal Superior Eleitoral, composto por sete Ministros, as súmulas podem ser aprovadas se pelo menos quatro deles preferirem votos favoráveis. Outro exemplo: no Supremo Tribunal Federal, constituído por onze Ministros, a aprovação de súmulas ocorre se pelo menos seis Ministros preferirem votos favoráveis. Como último exemplo, vale mencionar o Superior Tribunal Militar, composto por quinze Ministros: basta que ao menos oito deles profiram votos favoráveis para a aprovação de súmulas.

inferiores, aos advogados e até mesmo aos jurisdicionados, mas sem vinculação alguma.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, todavia, os Ministros do Supremo Tribunal Federal passaram a ter competência adicional para também aprovar “súmulas vinculantes”, nos casos e na forma do artigo 103-A da Constituição, como verdadeiras normas jurídicas, de observância obrigatória por parte dos magistrados e dos administradores públicos em geral³¹. Trata-se, à evidência, de especial competência legislativa, em razão da natureza normativa, em virtude da generalidade, da abstração e da obrigatoriedade da súmula vinculante, cuja aprovação depende de votos favoráveis de dois terços dos Ministros do Supremo Tribunal Federal³².

Um importante exemplo reside na súmula vinculante nº 12, por força da qual os Ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram que a “gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais” prevista no inciso IV do artigo 206 da Constituição impede a cobrança de quantia a título de matrícula em universidades públicas. A propósito, vale conferir o teor da súmula vinculante nº 12: “A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal”. Daí a impossibilidade da cobrança em todas as universidades, faculdades e demais instituições públicas federais, estaduais, distritais e municipais, em prol de todos os discentes.

Em regra, portanto, a jurisprudência é fonte indireta do Direito, até mesmo quando assentada em súmula de tribunal; mas é fonte direta, por ser verdadeira norma jurídica, quando consolidada em súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal.

³¹ A respeito do tema, vale conferir a seguinte notícia veiculada na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal, no dia 30 de maio de 2007: “Com dez ministros no Plenário, o Supremo Tribunal Federal (STF) aprovou hoje (30) as três primeiras súmulas vinculantes da Corte. A partir da publicação de seus textos no Diário da Justiça, elas passarão a orientar as decisões das demais instâncias do Judiciário e dos órgãos da administração pública.” “O ministro Celso de Mello, por sua vez, ponderou sobre a diferença entre a ‘súmula comum’, que o Supremo edita comumente, e as súmulas vinculantes. Segundo ele, a primeira é uma ‘mera’ síntese de decisões da Corte sobre normas. Já as súmulas vinculantes são ‘uma norma de decisão’. Ou seja, elas têm poder normativo”.

³² Vale dizer, 8 (oito) Ministros.

11.5. DOUTRINA

A doutrina é a fonte indireta do Direito proveniente das lições que constam das publicações das obras literárias de juristas consagrados. Embora não seja norma jurídica, é notória a influência que a doutrina exerce na elaboração e na interpretação das leis. Também merece destaque o papel dos doutrinadores na indicação e explicação dos princípios gerais de Direito, aplicáveis nos casos de omissão da lei.

CAPÍTULO II

ESTADO

1. ESTADO: CONCEITO E ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Estado é a sociedade dotada de organização política e jurídica, soberania e território próprio, habitado por coletividade humana estável. O Estado, portanto, é constituído a partir da reunião de um povo (elemento humano), em um território (elemento material), sob um governo soberano (elemento formal)³³.

2. POVO: ELEMENTO HUMANO DO ESTADO

2.1. CONCEITO DE POVO

O povo de um Estado é formado por seus nacionais. Já a população alcança todas as pessoas que habitam determinado território: os nacionais, as pessoas com outra nacionalidade e os apátridas³⁴.

À evidência, o conceito de população é mais amplo do que o de povo e tem relevância para as pesquisas e os estudos demográficos, sociais e econômicos. Para o Direito importa mais o conceito de povo, como bem revela o preâmbulo da Constituição brasileira: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático”³⁵.

Com efeito, o elemento humano do Estado é o povo, constituído pelos respectivos nacionais. Nacionalidade, portanto, é o vínculo jurídico existente entre o Estado e as pessoas que pertencem ao respectivo povo.

Estudada a diferença entre os conceitos de povo e de população, há outra importante distinção a ser feita, porquanto os conceitos de povo e de nação também não são equivalentes. O povo diz respeito aos nacionais em geral. Já o conceito de nação é mais restrito: nação é a coletividade humana constituída a partir dos mesmos traços históricos, geográficos, sociais, culturais, religiosos.

³³ Como o Brasil, a Argentina, o Canadá, os Estados Unidos da América, por exemplo. O termo “Estado”, portanto, não se confunde com a expressão “Estados-membros”, como o Estado de Minas Gerais, o Estado da Bahia, o Estado do Paraná, por exemplo. Os Estados-membros integram os Estados soberanos, como ocorre no Brasil e nos Estados Unidos da América, tal como as denominadas “províncias” da Argentina e do Canadá.

³⁴ Pessoas sem nacionalidade alguma.

³⁵ A transcrição contém o texto original de 1988, quando o termo “Assembléia” ainda tinha o acento agudo que deixou de existir após o advento do denominado “Novo Acordo Ortográfico”.

No plano ideal, cada nação deveria corresponder a um Estado soberano. Em outros termos, o povo de cada Estado deveria ser formado por uma nação. Não obstante, há Estados cujo povo é formado por pessoas de diferentes nações. Exemplo de Estado constituído por várias nações é a Espanha, em razão das muitas diferenças históricas, sociais e culturais na Catalunha, na Galiza e no denominado “País Basco”.

Quebec, província do Canadá, é outro exemplo de nação que não é Estado, com língua, cultura, religião e história próprias. Tanto que em 2006 houve a aprovação da seguinte moção na Câmara dos Comuns do Canadá: “O Quebec é uma nação dentro do Canadá unido”³⁶.

Sem dúvida, embora seja, sob o prisma político-administrativo, apenas uma das províncias do Canadá, o Quebec é uma verdadeira nação de origem francesa inserida no bojo do Estado canadense, cujo povo é de origem predominantemente britânica.

Outro exemplo é encontrado na República Popular da China, Estado soberano no qual há duas nações distintas: além da nação chinesa, também há a nação tibetana, com história, religião, cultura e língua próprias, a despeito da ocupação e da anexação do respectivo território por aquele Estado.

Também há casos de Estados distintos oriundos de uma mesma nação: a nação chinesa está cindida entre a República Popular da China e a República da China, vale dizer, Taiwan ou Formosa; e a nação coreana está separada entre a República da Coreia e a República Democrática Popular da Coreia, ou seja, a Coreia do Sul e a Coreia do Norte, respectivamente³⁷.

A nação alemã também esteve dividida por mais de quarenta anos, em dois Estados distintos, a República Federal da Alemanha e a República Democrática da Alemanha, até a reunificação ocorrida em 1990.

O povo de um Estado, portanto, pode ser formado por pessoas de mais de uma nação, tal como dois Estados podem ser constituídos a partir de uma nação. No plano ideal, todavia, para cada nação deveria existir um Estado, com

³⁶ “That this House recognize that the Québécois form a nation within a united Canada.” (House of Commons, Official Report, 39th Parliament, 1st Session, Wednesday, November 22, 2006).

³⁷ Causa espécie o nome oficial da Coreia do Norte: “República Popular Democrática da Coreia”. Não há nada de democrático naquele Estado. Ademais, a forma de governo não corresponde a uma república, mas, sim, a uma monarquia, com a transmissão hereditária da chefia do Estado. Nem sempre, portanto, o nome oficial de um Estado é compatível com as realidades jurídica e política.

a formação jurídico-política de um povo a partir da identidade histórico-cultural de uma nação.

Ainda a propósito da diferença entre povo e nação, o conceito de nacionalidade está relacionado ao de povo, e não ao de nação, que tem cunho sociológico, e não jurídico. Para o Direito importa, portanto, o conceito de povo, do qual é extraído o de nacionalidade: vínculo jurídico que une uma pessoa a determinado Estado e que a faz integrar o respectivo povo. Assim, brasileiros são as pessoas dotadas da nacionalidade brasileira e que formam o povo do Estado brasileiro, ou seja, da República Federativa do Brasil.

Em síntese, o povo é o elemento humano constitutivo do Estado: não há Estado sem povo. O povo de um Estado é formado pelos respectivos nacionais. Os nacionais do Estado brasileiro são os brasileiros, vale dizer, todas as pessoas titulares da nacionalidade brasileira, incluídas as crianças. Já os nacionais com direitos políticos são os cidadãos brasileiros, como bem revelam os artigos 5º, inciso LXXIII, 74, § 2º, 89, inciso VI, 103, inciso XIII, além do artigo 64 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O povo do Estado brasileiro, portanto, é formado por todas as pessoas com nacionalidade brasileira; e cidadãos brasileiros são apenas os nacionais titulares de direitos políticos.

2.2. O POVO DO ESTADO BRASILEIRO

O povo é o elemento humano essencial à formação do Estado. Daí a importância da identificação do povo brasileiro, constituído pelas pessoas naturais dotadas da nacionalidade brasileira.

Em virtude da soberania, há em cada Estado normas jurídicas específicas de regência da nacionalidade. Cada Estado soberano impõe livremente as exigências para que as pessoas naturais sejam dotadas da respectiva nacionalidade e, por consequência, integram o respectivo povo.

No que tange ao Estado brasileiro, os constituintes e os congressistas indicaram as pessoas que são nacionais, ou seja, os brasileiros, os quais podem ser natos ou naturalizados. Em contraposição, é considerada estrangeira toda pessoa natural que não for nacional, independentemente de ser titular de outra nacionalidade ou ser apátrida³⁸.

³⁸ Pessoas sem nacionalidade alguma.

À luz da Constituição brasileira, portanto, toda pessoa natural é nacional ou estrangeira, conforme o caso. Aos estrangeiros são conferidos direitos civis, para firmar contratos, casar, herdar *etc.* Já os direitos políticos são conferidos aos nacionais, ou seja, aos brasileiros. Os nacionais podem exercer, portanto, além dos direitos civis, também os direitos políticos³⁹.

Há duas espécies de nacionalidade consagradas na Constituição brasileira. A primeira é denominada “nacionalidade originária” e “nacionalidade primária”, porquanto está relacionada ao nascimento. A outra espécie de nacionalidade é a “adquirida”, “voluntária” ou “secundária”, por ser superveniente ao nascimento, já que obtida por vontade pessoal, desde que cumpridas as condições estabelecidas na Constituição. Enquanto a nacionalidade originária provém de um fato natural, a nacionalidade secundária ou voluntária é posterior ao nascimento e resulta de uma declaração de vontade de pessoa capaz⁴⁰.

São dois os critérios possíveis para a obtenção da nacionalidade originária: *ius soli*, ou seja, o critério da territorialidade, à vista do local do nascimento; e *ius sanguinis*, vale dizer, o critério da filiação, tendo em conta a ascendência.

À luz do *ius soli*, o direito à nacionalidade é proveniente do local do nascimento: é nacional a pessoa cujo nascimento ocorreu no território do Estado. Por força do critério do *ius soli*, o local do nascimento prevalece em relação à ascendência da pessoa.

Em contraposição, o critério do *ius sanguinis* outorga a nacionalidade à luz do vínculo sanguíneo: é nacional a pessoa cuja ascendência também seja nacional. Consoante o critério do *ius sanguinis*, os filhos são beneficiários da nacionalidade dos pais. O que importa, portanto, para a atribuição da nacionalidade, é a ascendência da pessoa; o local do nascimento não tem relevância alguma.

A escolha do primeiro, do segundo ou até de ambos os critérios combinados se dá em cada Estado soberano, por intermédio dos respectivos constituintes ou legisladores.

³⁹ Vale dizer, os direitos da cidadania.

⁴⁰ A capacidade plena se dá com a maioridade civil, adquirida aos 18 (dezoito) anos. Em casos excepcionais, todavia, há possibilidade da obtenção da capacidade civil plena antes dos 18 (dezoito) anos, em virtude do casamento e da emancipação, por exemplo.

No que tange ao Estado brasileiro, ambos os critérios foram prestigiados na Constituição Federal, cujo artigo 12 é a principal norma de regência da matéria.

2.2.1. BRASILEIROS NATOS

Como já anotado, a nacionalidade originária está atrelada ao nascimento. Os constituintes brasileiros consagraram o *ius soli* como regra, mas também prestigiaram o *ius sanguinis*, ainda que como exceção. Em qualquer caso, o brasileiro dotado de nacionalidade originária é sempre brasileiro nato, seja à luz da regra do *ius soli*, seja em virtude da exceção do *ius sanguinis*⁴¹.

2.2.1.1. BRASILEIROS NATOS EM VIRTUDE DO *IUS SOLI*

À vista do artigo 12, inciso I, letra “a”, da Constituição Federal, são brasileiros natos todos os nascidos no território nacional, ainda que os pais sejam estrangeiros, com uma exceção: que nenhum dos ascendentes esteja no Brasil a serviço do respectivo Estado estrangeiro. Para que o filho de mãe e pai estrangeiros nascido no território nacional não seja considerado brasileiro, ao menos um dos pais deve estar no Brasil a serviço do Estado de origem, como, por exemplo, os diplomatas representantes dos respectivos países no Brasil.

Não obstante, se os estrangeiros estiverem no Brasil a serviço de outro Estado soberano que não o de origem de algum dos pais, os filhos nascidos no território nacional serão brasileiros natos. O mesmo raciocínio é aplicável aos estrangeiros que estão no Brasil a serviço de sociedades empresárias: os filhos nascidos no território nacional também são brasileiros natos. Com maior razão, são brasileiros natos os nascidos no território nacional durante viagem de turismo de pais estrangeiros.

A ampla hipótese de nacionalidade originária prevista na letra “a” do inciso I do artigo 12 pode ser assim sintetizada: são brasileiros natos todos os nascidos em território brasileiro, exceto os filhos de pais estrangeiros, quando um deles esteja no Brasil a serviço do Estado de origem.

⁴¹ Cf. artigo 12, inciso I, da Constituição Federal.

Estudada a hipótese de nacionalidade originária proveniente do *ius soli*, passa-se à análise das hipóteses referentes ao *ius sanguinis*, previstas nas letras “b” e “c” do mesmo inciso I do artigo 12.

2.2.1.2. BRASILEIROS NATOS EM VIRTUDE DO *IUS SANGUINIS*

À luz da letra “b” do inciso I do artigo 12 da Constituição Federal, são brasileiros natos os nascidos no exterior que sejam descendentes de pai brasileiro ou mãe brasileira a serviço do Brasil.

À evidência, a alínea “b” do inciso I do artigo 12 consagra o *ius sanguinis*: é brasileiro nato o nascido no estrangeiro quando um dos pais brasileiros prestava serviço em prol do Brasil. Por conseguinte, é considerado brasileiro nato aquele cujo nascimento ocorreu no estrangeiro quando um dos pais brasileiros estava a serviço de qualquer órgão da administração direta ou indireta da União, de algum Estado-membro, do Distrito Federal ou de algum Município⁴².

Ainda a respeito da alínea “b”, pouco importa se o pai brasileiro e a mãe brasileira são natos ou naturalizados; ainda que os pais sejam naturalizados, é brasileiro nato o nascido no estrangeiro quando um ascendente brasileiro está a serviço do Brasil. Por conseguinte, a despeito de o nascimento ter ocorrido fora do território nacional, é brasileiro nato o filho de mãe brasileira ou de pai brasileiro no exterior a serviço do Brasil, ainda que ambos sejam brasileiros naturalizados.

Outras hipóteses de nacionalidade originária à vista do *ius sanguinis* estão previstas na letra “c” do inciso I do artigo 12 da Constituição Federal, com a redação proveniente da Emenda Constitucional nº 54, de 2007: também são brasileiros natos os nascidos fora do território nacional, descendentes de pai brasileiro ou de mãe brasileira, que forem registrados nas repartições diplomáticas brasileiras no exterior, bem assim os filhos de brasileiros nascidos no estrangeiro que venham a residir no Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira, após a maioridade civil⁴³.

À evidência, a alínea “c” versa sobre duas hipóteses de aquisição da nacionalidade brasileira primária: uma decorre do simples registro do nascimento

⁴² Cf. artigos 1º e 18 da Constituição Federal.

⁴³ Em virtude do Código Civil brasileiro de 2002, a maioridade passou a ser alcançada aos dezoito anos, idade a partir da qual a pessoa adquire a capacidade plena para todos os atos da vida civil, com total independência em relação aos pais. No anterior Código Civil brasileiro, que vigorou de 1917 até 2002, a capacidade civil por implemento de idade só era adquirida aos vinte e um anos.

em consulado ou embaixada do Brasil no exterior, requerido a qualquer tempo pelo pai ou pela mãe, independente da idade do filho; e a outra é fruto da manifestação de vontade de pessoa capaz, após a fixação de residência no Brasil, em qualquer tempo.

Com efeito, não há prazo para que os nascidos no estrangeiro e que venham a residir no Brasil optem pela nacionalidade brasileira, em virtude da igual nacionalidade do pai ou da mãe, ainda que nenhum dos ascendentes estivesse no exterior a serviço do Brasil, no momento do nascimento. Assim, a nacionalidade primária é reconhecida até mesmo quando os genitores não requereram o registro do nascimento em consulado ou embaixada do Brasil no exterior. A opção, portanto, é ato de vontade do descendente de brasileiro. Não obstante, a opção pressupõe capacidade civil plena, para a subscrição da petição destinada à obtenção da nacionalidade brasileira originária. Sem dúvida, a opção depende do acionamento da Justiça Federal, nos termos do artigo 109, inciso X, *in fine*, da Constituição Federal, combinado com os artigos 2º, 3º e 4º da Lei nº 818, de 1949. Há necessidade, portanto, de processo judicial.

Por fim, vale ressaltar que o direito à nacionalidade primária é conferido tanto aos filhos naturais quanto aos filhos adotivos de brasileiros, já que todos os filhos têm direitos iguais à luz do § 6º do artigo 227 da Constituição de 1988. À evidência, não há mais possibilidade de adjetivação ou de distinção entre filhos, de modo que a adoção também enseja a aquisição da nacionalidade brasileira primária.

2.2.2. BRASILEIROS NATURALIZADOS

Além da nacionalidade originária prevista no inciso I do artigo 12 da Constituição Federal, o inciso II dispõe sobre o brasileiro naturalizado, cujo vínculo com o Estado brasileiro é superveniente, em razão da vontade pessoal, por meio da naturalização.

Há duas espécies de naturalização previstas na Constituição brasileira: a naturalização ordinária, subdividida em geral e simplificada, e a naturalização extraordinária.

2.2.2.1. NATURALIZAÇÃO ORDINÁRIA: GERAL E SIMPLIFICADA

A naturalização ordinária consta da alínea “a” do inciso II do artigo 12 da Constituição, em prol dos estrangeiros que cumprem as exigências legais, quais sejam, as previstas na Lei nº 6.815, de 1980 – Estatuto dos Estrangeiros, com as alterações oriundas da Lei nº 6.964, de 1981.

A propósito das exigências legais, estão arroladas no artigo 112 do Estatuto dos Estrangeiros, *in verbis*: “Artigo 112 - São condições para a concessão da naturalização: I - capacidade civil, segundo a lei brasileira; II - ser registrado como permanente no Brasil; III - residência contínua no território nacional, pelo prazo mínimo de quatro anos, imediatamente anteriores ao pedido de naturalização; IV - ler e escrever a língua portuguesa, consideradas as condições do naturalizando; V - exercício de profissão ou posse de bens suficientes à manutenção própria e da família; VI - bom procedimento; VII - inexistência de denúncia, pronúncia ou condenação no Brasil ou no exterior por crime doloso a que seja cominada pena mínima de prisão, abstratamente considerada, superior a 1 (um) ano; e VIII - boa saúde”.

No que tange aos estrangeiros dos Estados lusófonos, são menores as exigências: basta que sejam pessoas com idoneidade moral e residam no Brasil há pelo menos um ano ininterrupto. De fato, as pessoas originárias dos Estados lusófonos precisam cumprir somente as duas exigências previstas na alínea “a” do inciso II do artigo 12 da Constituição Federal: idoneidade moral e residência ininterrupta no território nacional há pelo menos um ano. São Estados lusófonos, além do Brasil: Portugal, Cabo Verde, Guiné-Bissau, São Tomé e Príncipe, Moçambique, Angola, Timor-Leste e Guiné Equatorial⁴⁴.

Por conseguinte, a naturalização ordinária pode ser classificada em razão da origem do estrangeiro. Se o estrangeiro não for de Estado lusófono, deve cumprir as exigências insertas no artigo 112 da Lei nº 6.815, de 1980, para requerer a respectiva naturalização. Já o estrangeiro originário de Estado lusófono precisa cumprir apenas as duas exigências previstas na Constituição Federal: idoneidade moral e residência no território nacional há pelo menos um

⁴⁴ No que tange à Guiné Equatorial, o português foi adotado como idioma oficial em 2010, ao lado do espanhol e do francês. Em 2014, a Guiné Equatorial foi admitida na Comunidade de Países de Língua Portuguesa – CPLP. Sob o prisma formal, portanto, a Guiné Equatorial é um Estado lusófono. Não obstante, o português não é o idioma nativo naquele Estado. Na verdade, o decreto presidencial que oficializou o português como terceiro idioma oficial na Guiné Equatorial foi uma decisão apenas política, sem nenhum fundamento na realidade, já que o idioma português não é falado naquele Estado.

ano. A naturalização ordinária pode ser classificada, portanto, em naturalização ordinária geral, para os estrangeiros em geral, e naturalização simplificada, para os estrangeiros de língua portuguesa.

Vale ressaltar, todavia, que tanto a naturalização simplificada quanto a naturalização ordinária geral não são automáticas, porquanto não são obtidas pelo só cumprimento das exigências constitucionais e legais⁴⁵. Além da declaração de vontade do estrangeiro em prol da nacionalidade brasileira, a concessão da naturalização também depende de portaria do Ministro da Justiça, à vista de livre juízo de conveniência e oportunidade⁴⁶.

Em qualquer caso, portanto, a naturalização ordinária depende de dupla anuência: ato de vontade do estrangeiro em prol da nacionalidade brasileira e ato discricionário do Poder Executivo, em processo administrativo cuja tramitação tem lugar no Ministério da Justiça, com a conclusão por meio de portaria concessiva subscrita pelo Ministro da Justiça⁴⁷.

2.2.2.2. NATURALIZAÇÃO EXTRAORDINÁRIA OU QUINZENÁRIA

Além da naturalização ordinária que consta da alínea “a” do inciso II do artigo 12 da Constituição, também há a naturalização extraordinária, prevista na letra “b” do mesmo preceito constitucional.

Por força do artigo 12, inciso II, alínea “b”, da Constituição Federal, são beneficiários da naturalização todos os estrangeiros residentes no território brasileiro por mais de quinze anos ininterruptos, sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira.

Ao contrário do que ocorre na naturalização ordinária, a naturalização extraordinária é direito subjetivo do estrangeiro, razão pela qual não há discricionariedade por parte do Ministro da Justiça. Satisfeitas as exigências constitucionais⁴⁸, há a concessão da naturalização extraordinária, em virtude do disposto na alínea “b” do inciso II do artigo 12 da Constituição.

⁴⁵ Cf. artigo 121 da Lei nº 6.815, de 1980, renumerado por força da Lei nº 6.964, de 1981.

⁴⁶ Cf. artigo 111 da Lei nº 6.815, de 1980, renumerado por força da Lei nº 6.964, de 1981.

⁴⁷ Cf. artigos 111, 115, 117 e 118 da Lei nº 6.815, de 1980, renumerados por força da Lei nº 6.964, de 1981.

⁴⁸ Vale dizer, residência há mais de quinze anos, ausência de condenação penal e requerimento do estrangeiro.

2.2.2.3. RADICAÇÃO PRECOCE E CURSO SUPERIOR

O artigo 140, inciso II, alínea “b”, números 1 e 2, da Constituição de 1967, bem assim o artigo 145, inciso II, letra “b”, números 1 e 2, com a redação conferida pela Emenda nº 1, de 1969, tratavam de duas outras hipóteses de naturalização: radicação precoce e conclusão de curso superior.

De fato, os estrangeiros que passassem a residir no Brasil no decorrer dos primeiros cinco anos de vida poderiam requerer a nacionalidade brasileira dentro do prazo de dois anos após a maioridade civil, adquirida aos dezoito anos.

Da mesma forma, os estrangeiros que passassem a residir no Brasil antes da maioridade e concluíssem curso superior em instituição nacional poderiam requerer a nacionalidade brasileira dentro do prazo de um ano após a graduação.

Não obstante, os constituintes de 1987 e 1988 não foram explícitos sobre nenhuma das duas hipóteses adicionais de aquisição da nacionalidade secundária. Apesar do silêncio, tanto a radicação precoce quanto a conclusão de curso superior subsistem como formas de aquisição da nacionalidade secundária, já que estão previstas nos artigos 115, § 2º, incisos I e II, e 116, da Lei nº 6.815, de 1980, com as alterações da Lei nº 6.964, de 1981, preceitos com vigência e eficácia plenas, *ex vi* do artigo 12, inciso II, alínea “a”, da Constituição de 1988, em virtude da expressão constitucional “na forma da lei”.

Em síntese, como os constituintes de 1987 e 1988 permitiram a aquisição da nacionalidade secundária “na forma da lei”, a radicação precoce e a conclusão de curso superior previstas no Estatuto dos Estrangeiros também ensejam a naturalização.

2.2.3. PORTUGUESES EQUIPARADOS POR RECIPROCIDADE: QUASE NACIONALIDADE

Como todos os estrangeiros originários de Estados lusófonos, os portugueses residentes no Brasil por pelo menos um ano ininterrupto e que sejam pessoas idôneas também podem requerer a concessão da naturalização ordinária simplificada, com fundamento no artigo 12, inciso II, letra “a”, segunda parte, se desejarem obter a nacionalidade brasileira.

Se o português, entretanto, preferir preservar a respectiva nacionalidade portuguesa, ainda assim pode ter os mesmos direitos dos brasileiros naturalizados, desde que tenha residência permanente no Brasil e seja

concedida a reciprocidade em prol dos brasileiros residentes em Portugal. Trata-se da equiparação por reciprocidade consagrada no § 1º do artigo 12 da Constituição, *in verbis*: “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”.

A reciprocidade exigida no § 1º do artigo 12 da Constituição Federal está consagrada na denominada “Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses”, subscrita por representantes da República Portuguesa e da República Federativa do Brasil.

Em virtude da consagração da aludida reciprocidade, os portugueses são equiparados aos brasileiros naturalizados, razão pela qual têm até mesmo direitos políticos, desde que cumpridas as exigências previstas no artigo 7º da denominada “Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses”: “(1) O gozo de direitos políticos por portugueses no Brasil e por brasileiros em Portugal só será reconhecido aos que tiverem cinco anos de residência permanente e depende de requerimento à autoridade competente”.

No que tange ao requerimento à autoridade competente, deve ser protocolizado na Justiça Eleitoral, conforme o disposto na Resolução nº 9.195, de 1972, aprovada no Tribunal Superior Eleitoral⁴⁹.

Satisfeitas as condições previstas na Constituição Federal, na “Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses” e na Resolução nº 9.195, de 1972, portanto, os portugueses equiparados têm os mesmos direitos dos brasileiros naturalizados, até mesmo os direitos políticos, sem prejuízo algum à preservação da nacionalidade portuguesa, como bem revela o artigo 2º da aludida Convenção: “O exercício pelos portugueses no Brasil e pelos brasileiros em Portugal de direitos e deveres, na forma do artigo anterior não implicará em perda das respectivas nacionalidades”.

⁴⁹ “O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, no uso das atribuições que lhe confere o art. 23, nº IX, do Código Eleitoral, resolve expedir as seguintes instruções: Art. 1º - Ao português que haja adquirido o gozo dos direitos políticos no Brasil se aplicam, no que couber, as normas da Resolução nº 7.875 (Instruções para o Alistamento Eleitoral). Art. 2º - O português na condição do artigo anterior requererá seu alistamento, instruindo o pedido com a publicação oficial da Portaria do Ministro da Justiça e com o documento de identidade de que tratam, respectivamente, os arts. 8º e 9º do Decreto nº 70.436, de 18 de abril de 1972. Art. 3º - Constarão do título eleitoral e da folha individual de votação, após a indicação da naturalidade do eleitor, a de sua nacionalidade portuguesa, seguida da referência à Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses, assim feita abreviadamente: ‘Estatuto da Igualdade’”.

2.2.4. BRASILEIROS NATOS E NATURALIZADOS: SEMELHANÇA DE TRATAMENTO (REGRA) E DIFERENÇAS (EXCEÇÕES)

Por força do § 2º do artigo 12 da Constituição de 1988, a lei não pode estabelecer distinção entre brasileiro nato e brasileiro naturalizado, já que ambos são nacionais, razão pela qual merecem igualdade de tratamento. É a regra consagrada no proêmio do § 2º. Ao final do dispositivo, todavia, há autorização para excepcional distinção de tratamento, desde que a diferença esteja prevista no texto da Constituição.

Na esteira do disposto na parte final do § 2º do artigo 12, há no § 3º hipóteses de distinção de tratamento entre brasileiros natos e naturalizados, sempre em favor dos primeiros: brasileiros natos. Assim, apenas brasileiros natos podem ocupar os seguintes cargos: - Presidente e Vice-Presidente da República; - Presidente da Câmara dos Deputados; - Presidente do Senado Federal; - Ministro do Supremo Tribunal Federal; - Diplomata; - Oficial das Forças Armadas⁵⁰; - Ministro de Estado da Defesa.

Em regra, portanto, os Ministros de Estado podem ser brasileiros natos ou naturalizados, já que o artigo 87 não faz distinção alguma e o § 3º do artigo 12 só exige a nacionalidade primária para a posse e o exercício do cargo de Ministro da Defesa. Daí a incidência da regra da igualdade de tratamento entre brasileiros natos e naturalizados quanto aos demais Ministros de Estado. Assim, por exemplo, os Ministros da Justiça, da Saúde e da Fazenda podem ser brasileiros naturalizados.

Além dos cargos arrolados no § 3º do artigo 12 da Constituição, há outras hipóteses constitucionais de distinção de tratamento.

Ao contrário do brasileiro nato, que jamais pode ser extraditado, o naturalizado pode sofrer processo de extradição por crime comum praticado antes da naturalização e também por tráfico ilícito de drogas, hipótese na qual não importa se o crime do brasileiro naturalizado ocorreu antes ou depois da respectiva naturalização. A propósito da distinção entre o brasileiro nato e o naturalizado quanto ao instituto da extradição, vale conferir o disposto no inciso LI do artigo 5º da Constituição: “LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o

⁵⁰ Vale dizer, da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, assim classificados: tenente, capitão, major, tenente-coronel, coronel, general, marechal, brigadeiro, major-brigadeiro, tenente-brigadeiro, contra-almirante, vice-almirante e almirante, conforme a Força Armada.

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”. Não há, portanto, nenhum caso de extradição de brasileiro nato. Já o naturalizado pode ser extraditado em duas hipóteses: no caso de crime comum anterior à naturalização e no caso de tráfico ilícito de drogas, praticado antes ou depois da naturalização.

Também merece destaque a restrição que consta do artigo 222 da Constituição Federal. É certo que o preceito constitucional não proíbe que o brasileiro naturalizado exerça atividade empresarial jornalística e de radiodifusão sonora; exige apenas que a naturalização tenha ocorrido há mais de dez anos. Limitação similar ocorre em relação ao capital total, ao capital votante e ao gerenciamento das sociedades empresariais jornalísticas e de radiodifusão. Ainda que de forma mitigada, não há dúvida de que o artigo 222 da Constituição contém tratamento diferenciado entre brasileiros natos e naturalizados, em benefício dos primeiros.

No mais, é “vedada qualquer distinção entre brasileiros natos e naturalizados”, conforme estabelece o artigo 1º da Lei nº 6.192, de 1974. Aliás, eventual tratamento diferenciado fora das hipóteses constitucionais configura contravenção penal, nos termos do artigo 5º: “A violação do disposto no artigo 1º desta Lei constitui contravenção penal, punida com as penas de prisão simples de quinze dias a três meses e multa igual a três vezes o valor do maior salário-mínimo vigente no País”.

2.2.5. PERDA DA NACIONALIDADE BRASILEIRA

As hipóteses de perda da nacionalidade brasileira são taxativas e estão previstas no § 4º do artigo 12 da Constituição: decisão judicial em processo de cancelamento e naturalização voluntária.

2.2.5.1. DECISÃO JUDICIAL EM PROCESSO DE CANCELAMENTO DA NATURALIZAÇÃO

Ocorre a perda da nacionalidade do brasileiro naturalizado que tiver cancelada a respectiva naturalização por decisão judicial, em razão de atividade nociva ao interesse nacional.

À vista do artigo 109, inciso X, *in fine*, da Constituição Federal, o cancelamento da naturalização deve ser processado perante a Justiça Federal. É da competência de juiz federal, portanto, a prolação de julgamento sobre a conduta do brasileiro naturalizado acusado de exercer atividade contrária ao interesse nacional.

O cancelamento desconstitui a naturalização, razão pela qual o brasileiro perde a nacionalidade adquirida com a naturalização e passa a ser considerado estrangeiro; e como consequência da perda da nacionalidade brasileira decorrente do cancelamento da naturalização, também há a perda dos direitos políticos, à vista do artigo 15, inciso I, da Constituição Federal.

Em suma, a pessoa que sofre a perda da nacionalidade brasileira também deixa de ser cidadão brasileiro e, como qualquer estrangeiro que praticar ato contrário ao interesse nacional, também pode ser expulso do território brasileiro⁵¹.

2.2.5.2. NATURALIZAÇÃO ESTRANGEIRA VOLUNTÁRIA

À luz do proêmio do inciso II do § 4º do artigo 12 da Constituição, também perde a nacionalidade o brasileiro que adquirir outra nacionalidade por vontade própria, sem motivo algum que justifique a efetiva necessidade da aquisição de nacionalidade estrangeira.

Vale ressaltar que a perda da nacionalidade brasileira prevista no inciso II do § 4º atinge não só o brasileiro naturalizado, mas também o brasileiro nato. Em qualquer caso, todavia, a perda fica limitada à pessoa que requereu nova nacionalidade sem justa causa; não prejudica, portanto, os filhos nem o respectivo cônjuge. Sem dúvida, os eventuais filhos e cônjuge brasileiros não sofrem prejuízo algum no tocante à nacionalidade brasileira e aos correspondentes direitos políticos.

Ao contrário do que ocorre na hipótese prevista no inciso I do § 4º, na qual a decisão acerca do cancelamento da naturalização compete ao Poder Judiciário, mais especificamente, à Justiça Federal, a perda da nacionalidade brasileira em decorrência de naturalização estrangeira voluntária se dá na via

⁵¹ Cf. artigo 65 da Lei nº 6.815, de 1980 – Estatuto do Estrangeiro: “Art. 65. É passível de expulsão o estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranqüilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais”.

administrativa, perante o Ministério da Justiça, com o posterior decreto do Presidente da República, tudo nos termos dos artigos 22, inciso I, e 23, ambos da Lei nº 818, de 1949.

Não obstante, se o brasileiro adquiriu outra nacionalidade em virtude do reconhecimento de nacionalidade primária por força da legislação de outro Estado soberano, a nacionalidade brasileira permanece intacta, razão pela qual a pessoa passa a ser polipátrida, consoante a autorização contida na alínea “a” do inciso II do § 4º do artigo 12 da Constituição Federal. Nada impede, portanto, que um brasileiro seja titular de outra nacionalidade, desde que reconhecida a nacionalidade originária na legislação estrangeira.

A nacionalidade brasileira também subsiste quando a aquisição de outra nacionalidade for imposta ao brasileiro residente no exterior, a fim de que possa permanecer no território estrangeiro ou exercer direitos civis, como casar e herdar, por exemplo. É o que se infere da letra “b” do inciso II do § 4º do artigo 12, dispositivo que também enseja a existência de pessoa polipátrida, titular tanto da nacionalidade brasileira quanto da nacionalidade de outro Estado soberano.

Em suma, justificada a necessidade da aquisição da nacionalidade estrangeira pelo brasileiro residente no exterior, subsiste a nacionalidade brasileira, tal como na hipótese do reconhecimento de outra nacionalidade originária em virtude de legislação estrangeira.

2.2.6. POLIPÁTRIDAS E APÁTRIDAS

Como já estudado, a adoção do critério do *ius soli*, do critério do *ius sanguinis* ou até mesmo de ambos, como se dá no Brasil, ocorre em cada Estado, como ato de soberania. Daí a possibilidade jurídica da existência de pessoas com mais de uma nacionalidade, beneficiárias de normas concessivas de dois ou mais Estados soberanos. São os denominados polipátridas, pessoas titulares de duas ou mais nacionalidades.

Em contraposição, também há possibilidade da existência de pessoas sem nacionalidade alguma, em razão da combinação de critérios antagônicos adotados no Estado dos ascendentes e no Estado em cujo território ocorreu o nascimento. São os denominados apátridas ou *heimatlos*.

Para por fim à situação de insegurança jurídica que prejudicava centenas – quiçá, milhares – de filhos de brasileiros nascidos no exterior, houve a aprovação da Emenda Constitucional nº 54, de 2007, a fim de que todos os filhos de brasileiros nascidos no exterior sejam beneficiários da nacionalidade brasileira primária, ainda que os pais que não estivessem no estrangeiro a serviço do Brasil ao tempo do nascimento.

3. TERRITÓRIO: ELEMENTO MATERIAL DO ESTADO

3.1. CONCEITO DE TERRITÓRIO

O território é o elemento material constitutivo do Estado: não há Estado sem território. Território é a área terrestre, aquática e aérea na qual o Estado exerce a respectiva soberania, tem poder de coerção e presta a jurisdição⁵².

3.2. TERRITÓRIO DO ESTADO BRASILEIRO

O território do Estado brasileiro também é denominado “território nacional”, consoante a expressão estampada no § 2º do artigo 20 da Constituição 1988.

Em linhas gerais, o território nacional engloba todo espaço terrestre, aquático e aéreo em que o Brasil é soberano.

Em primeiro lugar, portanto, o território nacional é composto por todas as terras delimitadas geograficamente pelas fronteiras reconhecidas oficialmente⁵³-
⁵⁴.

A rigor, não só o solo integra o território nacional; o subsolo também faz parte do território, conforme revela o artigo 20, inciso IX, da Constituição brasileira.

À luz dos incisos III e IV do artigo 20 da Constituição, os lagos, os rios e as ilhas lacustres e fluviais interiores também integram o território nacional. Ainda em virtude do inciso IV do artigo 20, as ilhas oceânicas dos arquipélagos de

⁵² Isto é, diz o Direito aplicável em caso de litígio objeto de processo.

⁵³ Tanto pelo Brasil quanto pelos demais Estados soberanos que formam a denominada “comunidade internacional”, cujo órgão de representação é a ONU.

⁵⁴ Nas terras delimitadas pelas fronteiras estão incluídas as sedes das embaixadas e dos consulados estrangeiros situados no Brasil. Embora sejam invioláveis por força da Convenção de Viena, as embaixadas e os consulados ocupam terras que integram o território brasileiro.

Fernando de Noronha, Trindade e Martim Vaz, São Pedro e São Paulo, Abrolhos e o Atol das Rocas também integram o território nacional.

O território nacional ainda abrange o “mar territorial”, nos termos do artigo 20, inciso VI, da Constituição. O mar territorial equivale a doze milhas marítimas contadas da linha da baixa-mar do litoral continental e insular brasileiro, *ex vi do caput* do artigo 1º da Lei nº 8.617, de 1993: “O mar territorial brasileiro compreende uma faixa de doze milhas marítimas de largura, medidas a partir da linha da baixa-mar do litoral continental e insular brasileiro, tal como indicada nas cartas náuticas de grande escala, reconhecidas oficialmente no Brasil”⁵⁵. Daí a conclusão: o Decreto-lei nº 1.098, de 1970, segundo o qual o mar territorial brasileiro tinha duzentas milhas marítimas, restou revogado pela Lei nº 8.617, de 1993.

O território nacional também compreende o espaço aéreo que está acima do solo delimitado pelas fronteiras terrestres, rios, lagos, ilhas e do mar territorial.

O § 1º do artigo 5º do Código Penal amplia o conceito jurídico de território, a fim de alcançar determinadas aeronaves e embarcações brasileiras, *in verbis*: “§ 1º. Consideram-se como extensão do território nacional as embarcações brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro, onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar”.

Em contraposição, as embaixadas e os consulados brasileiros no exterior não integram o território nacional, tal como as sedes diplomáticas estrangeiras situadas no Brasil não são territórios de outros Estados soberanos.

É preciso reconhecer, entretanto, que eminentes juristas inserem as embaixadas e os consulados brasileiros no conceito de território nacional⁵⁶.

Ainda que muito respeitável, a interpretação extensiva não merece acolhida, em razão da omissão do artigo 20 da Constituição no particular. Ademais, não há nenhum preceito específico na legislação brasileira. Aliás, nem mesmo a Convenção de Viena autoriza a interpretação extensiva, porquanto consagra o instituto da inviolabilidade, mas sem ampliar o conceito de território nacional.

⁵⁵ Uma milha marítima corresponde a 1.852 (mil oitocentos e cinquenta e dois) metros.

⁵⁶ Cf. Ricardo Teixeira Brancato. Instituições de direito público e de direito privado. 14ª ed., 2011, p 82.

Por tudo, as embaixadas e os consulados brasileiros situados no exterior não fazem parte do território nacional; são, todavia, invioláveis, em virtude da Convenção de Viena⁵⁷.

É lícito concluir, portanto, que o território nacional alcança todas as terras insertas nas fronteiras geográficas oficiais, os rios e os lagos interiores, com as respectivas ilhas fluviais e lacustres, o mar territorial, as ilhas oceânicas dos arquipélagos de Fernando de Noronha, Trindade e Martim Vaz, São Pedro e São Paulo, Abrolhos e o Atol das Rocas, os espaços aéreos correspondentes às terras, ilhas, rios, lagos e mar territorial, bem como as embarcações e as aeronaves brasileiras mencionadas no § 1º do artigo 5º do Código Penal⁵⁸.

4. SOBERANIA: ELEMENTO FORMAL DO ESTADO

A soberania está consubstanciada na regência do povo, dentro do respectivo território, por normas jurídicas e governo próprios, de modo a ensejar a prestação jurisdicional e a imposição coercitiva da observância tanto das normas jurídicas quanto das decisões governamentais fundadas naquelas, em processos julgados por juízes e tribunais próprios, sem interferência alheia⁵⁹.

Só há Estado, portanto, quando certo povo, que ocupa determinado território, está submetido a um governo soberano. Ausente a soberania, não há Estado, como ocorre, por exemplo, com Porto Rico⁶⁰. É certo que Porto Rico goza de autonomia, em virtude da possibilidade de escolha popular de governantes e de legisladores locais, cujas atribuições e competências, todavia, são restritas a assuntos domésticos. É o que também ocorre com Hong Kong e Macau, regiões administrativas autônomas da China. Já em Taiwan, também denominada República da China, Formosa e China Nacionalista, a realidade político-jurídica é diversa, com a verificação da existência de soberania.

À evidência, soberania não se confunde com autonomia: a soberania é mais ampla do que a autonomia. A soberania é atributo próprio do Estado,

⁵⁷ De acordo, na doutrina: Julio Fabbrini Mirabete. Manual de direito penal. Volume I, 18ª ed., 2002, p. 82; e Guilherme de Souza Nucci. Código Penal comentado. 3ª ed., 2003, p. 64.

⁵⁸ A propósito, vale anotar que o ex-presidente Itamar Franco nasceu a bordo do navio "Itagiba", de propriedade da Companhia Nacional de Navegação Costeira, no mar territorial brasileiro, durante o trajeto do Rio de Janeiro para Salvador, município no qual foi registrado. Sob ambos os prismas, portanto, é lícito afirmar que o ex-presidente nasceu no território nacional.

⁵⁹ Vale dizer, de outro Estado soberano.

⁶⁰ De acordo: "Porto Rico não conseguiu constituir-se em um Estado Nacional soberano." "A ausência de soberania política fez de Porto Rico um país em busca de sua identidade." (Kátia Gerab Baggio. A questão da identidade nacional em Porto Rico. Anais Eletrônicos do III Encontro da ANPHLAC. 1998, p. 3).

consubstanciado no poder supremo dentro do respectivo território, sob todos os prismas. Já a autonomia é o poder de ditar as próprias regras, escolher os próprios governantes e legisladores, mas com restrições. Assim, e à vista dos artigos 1º e 18 da Constituição Federal, a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios têm autonomia, mas só a República Federativa do Brasil é dotada de soberania.

Por fim, titular da soberania, no Brasil, é o povo, por intermédio dos representantes eleitos ou diretamente, por meio de plebiscito, de referendo ou de iniciativa popular, conforme se infere do preâmbulo e dos artigos 1º, inciso I e parágrafo único, e 14, *caput* e incisos, da Constituição de 1988.

5. PODERES E FUNÇÕES DO ESTADO

Dentro do respectivo território, o Estado exerce de forma soberana o poder de ditar as leis, executá-las e julgar os conflitos de interesses à luz daquelas, na busca do bem comum, que é o fim do Estado. As principais funções estatais, portanto, são a legislativa, a executiva e a jurisdicional.

Para prevenir o absolutismo, marcado pela concentração do poder e pelo exercício das funções estatais nas mãos de um rei ou líder supremo, Montesquieu escreveu a obra “O Espírito das Leis”, na qual defende a “teoria da separação dos poderes”, com a adoção de um sistema de freios e contrapesos das principais funções estatais, princípio que passou a ser prestigiado nas diversas Constituições aprovadas a partir do século XVIII, no ocidente e no oriente.

A despeito de algumas adaptações e até mesmo restrições nos períodos de monarquia, de totalitarismo e de autoritarismo que marcaram a História do Brasil, a denominada “teoria da separação dos poderes” também foi adotada no Estado brasileiro, desde a independência e a primeira Constituição, a Carta Imperial de 1824, conforme se infere dos respectivos artigos 9º e 10, por força dos quais as funções estatais foram distribuídas entre quatro “Poderes Políticos”: “o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial”⁶¹.

⁶¹ “Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Políticos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece. Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.” (redação original).

Após o advento da República e a promulgação da Constituição de 1891, houve a tripartição das funções estatais entre o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Assim também dispõe o artigo 2º da atual Constituição Federal, promulgada em 1988.

Ao Poder Legislativo cabe, em primeiro lugar, a função legiferante. Também compete ao Poder Legislativo fiscalizar o Poder Executivo, com o auxílio dos Tribunais de Contas. São, em suma, as funções precípuas do Poder Legislativo: legiferante e fiscalizatória.

Já ao Poder Executivo cabe a administração do Estado, com a observância das leis provenientes do Poder Legislativo e das decisões proferidas no Poder Judiciário.

Ao Poder Judiciário compete a função jurisdicional, com a resolução dos conflitos de interesses por meio do processo, tendo em vista as leis provenientes do Poder Legislativo.

Além das funções precípuas, também há as secundárias ou atípicas. Por exemplo, o chefe do Poder Executivo exerce função legiferante quando edita medida provisória. Outro exemplo: juízes, desembargadores e ministros do Poder Judiciário exercem função legiferante quando aprovam os regimentos internos dos respectivos tribunais judiciários. A aprovação de súmulas vinculantes pelos ministros do Supremo Tribunal Federal também é exemplo de função legiferante. O *impeachment* é verdadeiro processo da competência do Senado, para julgamento e eventual imposição de condenação de impedimento a autoridades executivas e judiciárias, nos termos do artigo 52, incisos I e II, e parágrafo único, da Constituição Federal. Daí a conclusão: as principais funções estatais são divididas e distribuídas, de modo que há funções típicas e atípicas nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Por fim, vale ressaltar a possibilidade da existência de um, dois ou até mais Poderes Legislativos, Executivos e Judiciários, tendo em vista a forma de Estado. Sem dúvida, enquanto nos Estados unitários só há um Poder Legislativo, um Poder Executivo e um Poder Judiciário, nos Estados federais há a coexistência de dois ou mais Poderes Legislativos, Executivos e Judiciários, em diferentes esferas: federal e estadual, no federalismo clássico; e federal, estadual, distrital e municipal, no federalismo brasileiro.

6. FORMAS DE ESTADO: ESTADO UNITÁRIO E ESTADO FEDERAL

Há diferentes formas de organização político-administrativa dos Estados, com destaque para o Estado unitário e o Estado federal.

É unitário o Estado cuja organização político-administrativa é centralizada, apenas com um Poder Executivo, um Poder Legislativo e um Poder Judiciário. O Chile, o Uruguai, a Noruega, a Itália, a França e Portugal são exemplos de Estados unitários. Assim também era o Brasil Imperial do século XIX.

Em contraposição, o Estado federal é descentralizado. A Federação é a forma de Estado marcada pela união indissolúvel de Estados-membros ou Províncias, entes federados que não são soberanos, mas apenas autônomos, em razão da existência de competências legislativas, administrativas e jurisdicionais locais. O elo entre os Estados-membros se dá por intermédio da União, ente federativo com atribuições de interesse comum dos Estados-membros e de representação do Estado federal na comunidade internacional. No Estado federal coexistem diferentes Poderes Executivos, Legislativos e Judiciários: os da União e os dos Estados-membros. A Argentina, o Canadá e os Estados Unidos da América são exemplos de Estados federais.

O Brasil também é um Estado federal, mas com peculiaridades, em razão das competências legislativas e administrativas conferidas aos Municípios e ao Distrito Federal. Em abono, vale conferir o artigo 18 da Constituição brasileira: “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”. O Brasil, portanto, é um Estado federal constituído pela União, pelos Estados-membros, pelos Municípios e pelo Distrito Federal. Daí o nome oficial do Estado brasileiro: “República Federativa do Brasil”, conforme consta do próêmio do artigo 1º da Constituição vigente.

Estudados o Estado unitário e o Estado federal, vale mencionar o instituto da confederação.

A confederação é formada a partir da reunião de Estados soberanos, com objetivos comuns, especialmente para fins de defesa externa e paz interna, sem prejuízo da existência de outras finalidades: econômicas, mercantis, religiosas, culturais. Não há, todavia, perda de soberania dos Estados confederados.

A despeito do nome oficial “Confederação Suíça”, a Suíça é um Estado federal, originário da antiga “Confederação Helvética”, verdadeira confederação

que existiu nos séculos XIII a XVIII, até a invasão de Napoleão Bonaparte. A rigor, portanto, a última confederação existente surgiu da aliança entre o Egito, a Síria e do Iêmen, com a constituição dos denominados “Estados Árabes Unidos”, em 1958, cuja dissolução ocorreu em 1961.

Outros exemplos de confederação existiram no século XIX, como a Confederação Germânica, de 1815 a 1866, a Confederação Peru-Boliviana, de 1836 a 1839, e a denominada “Confederação”, constituída pelos Estados Confederados da América, em 1861, e extinta em decorrência da Guerra Civil Americana, em 1865.

A despeito da inexistência na atualidade, é possível imaginar uma “Confederação dos Estados Lusófonos”, constituída por Portugal, Brasil, Angola, Guiné-Bissau, Cabo Verde, Moçambique, Timor-Leste, São Tomé e Príncipe, sem prejuízo algum à soberania de cada um dos referidos Estados. Além dos benefícios econômicos e culturais, merece destaque a vantagem em relação à defesa externa: certamente teria evitado a invasão do Timor-Leste por militares indonésios e a morte de milhares de timorenses⁶². Outro exemplo que pode ser imaginado é uma “Confederação de Países Nórdicos”, constituída pela Suécia, Noruega, Finlândia, Islândia e Dinamarca, para fins comerciais, culturais e de defesa⁶³.

Ao contrário dos Estados unitário e federal, cuja formação e a organização são consubstanciadas em ato denominado “Constituição”, a confederação é instituída por meio de tratado, sem prejuízo algum à subsistência da soberania de cada Estado Parte. O tratado é o ato bilateral ou multilateral de formação de aliança militar, econômica, cultural, no plano internacional. Em consequência da preservação da soberania de cada Estado Parte, também subsistem as diferentes nacionalidades das pessoas que integram os povos dos Estados confederados.

⁶² Ainda em relação aos Estados lusófonos, é preciso reconhecer que o português foi adotado como idioma oficial da Guiné Equatorial, em 2010, ao lado do espanhol e do francês. Em 2014, a Guiné Equatorial foi admitida na Comunidade de Países de Língua Portuguesa – CPLP. Sob o prisma formal, portanto, a Guiné Equatorial é um Estado lusófono. Não obstante, o português não é o idioma nativo naquele Estado. Na verdade, o decreto presidencial que oficializou o português como terceiro idioma oficial na Guiné Equatorial foi uma decisão apenas política, sem nenhum fundamento na realidade, já que o idioma português não é falado naquele Estado.

⁶³ Cf. Países nórdicos anunciam cooperação militar contra ameaça russa na região. *Jornal do Brasil*, 10 de abril de 2015.

Por fim, vale ressaltar que é vedada a secessão na federação, conforme se infere do artigo 34, incisos I e II, da Constituição brasileira, cuja tentativa autoriza a intervenção da União, até mesmo militar. O princípio da indissolubilidade da federação também está consagrado no proêmio do artigo 1º da Constituição de 1988, *in verbis*: “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:”. Em contraposição, é garantido o direito de retirada na confederação, em virtude da preservação da soberania de cada Estado Parte.

7. CHEFIA DO ESTADO: FORMAS DE GOVERNO

O Estado pode ter diferentes formas de governo: monarquia e república.

A monarquia é a forma de governo que implica vitaliciedade na chefia do Estado, até a morte ou a abdicação do chefe do Estado. Em contraposição, a república é a forma de governo marcada pela alternância na chefia do Estado. O termo “república” provém da expressão latina *res publica*, vale dizer, coisa pública, coisa do povo. Daí a razão pela qual a temporariedade e a alternância na chefia do Estado são características essenciais da república.

No que tange ao Estado brasileiro, adota-se a república como forma de governo desde 15 de novembro de 1889. Antes, a forma de governo era a monarquia, conforme se infere do artigo 3º da Constituição de 1824, *in verbis*: “Art. 3. O seu Governo é Monarchico Hereditario, Constitucional, e Representativo”⁶⁴.

Ainda em relação à forma de governo vigente, vale lembrar que a república foi reafirmada no plebiscito realizado em 1993, em cumprimento ao disposto no artigo 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988: “Art. 2º. No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País”. De fato, a forma de governo adotada desde 15 de novembro de 1889 foi a escolhida por mais de sessenta e cinco por cento dos votantes. Daí a

⁶⁴ Redação original.

subsistência do nome oficial do Estado brasileiro: “República Federativa do Brasil”, conforme consta do proêmio do artigo 1º da Constituição vigente.

8. CHEFIA DO GOVERNO DO ESTADO: SISTEMAS DE GOVERNO

Há três principais sistemas de governo do Estado: o presidencialismo, o parlamentarismo e o semipresidencialismo.

O presidencialismo é marcado pelo exercício da chefia do governo e da chefia do Estado por uma só pessoa: o presidente. É o caso do Brasil, no qual o presidente governa o Estado e também o representa na esfera internacional. À evidência, no presidencialismo há concentração de atribuições e poderes nas mãos do presidente, que exerce papel de destaque nas esferas política e administrativa. Além do Brasil, os Estados Unidos da América, a Argentina, o Uruguai e o Chile são notórios exemplos de Estados com sistema de governo presidencialista.

Em contraposição, o parlamentarismo é marcado pela cisão entre a chefia do governo e a chefia do Estado. A chefia do governo compete ao primeiro-ministro, também denominado “*premiê*” e “*premier*”. Já a chefia do Estado cabe ao presidente ou ao monarca, cujas atribuições são modestas no plano político-administrativo. Por exemplo, o Estado de Israel, a Islândia, a Itália, a Alemanha e a Áustria são repúblicas parlamentaristas, com um presidente e um primeiro-ministro. Já a Suécia, a Noruega, a Dinamarca, os Países Baixos e a Espanha são monarquias parlamentaristas, com um monarca e um primeiro-ministro.

Já o semipresidencialismo é um sistema de governo misto, intermediário, em razão da separação da chefia do Estado da chefia do governo, tal como no parlamentarismo, mas com a outorga de relevantes atribuições políticas ao presidente, na qualidade de chefe de Estado. De fato, no semipresidencialismo a chefia do Estado é exercida pelo presidente e a chefia do governo cabe ao primeiro-ministro, o que revela a semelhança do sistema com o parlamentarismo. Não obstante, o presidente exerce algumas atribuições políticas de destaque, no que é semelhante ao presidencialismo. Trata-se, portanto, de sistema misto, adotado na França, berço do semipresidencialismo, na Rússia e em Portugal⁶⁵.

⁶⁵ De acordo, na doutrina: Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza. Portugal elege um constitucionalista. Estado de Minas, 27 de janeiro de 2016, p. 7, *in verbis*: “Marcelo Rebelo de Sousa, 67 anos, acaba de ser eleito presidente da República de Portugal. Catedrático de direito constitucional da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica de Portugal. Elegante, simpático, cultíssimo, professor por excelência, conferencista

De volta ao parlamentarismo, o sistema já foi adotado no Brasil em duas oportunidades. A primeira ocorreu no período imperial, de julho de 1847 até o advento da República, mas de forma mitigada, em razão dos amplos poderes conferidos ao Imperador Dom Pedro II, a quem competia a escolha do “Presidente do Conselho de Ministros”, vale dizer, Primeiro-Ministro. Já a segunda foi mais recente e por um breve período: de setembro de 1961 a janeiro de 1963. De fato, após a renúncia do Presidente Jânio Quadros, o então Vice-Presidente João Goulart tomou posse no dia 7 de setembro de 1961, como Presidente da República, e no dia seguinte houve a posse do Primeiro-Ministro Tancredo Neves. Em janeiro de 1963, entretanto, foi realizado um plebiscito, com o questionamento acerca do sistema de governo de preferência dos brasileiros, com a consagrada vitória do presidencialismo. Por consequência, o Presidente João Goulart passou a exercer a Presidência da República com amplos poderes até o advento do golpe militar, no dia 31 de março de 1964.

Na verdade, o sistema presidencialista já foi escolhido pelo povo brasileiro em duas oportunidades: em 1963 e em 1993. Primeiro os brasileiros votaram no plebiscito realizado em 1963, com a consequente substituição do sistema de governo então vigente, o parlamentarismo, pelo presidencialismo. Consagrado o presidencialismo na Constituição de 1988, o sistema de governo foi reafirmado no plebiscito de 1993, por mais de cinquenta e cinco por cento dos votantes. Não

emérito, debatedor jurídico incisivo, comentarista político da televisão, comunicador nato, homem de centro-direita, é uma grande esperança para o povo lusitano. Independente, proclamou na campanha: ‘Não serei o presidente de nenhum partido’. Seu partido de origem é o PSD. Alguns veículos da mídia brasileira têm afirmado que o presidente português exerce apenas papel decorativo ou de mera representação. Não é bem assim. Portugal não é mesmo um Estado presidencialista, como os EUA e o Brasil, mas, também, não é parlamentarista, como a Itália e a Alemanha. É, sim, uma república semipresidencialista, mais bem estruturada constitucionalmente que a França, criadora do sistema. O semipresidencialismo é o mais novo sistema de governo republicano e se caracteriza basicamente por um Executivo dualista: o presidente, eleito pelo povo, é o chefe de Estado, e o primeiro-ministro, escolhido pelo Parlamento, é o chefe de governo. Outros pontos importantes marcam sensivelmente o semipresidencialismo: a independência entre o presidente e o Legislativo; a eleição direta do presidente, a ele cabendo, pela Constituição, atribuições menores, sim, que no presidencialismo, mas muito maiores do que no parlamentarismo. No caso específico de Portugal, a Constituição de 1976, em sua versão atual, estabelece que o presidente da República é eleito, em maioria absoluta, por 5 anos, em sufrágio universal, direto e secreto dos cidadãos portugueses residentes no território nacional e no exterior, podendo ser reeleito uma vez. Não há a figura do vice-presidente. Interessante para nós, brasileiros, é o disposto no art. 124 da Constituição lusa: as candidaturas para a Presidência são propostas por um abaixo-assinado de, no mínimo, 7,5 mil assinaturas de eleitores. Tal dispositivo acentua, sem dúvida, o caráter popular da eleição, garantindo uma independência (e uma possível convivência) com relação aos partidos. Agora, por exemplo, o presidente da República vai conviver com um governo socialista. Com base na Constituição e nas obras de Jorge Miranda e do próprio Marcelo Rebelo de Sousa, ambos meus mestres em Lisboa, as importantes atribuições do presidente da República portuguesa, verdadeiro chefe de Estado, são estas: promulgar as leis, podendo exercer o veto político e o veto por inconstitucionalidade; demitir o governo (primeiro-ministro e seu gabinete); dissolver a Assembleia da República, que é o Legislativo unicameral; submeter a consulta popular (referendo) as questões de maior relevo nacional; pronunciar-se, oficialmente, sobre todas as emergências graves para a vida do país. É o clássico ‘poder moderador’, que mostra a importância do presidente.”

há dúvida, portanto, que o presidencialismo está consagrado na cultura política brasileira.

9. REGIME POLÍTICO OU REGIME DE GOVERNO

Regime político é o conjunto de princípios de regência do exercício do governo nos Estados soberanos.

No passado e no presente, os regimes políticos existentes nos Estados podem ser assim classificados: totalitarismo, autoritarismo e democracia.

O totalitarismo é o regime político marcado pela existência de uma ideologia oficial, de apenas um partido político, cujo líder governa o Estado por tempo indeterminado e sem limite algum, tudo independentemente da vontade do povo. A imprensa existente é apenas a oficial, controlada com mão de ferro pelo líder supremo. Não há direitos individuais em relação ao Estado. A essência da ideologia do regime totalitário é revelada na frase do italiano Benito Mussolini: “tudo no Estado, nada contra o Estado, nada fora do Estado”⁶⁶. A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, a União Soviética estalinista e o Portugal salazarista são notórios exemplos de Estados totalitários. O totalitarismo também se fez presente no Brasil, no período do denominado “Estado Novo”, de 1937 a 1945, sob o comando de Getúlio Vargas. A Coreia do Norte e Cuba são os exemplos mais recentes.

O autoritarismo é o regime político marcado por restrições aos partidos políticos, à imprensa, aos direitos civis e políticos, aos direitos e garantias fundamentais. A despeito da existência de mais de um partido político, são eleitos apenas governantes que integram os quadros do partido da situação, como ocorreu no Brasil durante o denominado “Regime Militar”, no período de 1964 a 1985. O exemplo mais recente de Estado sob regime autoritário é a Venezuela.

A democracia é o regime político marcado pelo respeito aos direitos civis e políticos, pela liberdade de imprensa, pelo pluripartidarismo, pela temporariedade e alternância das pessoas e dos partidos no governo do Estado. Na democracia há efetiva interferência do povo na condução da administração do Estado, com a livre escolha dos governantes, somada à possibilidade de

⁶⁶ Sergio Pinto Martins. Instituições de direito público e privado. 13ª ed., 2013, p. 47.

fiscalização tanto dos governantes quanto dos negócios do Estado, com igual participação na escolha dos legisladores e também na elaboração das leis, por meio da iniciativa popular. A democracia, portanto, está relacionada à ideia de cidadania: os nacionais também são cidadãos, com direitos políticos em prol da real participação nas decisões estatais. O plebiscito, o referendo, a iniciativa popular e a ação popular são importantes instrumentos da cidadania em Estados democráticos. A Noruega, a Islândia, a Dinamarca, a Suécia, a Nova Zelândia, a Austrália, a Suíça, o Canadá, a Finlândia e os Países Baixos são os melhores exemplos de Estados com regime político democrático, de democracias plenas⁶⁷.

Embora o Brasil não possa ser considerado um Estado dotado de democracia plena, são inegáveis os avanços a partir da Constituição de 1988, com a consagração da participação popular nas escolhas dos governantes e dos legisladores, em constantes eleições diretas federais, estaduais, distritais e municipais, no processo legislativo, por meio da iniciativa popular, na fiscalização dos governantes, mediante ação popular, e em assuntos estatais e de interesse coletivo, por meio de plebiscitos e referendos.

Para alcançar o patamar de democracia plena, entretanto, há necessidade da concessão de maiores oportunidades para a participação popular no Brasil, por meio de plebiscitos e referendos, por exemplo. Vale lembrar que não houve nenhuma consulta aos cidadãos brasileiros acerca da realização da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos de 2016, a despeito dos vultosos gastos de recursos públicos. A propósito, foi essa a razão que motivou a recusa da candidatura de Estocolmo como sede dos Jogos Olímpicos de 2022⁶⁸. Antes dos lançamentos das candidaturas do Brasil como sede da Copa de 2014 e do Rio de Janeiro como sede dos Jogos de 2016, os cidadãos brasileiros deveriam ter sido consultados por meio de plebiscito, a fim de que tivessem a oportunidade de refletir e decidir sobre a conveniência das respectivas candidaturas, ou não, considerados os gastos públicos envolvidos.

Outro exemplo: a apresentação de projeto de iniciativa popular é difícil e complexa no Brasil; e também é morosa a tramitação no Congresso Nacional,

⁶⁷ Cf. Beatriz Olivon. Noruega é país mais democrático; Brasil é 44º. Revista Exame. Editora Abril, março de 2013.

⁶⁸ Cf. Guilherme Dearo. Suécia recusa Jogos de 2022 para não usar dinheiro público. Revista Exame. Editora Abril, janeiro de 2014.

sem nenhuma prioridade na inclusão na pauta de votações. Tanto que só há quatro leis federais provenientes de projetos de iniciativa popular, a despeito das milhares de leis federais existentes no Brasil. É preciso repensar, portanto, o instituto da iniciativa popular, na busca de maior valorização da legitimidade ativa legislativa conferida aos cidadãos.

Ainda a respeito do instituto da iniciativa popular, é de se lamentar a impossibilidade jurídica da apresentação de projeto de emenda constitucional por parte dos cidadãos em geral. Aliás, os cidadãos também deveriam ser consultados mediante referendo acerca de todas as emendas constitucionais aprovadas no Congresso Nacional, de modo que a igual aprovação popular consubstanciasse exigência inafastável para a posterior promulgação daquelas⁶⁹.

A ausência do instituto denominado “*recall election*”, consubstanciado na reconvocação de eleições, também impede que a democracia brasileira seja considerada plena. É essencial a inclusão de um dispositivo na Constituição Federal, a fim de que presidentes, governadores, prefeitos, senadores, deputados e vereadores possam ser submetidos a imediato controle da vontade popular, por meio de novas eleições diretas, no curso dos respectivos mandatos⁷⁰⁻⁷¹.

⁶⁹ A propósito, vale ressaltar que ambos os instrumentos democráticos constaram de anteprojetos e projetos apresentados durante a Assembleia Nacional Constituinte de 1987 e 1988, mas infelizmente foram excluídos do texto final da Constituição brasileira promulgada em 5 de outubro de 1988. Em abono, merece ser prestigiada a lição doutrinária do Professor José Afonso da Silva: “A Constituição não introduziu inovação de realce no sistema de sua modificação. Até a votação em Plenário, anteprojetos e projetos admitiam, expressa e especificamente, a iniciativa e o referendo populares em matéria de emenda constitucional. No Plenário, contudo, os conservadores derrubaram essa possibilidade clara que constava do do art. 74 do Projeto aprovado na Comissão de Sistematização.” (Curso de direito constitucional positivo. 26ª ed., 2005, p. 63).

⁷⁰ Por exemplo, vale conferir o disposto na *Section 12 do Article XIII da Wisconsin Constitution*: “*The qualified electors of the state, of any congressional, judicial or legislative district or of any county may petition for the recall of any incumbent elective officer after the first year of the term for which the incumbent was elected, by filing a petition with the filing officer with whom the nomination petition to the office in the primary filed, demanding the recall of the incumbent. The recall petition shall be signed by electors equaling at least twenty-five percent of the vote cast for the office of governor at the last preceding election, in the state, county or district which the incumbent represents.*”

⁷¹ A propósito, vale lembrar – e elogiar – o esforço do saudoso constituinte Lysânaes Dias Maciel em prol da adoção do instituto do *recall* na Constituição de 1988, *in verbis*: “Submeto a apreciação desta Subcomissão o instituto existente em outras Constituições, o chamado *recall*.” “Devo dizer aos Srs. Constituintes que as legislações mais avançadas aplicam esse direito – isso não é inovação do Relator, existe nos Estados Unidos e na Suécia, e chamado direito de *recall*. Não existe apenas para os Parlamentares, mas até para as autoridades públicas que acham que não têm de prestar contas das suas atuações depois de investidos nos seus cargos ou nomeados para suas funções. É o direito de fiscalização do povo: Então, notem os Srs. Constituintes que, ao mesmo tempo que anunciamos o direito ‘o poder vem do povo e com o povo será exercido’, estabelecemos mecanimos para a sua implementação.” (Assembleia Nacional Constituinte: atas de comissões. Subcomissão dos Direitos, Políticos dos Direitos, Coletivos e Garantias. Brasília, 1987, páginas 6 e 65).

A adoção do instituto da candidatura avulsa, também denominada “candidatura independente”, é outra importante medida para que a democracia brasileira deixe de ser considerada imperfeita, para ser plena, como a existente no Canadá, por exemplo. Para tanto, merece aprovação o Projeto de Emenda Constitucional nº 6, de 2015, em tramitação no Senado, para acrescentar “dispositivos à Constituição Federal, possibilitando o lançamento de candidaturas avulsas, independentemente de filiação partidária”. Vale ressaltar, por oportuno, que o instituto da candidatura avulsa não é estranho ao Direito brasileiro, já que o artigo 59 do Código Eleitoral de 1932 não exigia a filiação partidária como condição de elegibilidade.

Também é de se lamentar a inexistência de participação popular na escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Um interessante exemplo de participação popular é encontrado na Constituição de Wisconsin, conforme se infere do disposto na seção 4 do artigo VII: “*The supreme court shall have 7 members who shall be known as justices of the supreme court. Justices shall be elected for 10-year terms of office commencing with the August 1 next succeeding the election*”. Poder-se-ia pensar, ainda, em uma solução própria, tendo em conta a forma adotada para a escolha do Ministro Costa Manso, em 1933, e o disposto no artigo 19, *caput, in fine*, da Lei nº 5.010, de 1966, a fim de que a escolha seja realizada “dentro os nomes indicados, em lista quántupla, pelo Supremo Tribunal Federal”. Assim, a eleição ocorreria em dois turnos, em diferentes colégios eleitorais: a votação, em primeiro turno, seria feita pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, com a escolha de cinco juristas brasileiros; e em segundo turno, a votação seria facultada aos cidadãos em geral, com a escolha de um dos juristas constantes da lista quántupla, para o exercício de mandato no Supremo Tribunal Federal, por oito ou dez anos, por exemplo. De um modo ou de outro, é preciso encontrar uma forma de participação popular na escolha dos cidadãos que têm a importante função de solucionar, em única ou em última instância, os conflitos de interesses que produzem consequências diretas e indiretas na vida, na liberdade e no patrimônio de todos sujeitos à jurisdição do tribunal.

A inclusão da disciplina “Direito” no currículo das escolas de ensino médio é outra medida importante em prol da consagração da democracia plena. Com efeito, é difícil imaginar a construção de um verdadeiro Estado Democrático de

Direito sem a outorga de educação cívica e política em favor dos jovens, com maior razão em um Estado que confere o direito de voto aos nacionais a partir dos dezesseis anos de idade. Daí a necessidade da aprovação do Projeto de Lei nº 1.029, de 2015, em tramitação na Câmara dos Deputados, a fim de alterar “o art. 36 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir a disciplina Introdução ao Direito como obrigatória no currículo do ensino médio”. Tão importante quanto o estudo da História, da Geografia, da Química, da Física, da Biologia e da Matemática, é o estudo do Direito.

Por tudo, é lícito concluir que a democracia brasileira ainda é capenga e necessita da adoção de institutos destinados à maior participação popular nas decisões estatais e de medidas educativas em prol da cidadania.

10. ESTADO DE DIREITO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ainda em relação ao estudo do instituto objeto deste capítulo, é importante apresentar algumas definições e explicações acerca do Estado almejado: o Estado de Direito e o Estado Democrático de Direito.

Estado de Direito é a sociedade dotada de organização política e jurídica, soberania e território habitado por coletividade humana estável, em que as leis são aplicáveis a todos, incluídos os governantes e até mesmo em relação ao Estado no qual foram aprovadas e impostas. No Estado do Direito vigora o império da lei, com amplo alcance, de modo que todos estão sujeitos e devem observá-las e respeitá-las, sem exceção. À evidência, não há verdadeiro Estado de Direito nos regimes totalitários e autoritários, nos quais as leis são alteradas e adaptadas conforme a conveniência e a vontade dos governantes, em maior ou menor grau. De fato, só há real Estado de Direito em regimes democráticos, ainda que imperfeitos, incompletos.

Mais evoluído é o denominado “Estado Democrático de Direito”, no qual prevalece o império da lei, aplicável a todos, incluídos os governantes e o próprio Estado, somado à efetiva participação dos cidadãos nas escolhas dos governantes, dos legisladores e dos julgadores, na aprovação das leis e na tomada das decisões estatais em geral, com possibilidade de fiscalização e interferência nos diversos assuntos e questões referentes ao Estado. É o que se

verifica nas democracias plenas. Embora de forma tímida, é inegável que os constituintes de 1988 almejaram constituir um “Estado Democrático de Direito”, conforme se infere do disposto no artigo 1º da Constituição brasileira.

11. GOLPE DE ESTADO E REVOLUÇÃO

A forma de governo, o sistema de governo e o regime de governo de um Estado podem ser rompidos mediante golpe de Estado e revolução. Com efeito, tanto o golpe de Estado quanto a revolução ocasionam a ruptura institucional-constitucional e o conseqüente surgimento do poder constituinte originário, tema do próximo capítulo.

Embora ocasionem o rompimento político-institucional e a insubsistência da Constituição até então vigente, o golpe de Estado e a revolução não se confundem.

O golpe de Estado se dá independentemente do apoio do povo do Estado. O golpe tem caráter elitista, já que decorre da ação de um grupo de pessoas – civis, militares ou de ambos⁷².

Em contraposição, a revolução é um movimento popular. A revolução tem suporte da maioria do povo do Estado, o que lhe confere legitimidade.

O que diferencia o golpe de Estado e a revolução, portanto, é se a ruptura institucional-constitucional se deu sem ou com o incentivo do povo do Estado.

À vista dos conceitos expostos, é lícito concluir que as rupturas institucionais que ocorreram no Brasil nos anos de 1889, 1930, 1937, 1964 e 1969 foram golpes de Estado, e não revoluções, porquanto em nenhum dos casos houve amplo apoio do povo brasileiro.

Verdadeiras revoluções ocorreram na França de 1789, na Rússia de 1917, na Cuba de 1959, no Portugal de 1976, corretamente conhecida como “Revolução dos Cravos”, e no Irã de 1979, denominada, com razão, “Revolução Islâmica”.

⁷² De acordo: “A expressão golpe de Estado está dicionarizada como ‘mudança violenta ou ilegal de governo’ (*Oxford Concise Dictionary*); ‘subversão da ordem constitucional’ (Aurélio); ‘violação deliberada das formas constitucionais por um governo, uma assembleia, ou um grupo de pessoas que detém a autoridade’ (*Larousse*); ou ‘a súbita e forçada destituição de um governo’ (*Webster’s New Twenty Century Dictionary*). Reduzida a termos mais simples, golpe de Estado configura a substituição de um poder do Estado por outro, por métodos não constitucionais, com ou sem uso de violência física.” (FARHAT, Said. Dicionário parlamentar e político. São Paulo, Melhoramentos, 1996, p. 455). “Golpe de Estado, tomada do poder organizado por elites, sem a participação popular.” (KOOGAN, Abrahão; e HOUAISS, Antônio. Enciclopédia e dicionário ilustrado. 3ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Delta, 1998, p. 761).

Já as chamadas “Revolução de 1930” e “Revolução de 1964” no Brasil não passaram de verdadeiros golpes de Estado, porquanto foram frutos de inconformismos de lideranças civis e militares com os regimes políticos então vigentes, e não resultaram dos anseios da maioria do povo brasileiro. Não foram movimentos populares, mas, sim, de grupos das elites civil e militar.

No que tange às crises políticas ocorridas no Brasil em 1992 e em 2016, que culminaram nos impedimentos dos então Presidentes Fernando Collor e Dilma Rousseff, não se enquadram nos conceitos de golpe de Estado nem de revolução, porquanto não houve ruptura institucional-constitucional, mas, sim, a observância do disposto na Constituição.

Com efeito, houve *impeachment*, processo político-constitucional cabível para o impedimento de altas autoridades públicas, a começar pelo Presidente da República, conforme se infere dos artigos 52, inciso I e parágrafo único, e 85, da Constituição brasileira.

Ademais, as competências constitucionais da Câmara dos Deputados e do Senado da República foram observadas, com respeito ao contraditório e à ampla defesa, até mesmo com o acionamento do Supremo Tribunal Federal em mais de uma oportunidade, de modo que foram proferidas de decisões judiciais imparciais acerca da constitucionalidade e da legalidade dos ritos, das formas e das competências das Casas do Congresso Nacional.

Sob todos os prismas, portanto, não houve golpe de Estado em 1992 nem em 2016, a despeito das manifestações contrárias dos ex-presidentes e dos respectivos partidários.

CAPÍTULO III O ESTADO BRASILEIRO

1. NOME OFICIAL DO ESTADO BRASILEIRO

O Estado brasileiro, cujo nome oficial é “República Federativa do Brasil”, é a pessoa jurídica dotada de governo soberano, constituída pela soma da União, dos Estados-membros, dos Municípios, do Distrito Federal, do povo brasileiro e do território nacional, conforme se infere dos artigos 1º, 12, 18 e 20 da Constituição de 1988.

2. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO ESTADO BRASILEIRO

O Estado brasileiro é pessoa jurídica de direito público internacional, ao contrário da União, dos Estados-membros, dos Municípios e do Distrito Federal, que são “pessoas jurídicas de direito público interno”, conforme revelam os incisos I, II e III do artigo 41 do Código Civil brasileiro. De fato, o Estado brasileiro não se confunde com a União. A União é parte do Estado brasileiro, assim como também são os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal.

É o Estado brasileiro, portanto, que atua perante os órgãos da comunidade internacional e que mantém relações internacionais com outros Estados soberanos, conforme se infere do artigo 4º da Constituição Federal⁷³.

Ainda em relação ao conceito do Estado brasileiro, vale ressaltar que o artigo 1º da Constituição de 1988 estabelece que a República Federativa do Brasil é um “Estado Democrático de Direito”. Isso significa que a vontade do povo brasileiro deve ser considerada na condução dos rumos e da gestão do Estado, por meio de eleições, plebiscitos, referendos, projetos legislativos de iniciativa popular, por exemplo. Também significa que prevalece a força do Direito, conforme o disposto nas leis e nos costumes, e não a vontade pessoal do presidente, do governador, do prefeito ou de qualquer outra autoridade pública.

⁷³ “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”.

O Direito deve sempre predominar, a despeito de eventual opinião particular contrária daqueles que representam o povo brasileiro.

3. FUNDAMENTOS DO ESTADO BRASILEIRO

Fundamentos são os alicerces jurídicos do Estado. São as bases a partir das quais o Estado foi construído ou reconstruído, como ocorreu com o Estado brasileiro em 1988, com o advento de uma nova Constituição.

Os fundamentos do Estado brasileiro estão arrolados no artigo 1º da Constituição, *in verbis*: “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”. Isso significa que o Estado brasileiro foi reconstruído em 1988 a partir dos seguintes pilares: a soberania nacional, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político.

Vale ressaltar que a cidadania é o fundamento que sustenta o Estado Democrático. Cidadania é o complexo de direitos políticos conferidos ao povo que enseja a participação popular na gestão do Estado, por meio do voto, da apresentação de projeto de lei de iniciativa popular, do ajuizamento de ação popular perante o Poder Judiciário, da veiculação de denúncia em Tribunal de Contas, do requerimento de *impeachment* de altas autoridades públicas, todos instrumentos que permitem a interferência direta ou indireta do povo na condução do Estado.

4. OBJETIVOS DO ESTADO BRASILEIRO

Objetivos são as finalidades do Estado, as metas que devem ser perseguidas e alcançadas.

No que tange ao Estado brasileiro, os objetivos estão arrolados no artigo 3º da Constituição de 1988: “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”.

São, em resumo, os fins do Estado brasileiro e que devem nortear as iniciativas governamentais, legislativas e judiciárias, na busca da concretização daquelas finalidades estatais da República Federativa do Brasil.

5. ENTES FEDERATIVOS COMPONENTES DO ESTADO BRASILEIRO

Os constituintes de 1987 e 1988 consagraram o federalismo como forma do Estado brasileiro, composto pela União, pelos Estados-membros, pelos Municípios e pelo Distrito Federal, nos termos dos artigos 1º e 18 da Constituição brasileira.

No modelo federativo consagrado pelos constituintes de 1987 e 1988, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal são dotados de autonomia política, razão pela qual são regidos por Constituições estaduais e por leis orgânicas municipais e distrital⁷⁴.

Não obstante, a autonomia conferida aos Estados-membros, aos Municípios e ao Distrito Federal é relativa, tanto que não há possibilidade de secessão, cuja tentativa autoriza a intervenção da União no ente contrário à preservação da federação, nos termos dos artigos 1º e 34, inciso I, da Constituição.

Como já anotado, o *caput* do artigo 18 da Constituição revela que a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal são os entes componentes do Estado brasileiro. Já os territórios não são entes federativos do Estado brasileiro, porquanto não têm autonomia política. A organização e a administração dos territórios sofrem influência direta da União, por intermédio do presidente da República, dos deputados e dos senadores, conforme os artigos 18, § 2º, 33, *caput*, §§ 2º e 3º, e 84, inciso XIV, todos da Constituição Federal. Na verdade, os territórios integram a União; esta é o ente componente do Estado brasileiro.

Já o artigo 19 da Constituição Federal dispõe sobre as vedações comuns aos diversos componentes do Estado brasileiro: a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal.

Em virtude da laicidade do Estado brasileiro, a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal não podem instituir, patrocinar nem

⁷⁴ Cf. artigos 25, 29 e 32 da Constituição de 1988.

impedir a realização de cultos religiosos, conforme se infere do inciso I do artigo 19 da Constituição de 1988. Para afastar eventual obstáculo de cunho econômico-financeiro, o artigo 150, inciso VI, alínea “b”, confere imunidade tributária em prol dos templos religiosos em geral, com a vedação da instituição de impostos em favor da União, dos Estados-membros, dos Municípios e do Distrito Federal⁷⁵.

O inciso II do artigo 19 da Constituição estampa outra vedação imposta aos diversos entes federativos: proibição de recusar fé aos documentos públicos uns dos outros. Sem dúvida, os documentos provenientes de um ente federativo não podem ser recusados pelos demais, em homenagem aos princípios da isonomia e da segurança jurídica. Por conseguinte, seria inconstitucional eventual dispositivo regimental de universidade federal que contivesse alguma restrição ou exigência adicional em relação a diplomas de graduação, mestrado ou doutorado oriundos de universidades e faculdades estaduais, municipais ou distritais, como, por exemplo, a necessidade de apresentação de histórico escolar e de reconhecimento das firmas lançadas no diploma e no histórico.

Em abono do disposto no artigo 19, inciso II, da Constituição Federal, o artigo 117, inciso III, da Lei nº 8.112, de 1990, estabelece que é proibido ao servidor “recusar fé a documentos públicos”, sob pena de advertência e, em caso de reincidência, até mesmo de suspensão ou de multa.

À luz do princípio da igualdade consagrado no artigo 5º, *caput* e inciso I, e no § 2º do artigo 12, o inciso III do artigo 19 da Constituição veda a distinção entre brasileiros, assim como proíbe diferença de tratamento entre as entidades federativas, tanto em prejuízo das demais quanto dos respectivos filhos. Por conseguinte, seria inconstitucional eventual dispositivo regimental de universidade estadual que impusesse vedação ou restrição ao ingresso de

⁷⁵ Em abono, na jurisprudência: “Recurso extraordinário. Constitucional. Imunidade tributária. IPTU. Art. 150, VI, b, CF/1988. Cemitério. Extensão de entidade de cunho religioso. Os cemitérios que consubstanciam extensões de entidades de cunho religioso estão abrangidos pela garantia contemplada no art. 150 da CB. Impossibilidade da incidência de IPTU em relação a eles. A imunidade aos tributos de que gozam os templos de qualquer culto é projetada a partir da interpretação da totalidade que o texto da Constituição é, sobretudo do disposto nos arts. 5º, VI, 19, I, e 150, VI, b.” (RE 578.562, Plenário do STF, Diário da Justiça eletrônico de 12 de setembro de 2008).

“Recurso extraordinário. 2. Imunidade tributária de templos de qualquer culto. Vedação de instituição de impostos sobre o patrimônio, renda e serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades. Artigo 150, VI, ‘b’ e § 4º, da Constituição. 3. Instituição religiosa. IPTU sobre imóveis de sua propriedade que se encontram alugados. 4. A imunidade prevista no art. 150, VI, ‘b’, CF, deve abranger não somente os prédios destinados ao culto, mas, também, o patrimônio, a renda e os serviços ‘relacionados com as finalidades essenciais das entidades nas mencionadas’.” (RE nº 325.822/SP, Plenário do STF, Diário da Justiça de 14 de maio de 2004).

brasileiros de outros Estados-membros ou do Distrito Federal, seja no corpo docente, seja no corpo discente⁷⁶. Em suma, as únicas distinções admissíveis em relação aos brasileiros são as existentes no bojo da Constituição Federal, entre os brasileiros natos e os naturalizados.

6. CAPITAL DO ESTADO BRASILEIRO: BRASÍLIA

O termo “capital” provém do latim “*caput*”, cujo significado (“cabeça”) revela que a Capital Federal é o local no qual reside o comando da Federação.

À vista do § 1º do artigo 18 da Constituição brasileira, Brasília é a Capital Federal. De fato, a capital da República Federativa do Brasil é Brasília, e não o Distrito Federal.

Na qualidade de Capital Federal, Brasília é a sede do governo do Estado brasileiro. Não é, todavia, sede de município algum, o que a diferencia das demais cidades brasileiras. Por conseguinte, não há Prefeito, Vice-Prefeito nem Vereadores específicos em relação a Brasília.

Além de sede do governo federal, Brasília também é sede do Governo do Distrito Federal, consoante o disposto no artigo 6º da Lei Orgânica do Distrito Federal: “Brasília, Capital da República Federativa do Brasil, é a sede do Governo do Distrito Federal”. Brasília, portanto, é a sede do Estado brasileiro e também a sede do Distrito Federal.

No que tange à transferência da Capital Federal para o planalto central do Brasil, foi imposta em 1891, por força do artigo 3º da primeira Constituição republicana, *in verbis*: “Art. 3º Fica pertencendo á União, no planalto central da Republica, uma zona de 14.400 kilometros quadrados, que será opportunamente demarcada, para nella estabelecer-se a futura Capital Federal. *Paragrapho unico*. Effectuada a mudança da Capital, o actual Districto Federal passará a constituir um Estado”⁷⁷. Não obstante, a mudança da Capital Federal para o planalto central só foi implementada em 1960, em virtude da construção de Brasília, por iniciativa do então Presidente Juscelino Kubitschek.

⁷⁶ Outro exemplo é encontrado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “Licitação pública. Concorrência. Aquisição de bens. Veículos para uso oficial. Exigência de que sejam produzidos no Estado-membro. Condição compulsória de acesso. Art. 1º da Lei 12.204/1998, do Estado do Paraná, com a redação da Lei 13.571/2002. Discriminação arbitrária. Violação ao princípio da isonomia ou da igualdade. *Omissis*. Precedentes do Supremo. É inconstitucional a lei estadual que estabeleça como condição de acesso a licitação pública, para aquisição de bens ou serviços, que a empresa licitante tenha a fábrica ou sede no Estado-membro.” (ADI nº 3.583, Pleno do STF, Diário da Justiça eletrônico de 14 de março de 2008).

⁷⁷ Redação original.

Por fim, tal como os Estados-membros da Federação brasileira, a Capital Federal também está representada na Bandeira Nacional por meio de uma estrela, conforme se infere do Apêndice I ao Anexo nº 2 à Lei nº 8.421, de 1992. De fato, Brasília é representada pela menor estrela que consta da Bandeira Nacional.

7. IDIOMA OFICIAL NO ESTADO BRASILEIRO: LÍNGUA PORTUGUESA

O artigo 13 da Constituição de 1988 estabelece que o idioma oficial do Brasil é o português: “A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil”. O idioma nacional, portanto, não é “o português falado no Brasil” nem “o português do Brasil”. É a língua portuguesa, conforme o disposto no Acordo Ortográfico de 1990, em vigor no Brasil desde 1º de janeiro de 2009.

Na esteira do artigo 13 da Constituição Federal, o § 2º do artigo 210 exige que o ensino fundamental seja ministrado em língua portuguesa.

Não obstante, são reconhecidas e protegidas as línguas nativas dos índios. Assim determinam os artigos 210, § 2º, e 231, *caput*, em virtude dos quais é assegurada a utilização das línguas maternas nas comunidades indígenas.

Questiona-se se o latim também pode ser utilizado no Brasil, em documentos e atos oficiais, em fóruns e tribunais, nas universidades e faculdades, por exemplo.

Tudo indica que sim, mas apenas como fonte subsidiária de linguagem. A resposta afirmativa em favor da possibilidade da utilização do latim encontra sustentação na Constituição Federal, a qual contém as seguintes expressões latinas: “*de cujus*”; “*causa mortis*”; “*inter vivos*”; “*habeas corpus*”; “*habeas data*”; “*ad nutum*”; “*exequatur*”; “*caput*”. Nada impede, portanto, a utilização de termos latinos consagrados na Constituição e nas leis brasileiras, como fonte subsidiária de linguagem do idioma português.

Por fim, vale ressaltar que a língua portuguesa não é o idioma oficial apenas no Brasil e em Portugal; também é idioma oficial em Cabo Verde, Guiné-Bissau, São Tomé e Príncipe, Moçambique, Angola, Timor Leste e Guiné Equatorial⁷⁸.

⁷⁸ No que tange à Guiné Equatorial, o português foi adotado como idioma oficial em 2010, ao lado do espanhol e do francês. Em 2014, a Guiné Equatorial foi admitida na Comunidade de Países de Língua Portuguesa – CPLP. Sob o prisma formal, portanto, a Guiné Equatorial é um Estado lusófono. Não obstante, o português não é o idioma nativo naquele Estado. Na verdade, o decreto presidencial que oficializou o

8. SÍMBOLOS DO ESTADO BRASILEIRO

O § 1º do artigo 13 da Constituição de 1988 dispõe sobre os símbolos do Estado brasileiro: a Bandeira Nacional, o Hino Nacional, as Armas Nacionais e o Selo Nacional.

Por oportuno, vale ressaltar que a língua portuguesa não é um símbolo nacional: é o idioma oficial no Estado brasileiro. O verde e o amarelo também não são símbolos nacionais, mas, sim, as cores nacionais.

Símbolos nacionais, portanto, são apenas aqueles previstos no § 1º do artigo 13 da Constituição.

8.1. A BANDEIRA NACIONAL

A Bandeira Nacional é o símbolo visual do Estado brasileiro. A forma, as cores e a apresentação da Bandeira Nacional estão previstas nos artigos 3º, 4º e 5º da Lei nº 5.700, de 1971, e no artigo 2º da Lei nº 8.421, de 1992.

Por força do artigo 3º da Lei nº 5.700, de 1971, cada estrela inserta na Bandeira Nacional representa um Estado-membro da Federação; e há uma que representa Brasília, a Capital Federal. Daí a explicação para a existência de vinte e sete estrelas na Bandeira Nacional.

Na eventualidade da instituição de novos Estados-membros, devem ser acrescentadas as estrelas correspondentes na Bandeira Nacional. Pelo mesmo motivo, devem ser suprimidas as estrelas referentes a Estados-membros que forem extintos, como ocorreu com o Estado da Guanabara, em 1975.

No que tange à disposição das estrelas na Bandeira Nacional, apenas uma fica acima do dístico "Ordem e Progresso": a que representa o Estado do Pará⁷⁹.

Por força do artigo 5º, inciso VIII, da Lei nº 5.700, de 1971, o dístico "Ordem e Progresso" deve ser escrito em cor verde, no meio da faixa branca estampada na Bandeira Nacional. O dístico "Ordem e Progresso", portanto, não é um símbolo nacional autônomo, mas, sim, um componente da Bandeira Nacional.

português como terceiro idioma oficial na Guiné Equatorial foi uma decisão apenas política, sem nenhum fundamento na realidade, já que o idioma português não é falado naquele Estado.

⁷⁹ Hoje, entretanto, os dois Estados-membros cujos territórios estão predominante acima da denominada "Linha do Equador" são Roraima e Amapá. *De lege ferenda*, portanto, ao invés de apenas uma, a Bandeira Nacional deveria ter duas estrelas acima do dístico, as quais deveriam representar os Estados de Roraima e do Amapá, e não o Estado do Pará.

Vale ressaltar que é obrigatório o ensino do desenho e do significado da Bandeira Nacional “em todos os estabelecimentos de ensino, públicos ou particulares, do primeiro e segundo graus”, nos termos do artigo 39 da Lei nº 5.700, de 1971.

A data comemorativa em prol da Bandeira Nacional é o dia 19 de novembro, nos termos do § 2º do artigo 15 da Lei nº 5.700, de 1971: “§ 2º No dia 19 de novembro, Dia da Bandeira, o hasteamento é realizado às 12 horas, com solenidades especiais”. O referido "Dia da Bandeira" corresponde à data na qual a Bandeira Nacional foi adotada no Brasil, em virtude do Decreto nº 4, de 19 de novembro de 1889. Ainda em homenagem à Bandeira Nacional, vale lembrar do “Hino à Bandeira Nacional”, de 1906, de autoria do professor Francisco Braga e do poeta Olavo Bilac.

À vista dos artigos 14, 15 e 17 da Lei nº 5.700, de 1971, é obrigatório o hasteamento da Bandeira nos dias comemorativos e nos dias de luto nacional, em todas as repartições públicas, nos estabelecimentos de ensino e nos sindicatos. Também é obrigatório o hasteamento solene nas escolas públicas e particulares, pelo menos uma vez por semana, ao longo do ano letivo. A Bandeira Nacional pode ser hasteada e arriada a qualquer hora do dia ou da noite, salvo no dia 19 de novembro, quando o hasteamento deve ocorrer às 12 horas, com solenidades especiais. Nos dias de luto nacional, a Bandeira deve ficar a meio-mastro. Nas cerimônias de hasteamento e arriamento, bem como nas ocasiões em que a Bandeira se apresentar em marcha ou cortejo, todos devem tomar atitude de respeito, de pé e em silêncio, os civis do sexo masculino devem estar com a cabeça descoberta e os militares em continência, tudo nos termos do artigo 30 da Lei nº 5.700, de 1971, e do artigo 15, inciso I, do Regulamento aprovado por força do Decreto nº 2.243, de 1997⁸⁰.

Em virtude do disposto no artigo 10 da Lei nº 5.700, de 1971, a Bandeira Nacional também pode ser usada em todas as manifestações patrióticas, de caráter oficial ou particular.

⁸⁰ “Art . 15. Têm direito à continência: I - a Bandeira Nacional: a) ao ser hasteada ou arriada diariamente em cerimônia militar ou cívica; b) por ocasião da cerimônia de incorporação ou desincorporação, nas formaturas; c) quando conduzida por tropa ou por contingente de Organização Militar; d) quando conduzida em marcha, desfile ou cortejo, acompanhada por guarda ou por organização civil, em cerimônia cívica; e) quando, no período compreendido entre 08:00 horas e o pôr-do-sol, um militar entra a bordo de um navio de guerra ou dele sai, ou, quando na situação de ‘embarcado’, avista-a ao entrar a bordo pela primeira vez, ou ao sair pela última vez;”.

Não obstante, o artigo 31 contém algumas vedações à utilização da Bandeira Nacional. É proibido, por exemplo, mudar a forma, as cores, as proporções, o dístico, e também acrescentar outras inscrições na Bandeira Nacional⁸¹.

Outro exemplo: é vedado o uso da Bandeira Nacional “como roupagem, reposteiro, pano de bôca, guarnição de mesa, revestimento de tribuna, ou como cobertura de placas, retratos, painéis ou monumentos a inaugurar”⁸².

Também é vedada a reprodução da Bandeira Nacional em “rótulos ou invólucros de produtos expostos à venda”⁸³.

Em todas as hipóteses, eventual desrespeito intencional à bandeira pode implicar instauração de processo e imposição de pena por contravenção, nos termos dos artigos 35 e 36 da Lei nº 5.700, de 1971. Com efeito, embora a liberdade de expressão seja direito fundamental previsto nos incisos IV e IX do artigo 5º da Constituição Federal, a prática de ato tipificado em lei que implique ofensa intencional à Bandeira Nacional enseja a instauração de processo contra o infrator, já que nenhum direito é absoluto⁸⁴.

No caso de “ato que se traduza em ultraje a símbolo nacional”, praticado intencionalmente por militar, há o crime tipificado no artigo 161 do Código de Penal Militar. Sem dúvida, na eventualidade de ato doloso praticado por militar brasileiro e que implique ofensa à Bandeira Nacional, há crime, e não mera contravenção penal.

Por fim, vale ressaltar que as hipóteses de contravenção penal são apenas as arroladas na Lei nº 5.700, de 1971. Outros atos praticados por civis não podem ser considerados contravenção penal, muito menos crime, por falta de tipificação legal, como, por exemplo, no caso de um civil pisar ou queimar a Bandeira Nacional. Daí a necessidade de se ter em conta a distinção entre civil e militar traçada na legislação brasileira: enquanto todo e qualquer ato doloso praticado por militar em ofensa à Bandeira Nacional implica crime, o civil só pode

⁸¹ Cf. artigo 31, inciso II, da Lei nº 5.700, de 1971.

⁸² Cf. artigo 31, inciso III, da Lei nº 5.700, de 1971, na redação original.

⁸³ Cf. artigo 31, inciso IV, da Lei nº 5.700, de 1971.

⁸⁴ Aliás, nem mesmo o direito à vida é absoluto, conforme se infere do artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a”, da Constituição Federal.

ser processado por contravenção penal, e apenas nos casos específicos arrolados na Lei nº 5.700, de 1971^{85,86}.

8.2. O HINO NACIONAL

O Hino Nacional é o símbolo sonoro do Estado brasileiro. É composto da música do maestro Francisco Manoel da Silva e do poema do professor Joaquim Osório Duque Estrada, tudo conforme o disposto no Decreto nº 171, de 20 de janeiro de 1890, no Decreto nº 15.671, de 1922, e no artigo 6º da Lei nº 5.700, de 1971.

Vale ressaltar que a música e o poema que formam o Hino Nacional não foram compostos na mesma época. A música foi composta em 1822. Já o poema foi escrito em 1909; e só foi declarado oficial em 1922, por força do Decreto presidencial nº 15.671.

Como todas as leis e atos oficiais, o Hino Nacional integra o domínio público, razão pela qual a execução não depende do pagamento de retribuição a título de direitos autorais⁸⁷.

Por força do artigo 25, incisos I e II, da Lei nº 5.700, de 1971, é obrigatória a execução do Hino Nacional em continência ao Presidente da República, ao Congresso Nacional e ao Supremo Tribunal Federal, bem como no hasteamento da Bandeira Nacional. Por força do artigo 24, incisos IV e V, da Lei nº 5.700, de 1971, nos casos de execução vocal do Hino Nacional, devem ser “sempre cantadas as duas partes do poema”; já nos casos de simples execução instrumental, a música deve ser tocada integralmente, mas sem repetição, salvo nas continências ao Presidente da República, quando serão executados apenas a introdução e os acordes finais, conforme a regulamentação específica e o cerimonial militar.

⁸⁵ Com igual opinião, na doutrina: Eduardo Januário Newton. Estrangeiro que queima bandeira nacional não deve sofrer ação penal. Revista Consultor Jurídico, 19 de julho de 2014.

⁸⁶ Não há, portanto, no Código Penal brasileiro nem em outra lei pátria, amplo dispositivo incriminador como o artigo 332 do Código Penal português, que tipifica o crime de ultraje de símbolos nacionais e regionais, nos seguintes termos: “1 - Quem publicamente, por palavras, gestos ou divulgação de escrito, ou por meio de comunicação com o público, ultrajar a República, a bandeira ou o hino nacionais, as armas ou emblemas da soberania portuguesa, ou faltar ao respeito que lhes é devido, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias”.

⁸⁷ Cf. artigo 8º, inciso IV, da Lei nº 9.610, de 1998: “Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: *Omissis*; IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais”.

Além dos casos de execução obrigatória, é “facultativa a execução do Hino Nacional na abertura de sessões cívicas, nas cerimônias religiosas a que se associe sentido patriótico, no início ou no encerramento das transmissões diárias das emissoras de rádio e televisão, bem assim para exprimir regozijo público em ocasiões festivas”, tudo nos termos do § 3º do artigo 24 da Lei nº 5.700, de 1971.

Nas cerimônias em que se tenha de executar um hino estrangeiro, este deve, por cortesia, preceder o Hino Nacional, tendo em vista o disposto no § 4º do artigo 24 da Lei nº 5.700, de 1971.

Para que os brasileiros tenham conhecimento do Hino Nacional, o artigo 39 da Lei nº 5.700 estabelece que é obrigatório o ensino do canto e da interpretação da letra em todas as instituições de ensino fundamental e médio, públicas e particulares. Em reforço, a Lei nº 12.031 determina a execução semanal do Hino Nacional nos estabelecimentos públicos e privados de ensino fundamental⁸⁸.

Com igual objetivo, o artigo 40 da Lei nº 5.700 estabelece que ninguém pode ser “admitido no serviço público sem que demonstre conhecimento do Hino Nacional”.

A propósito, eventual desrespeito intencional ao Hino Nacional pode implicar instauração de processo e imposição de pena por contravenção ou crime, conforme o caso⁸⁹.

Aliás, vale ressaltar que a liberdade de expressão consagrada nos incisos IV e IX do artigo 5º da Constituição brasileira não protege ato doloso que implique ofensa a símbolo previsto no artigo 13 da mesma Constituição. Daí a possibilidade da instauração de processo e até mesmo a condenação e a imposição de pena ao infrator, conforme o caso⁹⁰.

⁸⁸ Por oportuno, vale conferir a ementa da Lei nº 12.031, de 2009, *in verbis*: “Altera a Lei nº 5.700, de 1º de setembro de 1971, para determinar a obrigatoriedade de execução semanal do Hino Nacional nos estabelecimentos de ensino fundamental”.

⁸⁹ Cf. artigos 34, 35 e 36 da Lei nº 5.700, de 1971, e artigo 161 do Código Penal Militar. No particular, os civis estão sujeitos aos preceitos da Lei nº 5.700, de 1971, enquanto os militares estão submetidos ao disposto no Código Penal Militar.

⁹⁰ De acordo, na jurisprudência: “Apelação. Desrespeito a símbolo nacional (CPM, art. 161). Recrutas que, no interior da Organização Militar onde serviam, devidamente fardados, entram em formação e passam a dançar uma versão modificada do Hino Nacional em ritmo de ‘funk’. Conduta desrespeitosa filmada, com a anuência de todos os participantes, e divulgada na rede mundial de computadores. Conjunto probatório demonstrando que os Réus tinham consciência da ilicitude dos seus atos ou ao menos que se tratava de um desrespeito ao Hino Nacional.” (Apelação nº 0000060-86.2011.7.03.0203/RS, Pleno do STM, Diário da Justiça eletrônico de 3 de junho de 2013). “1. A conduta desrespeitosa dos acusados foi imprópria e inadequada, constituindo verdadeiro ultraje ao Hino Nacional Brasileiro, amoldando-se, portanto, ao crime

8.3. AS ARMAS NACIONAIS

As Armas Nacionais formam o brasão do Estado brasileiro, constituído pelos escudos e emblemas previstos nos artigos 7º e 8º da Lei nº 5.700, de 1971, e no artigo 2º da Lei nº 8.421, de 1992.

Em virtude do disposto no artigo 7º da Lei nº 5.700, de 1971, as Armas Nacionais são as instituídas por força do Decreto nº 4, de 1889, com as alterações da Lei nº 5.443, de 1968.

O desenho e os termos constantes das Armas Nacionais estão estampados no Anexo nº 8 à Lei nº 5.700, de 1971, modificado por força do artigo 2º da Lei nº 8.421, de 1992.

Segundo o artigo 26 da Lei nº 5.700, de 1971, é “obrigatório o uso das Armas Nacionais: I - No Palácio da Presidência da República e na residência do Presidente da República; II - Nos edifícios-sede dos Ministérios; III - Nas Casas do Congresso Nacional; IV - No Supremo Tribunal Federal, nos Tribunais Superiores e nos Tribunais Federais de Recursos; V - Nos edifícios-sede dos poderes executivo, legislativo e judiciário dos Estados, Territórios e Distrito Federal; VI - Nas Prefeituras e Câmaras Municipais; VII - Na frontaria dos edifícios das repartições públicas federais; VIII - nos quartéis das forças federais de terra, mar e ar e das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, nos seus armamentos, bem como nas fortalezas e nos navios de guerra; IX - Na frontaria ou no salão principal das escolas públicas; X - Nos papéis de expediente, nos convites e nas publicações oficiais de nível federal”⁹¹.

Por fim, vale ressaltar que a falsificação, a fabricação, a alteração, o uso do brasão falsificado e a utilização indevida do brasão verdadeiro mediante ato doloso constituem crime, nos termos do artigo 296 do Código Penal brasileiro⁹².

de desrespeito a símbolo nacional (art. 161 do CPM). 2. Presentes o dolo de ultrajar e a potencial consciência da ilicitude da conduta, uma vez que os Embargantes declararam que receberam instrução sobre como deveriam se comportar quando da execução do Hino Nacional. 3. A decisão embargada não ofende o princípio da proporcionalidade, uma vez que a pena imposta está bem ajustada à conduta delituosa praticada. 4. Embargos admitidos, porém rejeitados. Unânime.” (Embargos na Apelação nº 0000060-86.2011.7.03.0203/RS, Pleno do STM, Diário da Justiça eletrônico de 17 de dezembro de 2013).

⁹¹ Redação original.

⁹² De acordo, na jurisprudência: “RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. USO INDEVIDO DE BRASÃO DA REPÚBLICA. ART. 296, § 1º, III, DO CP. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE. IMPROCEDÊNCIA. *Omissis*. 2. Ao recorrente se imputa a utilização indevida do Brasão da República em documentos particulares. Segundo a acusação, a aposição das Armas Nacionais, associada à qualificação como Deputado Federal suplente causou confusão na identificação da natureza dos documentos, fazendo crer tratar-se de papéis oficiais. 3. O Brasão da República constitui notório símbolo identificador da Administração Pública Federal, porquanto obrigatória a sua utilização por seus órgãos, por força da Lei nº 5.700/71. 4. Segundo a denúncia, as cartas assinadas pelo recorrente tratavam de interesse particular, nada se relacionando, inclusive, com a função, eventualmente por ele

8.4. O SELO NACIONAL

O Selo Nacional é o símbolo de certificação do Estado brasileiro, utilizado para a autenticação dos atos de governo, dos diplomas e dos certificados expedidos nos estabelecimentos de ensino oficiais e reconhecidos, tudo nos termos do artigo 27 da Lei nº 5.700, de 1971.

Com efeito, os atos oficiais federais e os diplomas e certificados expedidos nas universidades e instituições federais devem conter tanto o Selo Nacional quanto as Armas Nacionais, em virtude do disposto no artigo 27, combinado com o inciso X do artigo 26 da Lei nº 5.700, de 1971.

Os preceitos de regência do Selo Nacional são os artigos 9º e 27 da Lei nº 5.700, de 1971, e o artigo 2º da Lei nº 8.421, de 1992. O artigo 9º versa sobre os elementos constitutivos do Selo Nacional: “O Selo Nacional será constituído, de conformidade com o Anexo número 9, por um círculo representando uma esfera celeste, igual ao que se acha no centro da Bandeira Nacional, tendo em volta as palavras República Federativa do Brasil. Para a feitura do Selo Nacional observar-se-á o seguinte: I - Desenham-se 2 (duas) circunferências concêntricas, havendo entre os seus raios a proporção de 3 (três) para 4 (quatro). II - A colocação das estrelas, da faixa e da legenda Ordem e Progresso no círculo interior obedecerá às mesmas regras estabelecidas para a feitura da Bandeira Nacional. III - As letras das palavras República Federativa do Brasil terão de altura um sexto do raio do círculo interior, e, de largura, um sétimo do mesmo raio”.

O referido Anexo nº 9 foi modificado por força do artigo 2º da Lei nº 8.421, de 1992, no qual está estampado o desenho do Selo Nacional, alterado em razão do aumento do número de estrelas na Bandeira Nacional, após o advento da Constituição de 1988.

Tal como estudado em relação ao brasão, a falsificação, a fabricação, a alteração, o uso de “selo ou sinal falsificado” e a utilização indevida do Selo Nacional verdadeiro mediante ato doloso constituem crime, *ex vi* do artigo 296 do Código Penal.

ocupada, de suplente de Deputado Federal. 5. Não há como reconhecer, nesta sede, a atipicidade da conduta imputada ao recorrente, uma vez que, como se sabe, o crime é de mera conduta e não exige, para a sua consumação, a existência de prejuízo material.” (RHC nº 29.397/SP, 6ª Turma do STJ, Diário da Justiça eletrônico de 15 de agosto de 2011).

8.5. AS CORES NACIONAIS

As cores nacionais estão previstas no artigo 28 da Lei nº 5.700, de 1971: “o verde e o amarelo”.

Vale ressaltar que as denominadas “cores nacionais” não integram o rol de símbolos do Estado brasileiro. É o que se infere do artigo 13 da Constituição Federal e do artigo 1º da Lei nº 5.700, de 1971, com a redação conferida pela Lei nº 8.421, de 1992. Sem dúvida, as cores nacionais foram instituídas por força de lei, e não da Constituição.

Em virtude do disposto no artigo 29 da Lei nº 5.700, de 1971, as cores nacionais “podem ser usadas sem quaisquer restrições, inclusive associadas a azul e branco”.

Não obstante, é vedada a modificação das cores da Bandeira Nacional, conforme revela o inciso II do artigo 31 da Lei nº 5.700, de 1971, *in verbis*: “Art. 31. São consideradas manifestações de desrespeito à Bandeira Nacional, e portanto proibidas: *omissis*; II - Mudar-lhe a forma, as cores, as proporções, o dístico ou acrescentar-lhe outras inscrições”. Eventual modificação dolosa que implique ofensa à Bandeira Nacional enseja a instauração de processo por contravenção penal, nos termos dos artigos 35 e 36 da Lei nº 5.700, de 1971.

8.6. SÍMBOLOS ESPECÍFICOS LOCAIS

Além dos símbolos nacionais do Estado brasileiro, também podem ser instituídos símbolos específicos nos Estados-membros, no Distrito Federal e nos Municípios, em virtude da autorização constante do § 2º do artigo 13 da Constituição Federal. Assim, por exemplo, há o hino, o brasão e a bandeira do Estado de Minas Gerais, com o dístico “*Libertas Quae Sera Tamen*”, em homenagem aos inconfindentes do século XVIII.

Tal como ocorre em relação aos Selo e às Armas Nacionais, a falsificação, a fabricação, a alteração, o uso de símbolo estadual, distrital ou municipal falsificado e a utilização indevida de símbolo estadual, distrital ou municipal verdadeiro constituem crime, nos termos do artigo 296 do Código Penal brasileiro.

9. A UNIÃO

9.1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A União é o ente federativo formado pela reunião dos Estados-membros, com natureza de pessoa jurídica de direito público interno, *ex vi* do artigo 41, inciso I, do Código Civil: “São pessoas jurídicas de direito público interno: – a União”.

À vista do artigo 18 da Constituição brasileira e do inciso I do artigo 41 do Código Civil, acima transcrito, o nome do ente federativo é apenas “União”, e não “União Federal”. De fato, a União só pode ser federal.

Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, a União não se confunde com o Estado brasileiro. A frequente confusão entre os conceitos ocorre em razão da atribuição conferida à União para representar o Estado brasileiro no plano internacional, conforme se infere do artigo 21, incisos I e II, da Constituição Federal: “Compete à União: I – manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais; II – declarar a guerra e celebrar a paz;”.

A confusão conceitual também ocorre porque o Chefe do Poder Executivo da União exerce tanto a chefia do Estado brasileiro quanto a chefia do Governo da União. De fato, à luz dos artigos 2º, 76 e 84 da Constituição brasileira, o Presidente da República exerce, a um só tempo, a chefia do Estado brasileiro e a chefia do Governo da União. Na qualidade de Chefe do Governo, o Presidente é responsável por assuntos internos, como os previstos nos incisos I e II do artigo 84 da Constituição Federal; e como Chefe do Estado, cabe ao Presidente da República a representação do Estado brasileiro na esfera internacional, conforme revelam os incisos VII, VIII, XIX e XX do artigo 84 da Constituição.

Não obstante, a União não se confunde com o Estado Federal. O Estado brasileiro, cuja denominação constitucional é “República Federativa do Brasil”, é a pessoa jurídica de direito público internacional formada pela soma dos vários entes federativos mencionados no artigo 18 da Constituição: a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios. A União, portanto, é apenas um dos entes federativos, com natureza de pessoa jurídica de direito público interno.

9.2. TERRITÓRIOS FEDERAIS: AUTARQUIAS DA UNIÃO

Em primeiro lugar, é importante registrar que as expressões “Território Nacional” e “Território Federal” não são sinônimas. Sem dúvida, são diversos os institutos jurídicos em exame. Território Nacional é toda a área terrestre, aquática e espacial sobre a qual o Estado brasileiro impõe a sua soberania. Território Federal, por outro lado, é uma área certa e determinada do Território Nacional sob a administração da União.

Ainda em relação ao conceito do instituto, vale ressaltar que os Territórios Federais não são entidades federativas componentes da Federação brasileira, porquanto não têm autonomia política. Na verdade, os Territórios Federais integram a União, consoante revela o proêmio do § 2º do artigo 18 da Constituição: “§ 2º Os Territórios Federais integram a União”. Por tal razão, a organização, o governo e a administração dos territórios têm relação de dependência com a União, por intermédio do Presidente da República, dos Deputados e dos Senadores, conforme se infere dos artigos 18, § 2º, 33, *caput*, §§ 2º e 3º, 52, inciso III, alínea “c”, 84, inciso XIV, todos da Constituição Federal.

O Território tem natureza jurídica de autarquia federal, por ser mera descentralização administrativa da União. Na qualidade de autarquia, é pessoa jurídica de direito público interno, segundo o disposto no artigo 41, inciso IV, do Código Civil: “Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno: IV – as autarquias;”.

Apesar da previsão no artigo 33 da Constituição Federal, não há Território algum desde 1988. De fato, os Territórios de Roraima, do Amapá e de Fernando de Noronha foram os últimos territórios existentes no Brasil, todos antes do advento da Constituição de 1988. Por força do artigo 14 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, entretanto, os Territórios de Roraima e do Amapá foram transformados em Estados-membros: “Os Territórios Federais de Roraima e do Amapá são transformados em Estados Federados, mantidos seus atuais limites geográficos”. Já o Território de Fernando de Noronha foi extinto por força do artigo 15 do mesmo Ato das Disposições Transitórias da Constituição de 1988, razão pela qual a ilha foi reincorporada ao Estado de Pernambuco: “Fica extinto o Território Federal de Fernando de Noronha, sendo sua área reincorporada ao Estado de Pernambuco”.

A despeito da inexistência de Território algum no Brasil de hoje, há possibilidade da instituição mediante lei complementar, como revela o § 2º do artigo 18 da Constituição: “Os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar”.

Diante da possibilidade da criação, o artigo 33 da Constituição versa sobre os Territórios, os quais poderão ser divididos em “Municípios”⁹³.

Já o § 2º do artigo 45 garante a eleição de quatro Deputados Federais, para que o povo de cada eventual Território tenha os respectivos representantes na Câmara dos Deputados. O mesmo não ocorre, todavia, em relação ao Senado, no qual apenas os Estados-membros e o Distrito Federal são representados, *ex vi* do *caput* do artigo 46 da Constituição. Nem poderia ser diferente, porquanto o Senado é a Casa Legislativa composta pelos representantes dos entes federados, vale dizer, dos Estados-membros e, por extensão, do Distrito Federal.

No que tange ao governo do Território, não há eleição pelos respectivos cidadãos, mas, sim, a nomeação do governador pelo Presidente da República, após a aprovação do indicado no Senado, tudo nos termos dos artigos 33, §§ 2º e 3º, 52, inciso III, letra “c”, e 84, inciso XIV, todos da Constituição Federal.

Também não há Judiciário próprio em Território, mas, sim, Poder Judiciário organizado e mantido pela União, *ex vi* dos artigos 21, inciso XIII, *in fine*, e 22, inciso XVII, da Constituição. Com efeito, o órgão judiciário com competência jurisdicional em Território é a denominada “Justiça do Distrito Federal e Territórios”, organizada, mantida e regulada pela União. Não obstante, se o Território tiver mais de cem mil habitantes, contará com órgãos judiciários de primeiro e de segundo graus⁹⁴.

Por fim, no que tange ao Legislativo específico de eventual Território, lei ordinária federal disporá sobre a competência e as eleições para a “Câmara Territorial”⁹⁵, se e quando for instituído o Território Federal.

⁹³ Cf. artigo 33, § 1º, da Constituição: “§ 1º - Os Territórios poderão ser divididos em Municípios, aos quais se aplicará, no que couber, o disposto no Capítulo IV deste Título”.

⁹⁴ Cf. artigo 33, § 3º, primeira parte, da Constituição: “§ 3º - Nos Territórios Federais com mais de cem mil habitantes, além do Governador nomeado na forma desta Constituição, haverá órgãos judiciários de primeira e segunda instância, membros do Ministério Público e defensores públicos federais;”.

⁹⁵ Cf. artigo 33, § 3º, *in fine*, da Constituição: “*Omissis*; a lei disporá sobre as eleições para a Câmara Territorial e sua competência deliberativa”.

9.3. O PODER EXECUTIVO DA UNIÃO

9.3.1. PODER EXECUTIVO E RESPECTIVAS FUNÇÕES ESTATAIS

O artigo 2º da Constituição Federal estabelece que são “Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Consagrou-se, à evidência, a “teoria da separação dos poderes”, cunhada por Montesquieu.

À luz da clássica teoria da tripartição do poder estatal, a administração pública coube ao Poder Executivo, para a prática dos atos necessários à concretização das determinações gerais e abstratas provenientes do Poder Legislativo⁹⁶.

Além da função precípua consubstanciada na administração pública, o Poder Executivo também exerce atribuições de índole legislativa, como, por exemplo, a edição de medidas provisórias⁹⁷ e a elaboração de leis delegadas⁹⁸.

Em suma, a despeito de ter sido imaginado para executar o disposto nas leis aprovadas no Poder Legislativo, o Poder Executivo passou a exercer papel de destaque, em virtude do aumento das atribuições que lhe foram conferidas, especialmente as de índole legislativa, conforme se infere do disposto no artigo 84 da Constituição Federal.

9.3.2. CHEFE DO PODER EXECUTIVO DA UNIÃO: PRESIDENTE

À vista dos artigos 2º e 76 da Constituição Federal de 1988, o chefe do Poder Executivo da União é o Presidente da República.

Em razão da adoção do sistema presidencialista na Constituição brasileira, o Presidente da República exerce, a um só tempo, a chefia do Governo da União e a chefia do Estado brasileiro. Na qualidade de chefe do Estado, cabe ao Presidente da República a representação do Brasil na esfera internacional⁹⁹; e como chefe do Governo da União, cabe ao Presidente “a direção superior da administração federal” e outras tantas atribuições internas, nacionais.

⁹⁶ Cf. artigo 84, inciso II, da Constituição Federal.

⁹⁷ Cf. artigo 84, inciso XXVI, da Constituição Federal.

⁹⁸ Cf. artigos 68 e 84, inciso XXVII, da Constituição Federal.

⁹⁹ Cf. artigo 84, incisos VII, VIII, XIX e XX, da Constituição Federal.

No exercício de ambas as chefias, o Presidente da República é auxiliado pelo Vice-Presidente, seu substituto temporário e sucessor definitivo, bem assim pelos Ministros de Estado¹⁰⁰.

9.3.3. ELEIÇÃO E POSSE DO PRESIDENTE E DO VICE-PRESIDENTE

O Presidente da República e o Vice-Presidente são escolhidos dentre brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos de idade, alistados perante a Justiça Eleitoral, com domicílio eleitoral no território nacional, em pleno exercício dos direitos políticos e com as respectivas candidaturas registradas por partido político¹⁰¹.

À evidência, não é admissível candidatura avulsa para a presidência e a vice-presidência da República. De fato, além da necessidade da candidatura registrada por partido político, há outra exigência: a obrigatoriedade de filiação partidária do candidato, salvo no caso do inciso V do artigo 142 da Constituição, por força do qual o militar da ativa não pode ser filiado a partido político. Não obstante, a candidatura do militar da ativa deve ser registrada por partido político, ao qual, todavia, não é filiado. Daí as conclusões: é absoluta a regra da exigência do registro da candidatura por partido político, sem nenhuma exceção; e é relativa a regra que dispõe sobre a necessidade de filiação partidária, em razão da existência de uma exceção, referente ao militar da ativa¹⁰²⁻¹⁰³.

O Presidente da República e o Vice-Presidente são escolhidos em eleição mediante votação direta, universal e secreta. Com efeito, o *caput* do artigo 14 e o § 4º do artigo 60 da Constituição asseguram o voto direto, com a escolha do Presidente imediatamente pelos cidadãos em geral, sem intermediários nem delegados. A única exceção prevista na Constituição brasileira consta do § 1º do

¹⁰⁰ Cf. artigos 76, 87 e 88 da Constituição Federal.

¹⁰¹ Cf. artigo 77, § 2º, da Constituição Federal.

¹⁰² “CONSULTA. MILITAR DA ATIVA. CONCORRÊNCIA. CARGO ELETIVO. FILIAÇÃO PARTIDÁRIA. INEXIGIBILIDADE. RESOLUÇÃO-TSE Nº 21.608/2004, ART. 14, § 1º. 1. A filiação partidária contida no art. 14, § 3º, V, Constituição Federal não é exigível ao militar da ativa que pretenda concorrer a cargo eletivo, bastando o pedido de registro de candidatura após prévia escolha em convenção partidária (Res.-TSE nº 21.608/2004, art. 14, § 1º).” (TSE, Consulta nº 1.014/DF, Resolução nº 21.787, Diário da Justiça de 5 de julho de 2004, p. 1; não há o grifo no original). Em reforço, colhe-se do voto vencedor proferido pelo Relator: “No mérito, tenho que a consulta deve ser respondida nos termos do art. 14, § 1º, da Resolução nº 21.608/2004 — Fernando Neves, que dispõe: ‘Art. 14. (...) § 1º A condição de elegibilidade relativa à filiação partidária contida no art. 14, § 3º, inciso V, da Constituição da República, não é exigível ao militar da ativa que pretenda concorrer a cargo eletivo, bastando o pedido de registro de candidatura, após prévia escolha em convenção partidária (Res.- TSE nº 20.993/2002, art. 12, § 2º).” (não há o grifo no original).

¹⁰³ Vale ressaltar que o raciocínio exposto diz respeito apenas ao militar de carreira e que está na ativa. Não é aplicável, portanto, ao recruta, jovem que presta o serviço militar obrigatório e que não é titular de direito político algum, em razão do disposto no artigo 14, § 2º, da Constituição Federal.

artigo 81: quando a vacância da presidência e da vice-presidência ocorrer nos últimos dois anos do quadriênio presidencial, a eleição será realizada mediante votação apenas por Deputados e Senadores, de forma indireta, portanto.

As eleições do Presidente e do Vice-Presidente ocorrem simultaneamente, porquanto a eleição daquele também ocasiona a desse. De fato, o Vice-Presidente é registrado em conjunto e é eleito automaticamente com o Presidente da República. Não há eleição autônoma para a vice-presidência. Os votos dos cidadãos são destinados à chapa eleitoral, razão pela qual a escolha do Presidente também gera a imediata eleição do Vice-Presidente registrado na chapa encabeçada por aquele¹⁰⁴.

O primeiro turno da eleição ocorre no primeiro domingo de outubro “do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente”¹⁰⁵.

De fato, o primeiro turno ocorre no primeiro domingo do mês de outubro imediatamente anterior ao término do quadriênio presidencial, em primeiro de janeiro¹⁰⁶.

Com efeito, o mandato presidencial termina em primeiro de janeiro, dia no qual e a partir do qual os candidatos eleitos têm até dez dias para a posse na presidência e na vice-presidência da República¹⁰⁷.

Ainda a respeito do primeiro turno, pode ocorrer, por mera coincidência, no dia primeiro de outubro, como aconteceu nas eleições de 2006. Sem dúvida, o primeiro turno pode ocorrer em qualquer dia que seja o “primeiro domingo de outubro”¹⁰⁸ do ano anterior ao término do quadriênio presidencial.

O § 2º do artigo 77 da Constituição versa sobre a possibilidade da ocorrência da eleição já no primeiro turno, como ocorreu em 1994 e em 1998, com a eleição do Presidente Fernando Henrique Cardoso e do Vice-Presidente Marco Maciel.

¹⁰⁴ Cf. artigo 77, *caput* e § 1º, da Constituição Federal.

¹⁰⁵ Cf. artigo 77, *caput*, da Constituição Federal.

¹⁰⁶ Cf. artigo 82 da Constituição Federal.

¹⁰⁷ Salvo motivo de força maior, porquanto o parágrafo único do artigo 82 da Constituição Federal autoriza a posse até mesmo após o decêndio constitucional, na eventualidade de ocorrência de fato alheio à vontade do eleito e o impediu a respectiva posse.

¹⁰⁸ Cf. artigo 77, *caput*, da Constituição Federal.

Com efeito, há a imediata eleição em primeiro turno dos candidatos a Presidente e a Vice-Presidente cuja chapa alcançar a maioria absoluta dos votos válidos¹⁰⁹.

Se nenhuma chapa eleitoral alcançar a maioria absoluta na primeira votação, há o segundo turno, realizado no último domingo de outubro do ano anterior ao término do mandato presidencial em vigor. Participam do segundo turno apenas os candidatos das duas chapas eleitorais com mais votos no primeiro turno. Se algum candidato a Presidente qualificado para o segundo turno falecer, desistir ou ficar impedido, o terceiro colocado no primeiro turno é chamado para participar do segundo turno de votação. De uma forma ou de outra, identificados os dois candidatos a Presidente classificados para o segundo turno, é eleito aquele cuja chapa alcançar a maioria dos votos válidos.

A posse do Presidente e do Vice-Presidente se dá no dia primeiro de janeiro do ano posterior ao da eleição ou em algum dos dez dias subsequentes, salvo motivo de força maior, quando a posse poderá ocorrer em data futura¹¹⁰.

O Presidente e o Vice-Presidente tomam posse em sessão conjunta do Congresso Nacional, nos termos dos artigos 57, § 3º, inciso III, e 78, da Constituição Federal. Na oportunidade, o Presidente da República e o Vice-Presidente prestam “o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil”¹¹¹.

Na qualidade de Presidente do Congresso Nacional, compete ao Presidente do Senado convocar a sessão conjunta do Congresso Nacional para tomar o compromisso previsto no artigo 78, a fim de dar posse ao Presidente e ao Vice-Presidente da República¹¹².

No mais das vezes, há convocação extraordinária do Congresso Nacional, já que a posse geralmente ocorre em janeiro, durante o recesso parlamentar¹¹³.

¹⁰⁹ Excluídos, portanto, os votos em branco e os votos nulos. Pouco importa o número de votos nulos e em branco. São simplesmente desconsiderados, ainda que superem o número de votos válidos. O disposto no artigo 224 do Código Eleitoral só é aplicável aos casos de votos julgados nulos em razão de fraude eleitoral, e não na hipótese de votos nulos voluntários, provenientes, portanto, da livre escolha dos cidadãos. Como ressaltado, os votos nulos voluntários são desconsiderados para todos os fins.

¹¹⁰ Cf. artigos 78 e 82 da Constituição Federal.

¹¹¹ Cf. artigo 78, *caput*, da Constituição Federal.

¹¹² Cf. artigo 57, § 6º, inciso I, *in fine*, da Constituição Federal.

¹¹³ Com efeito, a sessão legislativa só tem início no dia dois de fevereiro, *ex vi* do *caput* do artigo 57, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 50, de 2006: “O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro”.

Como já anotado, os artigos 78 e 82 da Constituição brasileira estabelecem que a posse deve ocorrer no dia primeiro de janeiro do ano posterior ao da eleição presidencial ou dentro de dez dias. Vale reafirmar que a posse pode ocorrer em data posterior, por motivo de força maior, “cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”¹¹⁴. Em regra, todavia, decorridos dez dias sem a posse do candidato eleito Presidente nem do respectivo Vice-Presidente, há a declaração da vacância da presidência da República, com a realização de nova eleição direta dentro de noventa dias, conforme o disposto no *caput* do artigo 81 da Constituição.

Ainda a respeito da data da posse, nada impede que o Presidente e o Vice-Presidente sejam empossados em dias diferentes, desde que observado o disposto nos artigos 78 e 82 da Constituição brasileira.

No que tange ao período do mandato presidencial – e também vice-presidencial –, é de quatro anos¹¹⁵.

Não obstante, há possibilidade de reeleição para o quadriênio subsequente¹¹⁶.

Por fim, na eventualidade de vacância da presidência no curso do quadriênio constitucional, em razão de falecimento, de renúncia ou de *impeachment*, por exemplo, o sucessor apenas completa o período do antecessor, independentemente de a vacância ter ocorrido no primeiro biênio ou durante o último biênio¹¹⁷.

9.3.4. SUBSTITUIÇÃO E SUCESSÃO DO PRESIDENTE

O Vice-Presidente é o substituto e também o sucessor do Presidente da República. A substituição é provisória, em razão de viagem ao exterior, de doença ou de suspensão do Presidente¹¹⁸.

Já a sucessão é definitiva, razão pela qual o Vice-Presidente passa a ocupar a presidência até o final do mandato, por motivo de falecimento do Presidente, de renúncia, de perda do cargo em razão de condenação por crime comum ou por crime de responsabilidade, de ausência do país por mais de

¹¹⁴ Artigo 393, parágrafo único, do Código Civil brasileiro.

¹¹⁵ Cf. artigo 82 da Constituição brasileira.

¹¹⁶ Jamais, entretanto, para terceiro período imediato. O cidadão que desejar exercer a presidência por três vezes deve aguardar ao menos um quadriênio entre o final do segundo mandato e o início do terceiro.

¹¹⁷ Cf. artigo 81, § 2º, da Constituição brasileira.

¹¹⁸ Cf. artigo 86, § 1º, da Constituição brasileira.

quinze dias, sem prévia licença aprovada pela maioria dos Deputados e dos Senadores, por exemplo.

Se ocorrer algum impedimento temporário não só do Presidente, mas também do Vice-Presidente, são chamados ao exercício provisório da presidência da República o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado e o Presidente do Supremo Tribunal Federal, nesta ordem¹¹⁹.

Vale reiterar que o exercício da presidência da República pelo Presidente da Câmara dos Deputados, pelo Presidente do Senado ou pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal é sempre provisório, já que a Constituição só autoriza apenas a substituição, e não sucessão. Daí a conclusão: só o Vice-Presidente da República é verdadeiro sucessor do Presidente; os Presidentes da Câmara, do Senado e do Supremo Tribunal Federal só podem ser substitutos.

Por conseguinte, há necessidade de realização de nova eleição na eventualidade de vacância definitiva da presidência e também da vice-presidência da República.

Se a vacância de ambos os cargos ocorrer nos dois primeiros anos do período presidencial, a nova eleição deve ser direta, realizada “noventa dias depois de aberta a última vaga”¹²⁰.

Se, entretanto, a vacância ocorrer nos últimos dois anos, a nova eleição deve ser indireta, realizada pelos Deputados e Senadores, “trinta dias depois da última vaga”¹²¹.

Em ambas as hipóteses, os eleitos apenas completam o período presidencial remanescente¹²².

9.3.5. ATRIBUIÇÕES E SUBSÍDIOS DO PRESIDENTE

As principais atribuições do Presidente da República estão arroladas no artigo 84 da Constituição brasileira. As atribuições que constam dos incisos VI, XII e XXV são privativas, porquanto ensejam delegação, nos termos do parágrafo único. Já as demais atribuições são exclusivas do Presidente da República, em razão da impossibilidade de delegação.

¹¹⁹ Cf. artigo 80 da Constituição Federal.

¹²⁰ Cf. artigo 81, *caput*, da Constituição Federal.

¹²¹ Cf. Artigo 81, § 1º, da Constituição Federal.

¹²² Cf. artigo 81, § 2º, da Constituição Federal.

Observadas as exigências constitucionais, compete ao Presidente da República nomear livremente os Ministros de Estado, os quais também são exoneráveis segundo a vontade do Presidente. Com efeito, os Ministros de Estado não são titulares de mandatos eletivos, o que explica a possibilidade da livre exoneração por parte do Presidente da República. Auxiliado pelos Ministros de Estado, cabe ao Presidente a direção superior da Administração Pública federal, composta por todos os órgãos da Administração direta e das entidades da Administração indireta: autarquias, fundações públicas federais, empresas públicas federais e sociedades de economia mista. Por exemplo, a Fundação Universidade Federal de Viçosa é uma fundação pública federal, razão pela qual o respectivo Reitor é escolhido e nomeado pelo Presidente da República, com o auxílio do Ministro da Educação, a partir de uma lista tríplice.

Além da direção da Administração Pública federal, o Presidente da República exerce outras atribuições, algumas delas de índole legislativa, como a edição de medidas provisórias e a elaboração de leis delegadas¹²³.

Ainda a respeito das atribuições do Presidente da República, muitas delas são concretizadas mediante decretos, expedidos para a execução das leis. Os decretos presidenciais têm efeitos concretos, são verdadeiros atos administrativos, como o decreto de desapropriação de terras, por exemplo.

O Presidente também aprova decretos regulamentares para a execução das leis. Os regulamentos presidenciais são atos normativos secundários, contém normas gerais e abstratas que especificam o disposto nas leis. Por conseguinte, os regulamentos expedidos pelo Presidente da República não podem ultrapassar os parâmetros legais, sob pena de sustação mediante decreto legislativo aprovado por Deputados e Senadores, com fundamento no artigo 49, inciso V, da Constituição Federal¹²⁴.

Também cabe ao Presidente da República indicar e nomear todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do

¹²³ Cf. artigos 62, 68 e 84, incisos XXVI e XXVII, da Constituição Federal.

¹²⁴ De acordo, na jurisprudência: “REGULAMENTO - BALIZAS - SUSTAÇÃO - EXECUTIVO *VERSUS* LEGISLATIVO. Mostra-se constitucional decreto legislativo que implique sustar ato normativo do Poder Executivo exorbitante do poder regulamentar. TETO - APLICAÇÃO - LEI E REGULAMENTO. O regulamento pressupõe a observância do objeto da lei. Extravasa-a quando, prevista a aplicação do teto de remuneração de servidores considerada a administração direta, autárquica e fundacional, viabiliza a extensão às sociedades de economia mista e empresas públicas.” (STF, ADI nº 1.553/DF, Diário da Justiça de 17 de setembro de 2004, p. 52; não há o grifo no original).

Tribunal Superior do Trabalho, do Superior Tribunal Militar e outros tantos magistrados para diversos tribunais judiciários¹²⁵.

Ao Presidente da República também cabe indicar e nomear três Ministros do Tribunal de Contas da União¹²⁶.

Em virtude do cumprimento de inúmeras atribuições constitucionais, o Presidente da República tem direito ao recebimento de subsídios fixados pelos Deputados e Senadores, mediante decreto legislativo, respeitado o teto dos subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Aos Deputados e Senadores também compete a fixação dos subsídios em prol do Vice-Presidente e dos Ministros de Estado, tudo com fundamento no artigo 49, inciso VIII, da Constituição brasileira.

9.3.6. RESPONSABILIZAÇÃO POLÍTICA E PENAL DO PRESIDENTE E DO VICE-PRESIDENTE

O Presidente da República e o Vice-Presidente respondem na hipótese de cometimento de atos tipificados como infrações penais comuns, assim como por eventuais crimes de responsabilidade que praticar.

Os denominados “crimes de responsabilidade” são infrações político-administrativas relacionadas ao exercício de cargo público, passíveis de cometimento por altas autoridades públicas, como, por exemplo, o Presidente e o Vice-Presidente da República.

Já as infrações penais comuns são todos os crimes e contravenções tipificados na legislação penal e que podem ser cometidos por qualquer pessoa, incluídos o Presidente e o Vice-Presidente da República. É amplo, portanto, o alcance da expressão constitucional “infrações penais comuns”, de modo a alcançar os crimes tipificados no Código Penal, no Código Eleitoral e em outras leis federais, bem como as contravenções penais¹²⁷.

Não obstante, o Presidente e o Vice-Presidente não podem, na vigência dos mandatos, ser processados por infração penal comum praticada antes da

¹²⁵ Cf. artigo 84, incisos XIV e XVI, da Constituição brasileira.

¹²⁶ Cf. artigos 73 e 84, inciso XV, ambos da Constituição brasileira.

¹²⁷ De acordo, na jurisprudência: “– A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de definir a locução constitucional ‘crimes comuns’ como expressão abrangente de todas as modalidades de infrações penais, estendendo-se aos delitos eleitorais e alcançando, até mesmo, as próprias contravenções penais. Precedentes.” (RCL nº 511/PB, Pleno do STF, Diário da Justiça de 15 de setembro de 1995).

posse ou alheia aos respectivos cargos, ainda que cometida no curso dos mandatos¹²⁸.

Com efeito, o Presidente e o Vice-Presidente só respondem imediatamente pelas infrações penais cometidas no efetivo exercício dos mandatos, desde que relacionadas às respectivas atribuições constitucionais, como na eventualidade da prática de atos tipificados como crimes de falsificação de documento público¹²⁹, falsidade ideológica¹³⁰, peculato¹³¹ e prevaricação¹³², por exemplo.

Quanto às demais infrações penais comuns, tanto as pretéritas ao mandato quanto as alheias às atribuições Presidenciais e Vice-Presidenciais, ainda que praticadas no curso do mandato, há imunidade processual. Não obstante, a referida imunidade é relativa e temporária, porquanto serão possíveis o processamento, o julgamento e a condenação após o exercício da Presidência e da Vice-Presidência da República¹³³.

Além das infrações penais comuns, há os denominados “crimes de responsabilidade”, os quais estão diretamente relacionados ao exercício da Presidência ou da Vice-Presidência da República, razão pela qual são passíveis de processo e julgamento imediatos, na vigência dos mandatos eletivos. É o tema do próximo tópico.

9.3.6.1. CRIMES DE RESPONSABILIDADE

Em linhas gerais, crimes de responsabilidade são infrações político-administrativas decorrentes do descumprimento da Constituição brasileira e dos

¹²⁸ Cf. artigo 86, § 4º, da Constituição brasileira.

¹²⁹ “Art. 297 - Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro: Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa. § 1º - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aumenta-se a pena de sexta parte. § 2º - Para os efeitos penais, equiparam-se a documento público o emanado de entidade paraestatal, o título ao portador ou transmissível por endosso, as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular”.

¹³⁰ “Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular. Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte”.

¹³¹ “Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa”.

¹³² “Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa”.

¹³³ Assim, na jurisprudência: HC nº 83.154/SP, Pleno do STF, Diário da Justiça de 21 de novembro de 2003, p. 8.

deveres legais referentes aos cargos exercidos por altas autoridades públicas executivas e judiciárias, como o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Ministros de Estado, os Comandantes das Forças Armadas, o Procurador-Geral da República, os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

No que tange ao Presidente da República e ao Vice-Presidente, os crimes de responsabilidade estão previstos no artigo 85 da Constituição brasileira e nos artigos 4º a 12 da Lei nº 1.079, de 1950. Basta a ocorrência de qualquer uma das hipóteses arroladas na Constituição brasileira ou na legislação de regência para a consumação do crime de responsabilidade.

À luz dos artigos 5º, inciso LXXIII, 12 e 14 da Constituição brasileira, todo cidadão tem legitimidade ativa para acusar o Presidente da República por crime de responsabilidade. Reforça o artigo 14 da Lei nº 1.079, de 1950: “É permitido a qualquer cidadão denunciar o Presidente da República ou Ministro de Estado, por crime de responsabilidade, perante a Câmara dos Deputados”.

A instauração do processo de *impeachment* depende, todavia, de prévia autorização por dois terços dos Deputados, conforme revela o artigo 51, inciso I, da Constituição. Não há dúvida de que o texto constitucional brasileiro exige a autorização por dois terços do total de Deputados que há na Câmara, e não apenas dos presentes à sessão destinada à votação da autorização, ou não. À vista do número fixado na Lei Complementar nº 78, de 1993, vale dizer, 513 Deputados na Câmara, a autorização do processamento do Presidente da República só ocorre após a prolação de votos favoráveis de pelo menos 342 Deputados¹³⁴.

Após a admissão pela maioria qualificada de dois terços dos Deputados, há a votação acerca da instauração do processo de responsabilização política perante o Senado, com o afastamento provisório do Presidente da República, caso o resultado seja positivo.

Instaurado o processo e afastado o Presidente da República, ainda compete ao Senado proferir o julgamento final, sob a presidência do Ministro-Presidente do Supremo Tribunal Federal. Vale ressaltar que apenas os Senadores participam da votação; o Ministro-Presidente da Corte Suprema

¹³⁴ Em 29 de setembro de 1992, 441 Deputados votaram a favor da autorização da abertura do processo de *impeachment* contra o então Presidente Fernando Collor; e em 17 de abril de 2016, 367 Deputados votaram a favor da autorização do processo de impedimento da então Presidente Dilma Rousseff.

somente preside o julgamento, sem direito de voto. Só há condenação do Presidente da República se assim votarem Senadores equivalentes a dois terços do total¹³⁵.

De volta à instauração do processo perante o Senado, implica suspensão do Presidente da República, de modo a ocasionar o imediato afastamento provisório do cargo. De fato, por força do artigo 86, § 1º, inciso II, da Constituição brasileira, o Presidente da República é suspenso e deixa de exercer as atribuições presidenciais desde a instauração do processo no Senado. Não obstante, se o julgamento senatorial não for concluído no prazo de cento e oitenta dias, cessa o afastamento do Presidente, com o conseqüente retorno ao cargo e às respectivas funções inerentes à Chefia do Estado e à Chefia do Governo. É certo que o processo de *impeachment* tem curso regular até o julgamento final, com a posterior absolvição ou condenação do Presidente, conforme o caso¹³⁶.

A condenação do Presidente da República depende da maioria qualificada de dois terços, ou seja, de votos de pelo menos 54 Senadores. São duas as penas que podem ser impostas no processo de responsabilização política: a perda do cargo de Presidente e a inabilitação para o exercício de todo e qualquer cargo, função ou emprego público por oito anos. À evidência, são duas as penas possíveis, ambas de cunho político-administrativo¹³⁷.

Em virtude do disposto nos artigos 52, parágrafo único, e 102, inciso I, alínea “b”, primeira parte, da Constituição brasileira, e do artigo 3º da Lei nº 1.079, de 1950, as penas referentes ao crime de responsabilidade não impedem a imposição de outras sanções cabíveis, de natureza penal, provenientes de anterior, simultâneo ou posterior julgamento por crime comum perante o Supremo Tribunal Federal.

Sem dúvida, à vista do disposto na Constituição de 1988 – e também das Constituições pretéritas, desde a Constituição de 1891 –, cabe ao Senado da República proferir julgamento político-administrativo contra o Presidente da República, por meio do processo de *impeachment*. Já o julgamento jurídico-

¹³⁵ Cf. artigos 52, inciso I e parágrafo único, e 86, *caput, in fine*, da Constituição brasileira.

¹³⁶ Cf. artigo 86, § 2º, da Constituição brasileira.

¹³⁷ Cf. artigo 52, parágrafo único, da Constituição brasileira.

criminal é da competência do Supremo Tribunal Federal, em processo judiciário. É o tema do tópico subsequente.

9.3.6.2. INFRAÇÕES PENAIS COMUNS

No que tange às infrações comuns imputadas ao Presidente da República, também há necessidade de prévia autorização pela maioria qualificada de dois terços dos Deputados, nos termos dos artigos 51, inciso I, e 86, *caput*, primeira parte, da Constituição Federal. Daí a necessidade de pelo menos 342 votos favoráveis à admissão da acusação na Câmara dos Deputados.

Após a admissão na Câmara dos Deputados, os Ministros do Supremo Tribunal Federal decidem, em sessão plenária, sobre o recebimento ou a rejeição da denúncia do Procurador-Geral da República ou da queixa-crime contra o Presidente da República, conforme o caso¹³⁸⁻¹³⁹.

Se os Ministros do Supremo Tribunal Federal receberem a denúncia ou a queixa-crime, há a imediata suspensão provisória do Presidente da República, o qual fica afastado do cargo e das respectivas atribuições, por força do artigo 86, § 1º, inciso I, da Constituição Federal. O artigo 23, § 5º, da Lei nº 1.079, de 1950, reforça que há imediata “suspensão do exercício das funções do acusado e da metade do subsídio ou do vencimento até sentença final”.

A despeito da suspensão prevista no § 1º do artigo 86 da Constituição, o Presidente da República ainda não pode ser preso. Sem dúvida, o Presidente só pode ser preso após a impossibilidade legal de interposição de recurso contra o julgamento proferido no Plenário do Supremo Tribunal Federal que implicar condenação por crime comum. Em outros termos, enquanto o acórdão condenatório for passível de algum recurso processual, o Presidente não pode ser preso¹⁴⁰⁻¹⁴¹.

¹³⁸ Denúncia, nos casos de crimes passíveis de ação penal pública, como peculato, prevaricação e falsificação de document público, e queixa-crime, nas hipóteses de crimes de iniciativa privada, como calúnia, injúria e difamação. Enquanto a denúncia é oferecida pelo Ministério Público, por intermédio do Procurador-Geral da República, a queixa-crime é apresentada pelo ofendido.

¹³⁹ A propósito do teor tanto da denúncia quanto da queixa-crime, vale conferir o disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal: “Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

¹⁴⁰ Cf. artigos 86, § 3º, e 102, inciso I, alínea “b”, primeira parte, ambos da Constituição Federal.

¹⁴¹ Daí a inevitável conclusão: a rigor, o Presidente da República não pode ser preso, porquanto a prisão só é possível após a condenação penal definitiva daquele, com a consequente perda do cargo, razão pela qual se dá a prisão da pessoa que foi Presidente da República.

Ainda em relação à suspensão do Presidente, se o julgamento perante o Supremo Tribunal Federal não for concluído no prazo de cento e oitenta dias, cessa o afastamento do Presidente, o qual retorna ao cargo e ao exercício das respectivas atribuições constitucionais e legais. Não obstante, o processo tem curso regular até o julgamento final, com a posterior absolvição ou condenação do Presidente, conforme o caso.

Tal como ocorre no caso de crime de responsabilidade, a condenação por infração penal comum também ocasiona a perda do cargo, em virtude da incidência do artigo 15, inciso III, da Constituição Federal. Ademais, o Presidente condenado também está sujeito às penas arroladas no artigo 32 do Código Penal brasileiro: “Art. 32 - As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa”.

Por fim, vale ressaltar que tudo que foi estudado em relação às responsabilidades política e penal do Presidente da República também é aplicável ao Vice-Presidente, tendo em vista o disposto nos artigos 51, inciso I, 52, inciso I e parágrafo único, e 102, inciso I, alínea “b”, da Constituição Federal de 1988.

9.3.7. MINISTROS DE ESTADO

Os Ministros de Estado são os auxiliares diretos do Presidente da República na direção superior da Administração Pública federal e de outras tantas atribuições constitucionais e legais relativas às chefias do Governo da União e do Estado Brasileiro.

Os Ministros de Estado são nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no pleno gozo dos direitos políticos¹⁴².

Por força do § 3º do artigo 12, o Ministro da Defesa só pode ser brasileiro nato. Já os demais Ministros de Estado podem ser brasileiros natos ou naturalizados, porquanto o artigo 87 não faz distinção alguma, razão pela qual incide a regra da igualdade de tratamento entre brasileiros natos e naturalizados.

Os Ministros de Estado exercem cargos em comissão, de confiança do Presidente, razão pela qual são exoneráveis *ad nutum*. De fato, como não são

¹⁴² Cf. artigos 76, 84, inciso I, e 87, *caput*, da Constituição Federal.

titulares de mandatos eletivos, os Ministros de Estado podem ser exonerados conforme a livre conveniência do Presidente da República. A situação jurídica dos Ministros de Estado é diversa, portanto, da do Vice-Presidente da República, que é titular de mandato eletivo, tal como o Presidente da República. Daí por que o Presidente da República pode exonerar os Ministros de Estado que bem desejar, mas nunca o Vice-Presidente da República.

A situação jurídica dos Ministros de Estado também é diferente da dos Ministros do Poder Judiciário, como os Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior do Trabalho, por exemplo. Todos os Ministros do Poder Judiciário ocupam cargos vitalícios, até que completem setenta e cinco anos de idade, razão pela qual não podem ser exonerados pelo Presidente da República.

De volta aos Ministros de Estado, as respectivas atribuições estão arroladas na Constituição, especialmente nos incisos do parágrafo único do artigo 87, *in verbis*: “Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei: I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República; II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos; III - apresentar ao Presidente da República relatório anual de sua gestão no Ministério; IV - praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República”.

Por fim, os Ministros de Estado respondem por eventuais crimes de responsabilidade e por infrações penais comuns perante o Supremo Tribunal Federal. É a regra estampada no artigo 102, inciso I, alínea “c”, da Constituição brasileira. Quanto aos crimes de responsabilidade, todavia, se conexos com crimes de responsabilidade do Presidente da República, ficam sujeitos ao processo de *impeachment* perante o Senado, em conjunto com o Presidente¹⁴³.

¹⁴³ Cf. artigo 52, inciso I, da Constituição brasileira.

9.4. O PODER LEGISLATIVO DA UNIÃO

9.4.1. PODER LEGISLATIVO: CONCEITO E FUNÇÕES

Tal como o Poder Executivo, o Poder Legislativo também exerce atribuições típicas e atípicas arroladas na Constituição brasileira. As atribuições típicas do Poder Legislativo são a legiferante e a fiscalizatória. A primeira e mais importante atribuição é a legiferante, a qual consiste na elaboração das leis em geral. A segunda atribuição típica é a fiscalizatória, prevista nos artigos 49, inciso X, 70 e 71 da Constituição brasileira, por força dos quais cabe ao Poder Legislativo exercer a fiscalização das contas de todos os entes e órgãos públicos beneficiários de recursos federais, com o auxílio do Tribunal de Contas da União¹⁴⁴.

Além das duas funções típicas, o Poder Legislativo também exerce outras atribuições, denominadas atípicas. Por exemplo, o Senado exerce atribuição atípica quando processa e julga o Presidente da República, o Vice-Presidente e os Ministros de Estado por crimes de responsabilidade¹⁴⁵.

Em síntese, embora as atribuições legiferante e fiscalizatória sejam as típicas, o Poder Legislativo também exerce outras atribuições determinadas pelos constituintes de 1987 e 1988.

9.4.2. PODER LEGISLATIVO BICAMERAL

O Poder Legislativo da União está consubstanciado no Congresso Nacional, o qual é constituído por duas Casas: a Câmara dos Deputados e o Senado da República¹⁴⁶.

É, portanto, bicameral o Poder Legislativo da União, ao contrário do que ocorre com os Poderes Legislativos dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, todos unicamerais, porquanto têm apenas uma Casa: Assembleia Legislativa, Câmara Legislativa e Câmara Municipal, respectivamente.

¹⁴⁴ Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, o Tribunal de Contas da União não é um tribunal judiciário, porquanto não integra o Poder Judiciário, conforme se infere do artigo 92 da Constituição Federal. Trata-se, na verdade, de órgão auxiliar do Poder Legislativo. Melhor seria, portanto, que a denominação do órgão fosse “Conselho de Contas da União”.

¹⁴⁵ Cf. artigo 52, inciso I e parágrafo único, da Constituição Federal.

¹⁴⁶ Cf. artigos 2º e 44 da Constituição Federal.

Daí a importante diferença estrutural-organizacional entre o Poder Legislativo da União (bicameral) e os Poderes Legislativos das demais unidades federativas (unicamerais).

9.4.3. CONGRESSO NACIONAL

Como já ressaltado, o Congresso Nacional é composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado da República¹⁴⁷.

No mais das vezes, o Congresso Nacional delibera à vista do princípio da bicameralidade, em sessões separadas e votações distintas, com a observância da regra estampada no artigo 47 da Constituição Federal.

Em geral, a Câmara delibera em primeiro lugar e, em seguida, o faz o Senado, conforme se infere dos artigos 48, 49, 64 e 65 da Constituição.

Não obstante, a regra da deliberação em cada uma das Casas do Congresso não é absoluta. Em algumas hipóteses, todavia, o Congresso delibera em sessão conjunta.

Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, “sessão conjunta” não significa “sessão unicameral”. Na sessão conjunta, Deputados e Senadores discutem em conjunto, na mesma oportunidade e, em seguida, votam em separado, respeitada a bicameralidade. Na sessão unicameral, entretanto, os Deputados e Senadores discutem e votam em conjunto, com paridade de votos, como Congressistas iguais.

Na sessão conjunta, portanto, há duas votações distintas, realizadas pelos 513 Deputados e pelos 81 Senadores, na mesma oportunidade. Já na sessão unicameral, os 513 Deputados e os 81 Senadores são somados e passam a ser considerados 594 Congressistas, sem distinção alguma¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Também denominado “Senado Federal” ou simplesmente “Senado”.

¹⁴⁸ À evidência, há Congressistas em demasia no Brasil, com a conseqüente sobrecarga dos combalidos cofres públicos nacionais. Basta um exemplo para revelar o excesso. O povo brasileiro é representado por 513 Deputados na Câmara. Já a Câmara dos Estados Unidos da América é composta por 435 representantes do povo estadunidense, formado por mais de 100 milhões de pessoas em comparação com o povo brasileiro. Ora, não é razoável nem proporcional que o povo de um país com pouco mais de 200 milhões seja representado por 513 Deputados, enquanto o povo de um país com mais de 310 milhões tenha 435 representantes. Com efeito, mesmo se tivesse cem Deputados a menos na Câmara, a proporção da representação do povo brasileiro ainda seria maior do que a verificada nos Estados Unidos da América, com significativa economia anual em favor dos cofres públicos nacionais. Outro exemplo: no Senado brasileiro há 3 Senadores por Estado-membro, enquanto os Estados americanos são representados por apenas 2 Senadores. Também aqui é possível concluir que há excesso de legisladores no Brasil, com o conseqüente aumento dos gastos públicos, sem nenhuma razão plausível. Mais do que dos Estados Unidos, os melhores exemplos vêm dos denominados “Países Escandinavos”. Na Suécia, na Noruega, na Finlândia, na Islândia e na Dinamarca, por exemplo, o Poder Legislativo é unicameral. Vale ressaltar que houve a migração do modelo bicameral para o unicameral ao longo do século XX. Na Suécia, por exemplo,

No que tange às sessões conjuntas do Congresso Nacional, as hipóteses constam do § 3º do artigo 57 e do *caput* do artigo 166 da Constituição Federal. Por exemplo, compete ao Congresso Nacional deliberar, em sessão conjunta, acerca de veto presidencial a projetos de lei ordinária e complementar aprovados na Câmara e no Senado¹⁴⁹.

A propósito, vale ressaltar que no exemplo apontado, vale dizer, na deliberação acerca de veto presidencial, não incide a regra da maioria relativa prevista no artigo 47, mas, sim, a exceção que consta do § 4º artigo 66, preceito constitucional que exige a maioria absoluta dos Deputados e dos Senadores, em sessão conjunta, com votações separadas¹⁵⁰.

Em contraposição, na sessão unicameral os Deputados e os Senadores oficiam na qualidade de Congressistas cujos votos têm igual peso, tal como ocorreu em 1994, durante a Revisão Constitucional prevista no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

No que tange à Mesa Diretora do Congresso Nacional, que é órgão colegiado de direção dos trabalhos, é presidida pelo Presidente do Senado. O Presidente do Congresso é, portanto, o Senador que preside o Senado. Quanto aos demais cargos da Mesa Diretora do Congresso, são exercidos pelos ocupantes dos cargos equivalentes na Câmara e no Senado, respectivamente. Daí a composição da Mesa do Congresso Nacional: Presidente do Senado, Primeiro Vice-Presidente da Câmara, Segundo Vice-Presidente do Senado, Primeiro Secretário da Câmara, Segundo Secretário do Senado, Terceiro Secretário da Câmara e Quarto Secretário do Senado.

a adoção do unicameralismo ocorreu em 1971. Já a Islândia foi o último país escandinavo a adotar o unicameralismo, em 1991. Ademais, o modelo unicameral não é estranho ao Estado brasileiro, já que adotado nos Estados-membros, no Distrito Federal e nos Municípios. Em abono, o eminente professor José Afonso da Silva também tem “opinião contrária ao bicameralismo, mesmo no Estado Federal”, pelos respeitáveis argumentos estampados na página 510 da 26 edição do vitorioso “Curso de Direito Constitucional positivo” e nas páginas 61 a 73 da clássica obra “Princípios do processo de formação das leis no direito constitucional”. Por tudo, é lícito concluir que o Congresso Nacional brasileiro deveria ser unicameral e ter menos da metade dos atuais 594 Congressistas.

¹⁴⁹ Cf. artigos 57, § 3º, inciso IV, e 66, § 4º, da Constituição Federal.

¹⁵⁰ Em números, ao menos 257 Deputados e 41 Senadores.

9.4.4. A CÂMARA DOS DEPUTADOS

9.4.4.1. GENERALIDADES

A Câmara dos Deputados é a Casa legislativa que congrega os representantes do povo brasileiro¹⁵¹.

Os Deputados são eleitos em turno único, para uma legislatura, pelo sistema proporcional¹⁵².

Uma legislatura tem duração de quatro anos. Cada legislatura compreende, portanto, quatro sessões legislativas, as quais são anuais, nos períodos de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro.

Não obstante, o início dos trabalhos parlamentares na primeira sessão legislativa de cada legislatura se dá no dia 1º de fevereiro, para a eleição dos Deputados da Mesa Diretora da Câmara, em cumprimento ao § 4º do artigo 57 da Constituição Federal¹⁵³.

Os Deputados são eleitos em cada um dos vinte e seis Estados-membros e no Distrito Federal. Em cada Estado-membro e no Distrito Federal são eleitos entre oito e setenta Deputados, conforme da população de cada unidade federativa¹⁵⁴.

Por exemplo, o povo do Estado de São Paulo, o mais populoso da Federação, é representado por setenta Deputados Federais. O povo do Estado de Minas Gerais, o segundo mais populoso, é representado por cinquenta e três Deputados Federais. O povo do Estado do Rio de Janeiro, o terceiro mais populoso, é representado por quarenta e seis Deputados Federais.

Em contraposição, os povos do Distrito Federal e dos Estados do Acre, do Amapá, do Amazonas, de Mato Grosso, de Mato Grosso do Sul, do Rio Grande do Norte, de Rondônia, de Roraima, de Sergipe e do Tocantins são representados por apenas oito Deputados Federais, cada um.

Como já ressaltado, as eleições dos Deputados Federais ocorrem em turno único, no primeiro domingo do mês de outubro do ano anterior ao término

¹⁵¹ Cf. artigos 1º, parágrafo único, e 45, *caput*, da Constituição brasileira.

¹⁵² Cf. artigo 45, *caput*, da Constituição brasileira.

¹⁵³ Melhor seria, em homenagem ao artigo 1º, parágrafo único, e ao artigo 14, *caput*, ambos da Constituição de 1988, que a eleição dos Deputados integrantes da Mesa Diretora da Câmara fosse realizada diretamente pelo povo brasileiro, por exemplo, no último domingo de outubro do ano anterior ao término dos mandatos parlamentares, em conjunto com o segundo turno das eleições presidenciais.

¹⁵⁴ Cf. artigo 45, § 1º, da Constituição brasileira.

dos mandatos vigentes, em conjunto, portanto, com o primeiro turno do pleito destinado à escolha do Presidente da República e dos Governadores dos Estados e do Distrito Federal.

Por fim, no que tange ao sistema eleitoral adotado no pleito destinado à escolha dos Deputados Federais, a Constituição brasileira consagrou o sistema proporcional, à vista do qual a distribuição dos mandatos eletivos em disputa tem em conta a proporção dos votos depositados em cada partido ou coligação partidária e, ao final, o número de votos dos candidatos dos partidos ou coligações que alcançaram o quociente eleitoral¹⁵⁵.

9.4.4.2. CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE DOS DEPUTADOS

No que tange às condições de elegibilidade relativas aos Deputados Federais, podem ser assim resumidas: nacionalidade brasileira; alistamento eleitoral; pleno gozo dos direitos políticos; domicílio eleitoral na unidade federativa representada; filiação partidária; idade mínima de vinte e um anos; e alfabetização¹⁵⁶.

A propósito da nacionalidade brasileira, os Deputados Federais são eleitos dentre brasileiros natos ou naturalizados. Com efeito, a exigência da nacionalidade originária alcança apenas o Presidente da Câmara, e não os Deputados em geral.

Na verdade, embora seja predominante na doutrina o ensinamento acerca da condição consubstanciada na nacionalidade brasileira, os §§ 1º e 2º do artigo 12 da Constituição Federal revelam que os portugueses também são elegíveis, em virtude dos artigos 12, 13 e 17 do Tratado de Amizade entre Brasil e Portugal¹⁵⁷.

Mais do que nacional – ou português equiparado –, também deve ser cidadão. Deve estar, portanto, o nacional – ou o português equiparado –, no pleno gozo dos direitos políticos, após o necessário alistamento eleitoral.

¹⁵⁵ A propósito do sistema proporcional, os conceitos e os respectivos exemplos constam do item 4.5 do capítulo VII deste compêndio.

¹⁵⁶ Cf. artigo 14, § 4º, da Constituição Federal, e artigo 29, inciso IV e § 2º, da Resolução nº 22.717, de 2008, do Tribunal Superior Eleitoral.

¹⁵⁷ De acordo, na jurisprudência: “RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2006. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE REGISTRO DE CANDIDATURA. DEPUTADO ESTADUAL. PORTUGUÊS COM IGUALDADE DE DIREITOS. REGISTRO DEFERIDO PELA CORTE REGIONAL. CONDIÇÃO DE ELEGIBILIDADE. FUNGIBILIDADE PROCESSUAL. RECURSO ORDINÁRIO RECEBIDO COMO RESPE. NEGADO PROVIMENTO.” (RO nº 1.122/SP, TSE, sem o grifo no original).

O cidadão também precisa ter domicílio eleitoral na circunscrição da unidade federativa cujo povo pretende representar: Estado-membro ou Distrito Federal, conforme o caso.

Em regra, o cidadão também deve ter filiação partidária, salvo se for militar da ativa^{158,159}.

No que tange à idade mínima para a posse como Deputado Federal, o cidadão precisa ter pelo menos vinte e um anos. Não há, por outro lado, idade máxima.

Ainda em relação às condições de elegibilidade, vale ressaltar que o candidato não pode ser analfabeto. Não há necessidade, portanto, de o candidato ser titular de diploma algum. Basta que demonstre ter o conhecimento necessário à leitura e à escrita, por qualquer meio¹⁶⁰.

9.4.4.3. DELIBERAÇÕES NA CÂMARA DOS DEPUTADOS

Quanto às deliberações na Câmara dos Deputados, no mais das vezes são tomadas pela maioria relativa, isto é, pela maioria simples dos votos, desde que presente a maioria absoluta dos Deputados que integram a Câmara ou a Comissão Parlamentar, conforme o caso¹⁶¹.

Por força do artigo 45, § 1º, da Constituição Federal, combinado com a Lei Complementar nº 78, de 1993, a Câmara é composta por 513 Deputados. Por conseguinte, há maioria absoluta no Plenário da Casa com a presença de 257 Deputados. Presente a maioria absoluta, basta a maioria relativa ou simples, vale dizer, a maioria dos votos. É a regra extraída do artigo 47 da Constituição Federal, *in verbis*: “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”.

Ainda em relação ao conceito de maioria relativa na Câmara dos Deputados, é comum a afirmação de que são necessários votos iguais de 129

¹⁵⁸ Cf. artigo 142, § 3º, inciso V, da Constituição Federal.

¹⁵⁹ Vale ressaltar que o raciocínio exposto diz respeito apenas ao militar de carreira e que está na ativa. Não é aplicável, portanto, ao recruta, jovem que presta o serviço militar obrigatório e que não é titular de direito político algum, em razão do disposto no artigo 14, § 2º, da Constituição Federal.

¹⁶⁰ Cf. artigo 14, § 4º, da Constituição Federal, e artigo 29, inciso IV e § 2º, da Resolução nº 22.717, de 2008, do Tribunal Superior Eleitoral.

¹⁶¹ Cf. artigo 47 da Constituição.

Deputados para a formação da maioria simples, com a indicação, portanto, de um número fixo como piso.

O problema, todavia, é mais complexo do que pode parecer, porquanto pode haver abstenção, conforme se infere do § 2º do artigo 180 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, *in verbis*: “§ 2º O Deputado poderá escusar-se de tomar parte na votação, registrando simplesmente ‘abstenção’”. Ademais, eventual abstenção não é computada para a formação da maioria relativa exigida no artigo 47 da Constituição Federal, conforme se infere do § 2º do artigo 183 do Regimento Interno da Câmara: “§ 2º Os votos em branco que ocorrerem nas votações por meio de cédulas e as abstenções verificadas pelo sistema eletrônico só serão computados para efeito de quórum”.

Presentes 257 Deputados, portanto, há a maioria absoluta necessária para o cumprimento do *quorum* de instalação ou *quorum* constitutivo. Se os 257 Deputados participarem efetivamente da votação, com votos válidos, serão necessários 129 votos de Deputados favoráveis à aprovação da proposição objeto de deliberação no Plenário da Câmara.

Não obstante, se um ou mais Deputados optarem pela abstenção, o piso para a formação da maioria relativa sofrerá alteração¹⁶².

Por exemplo, na eventualidade de 257 Deputados presentes, com 123 Deputados contrários, 124 Deputados favoráveis e 10 abstenções, a proposição é aprovada na Câmara, em virtude da formação de maioria de votos em prol do objeto da deliberação.

À vista do exposto, é lícito concluir que não há um número mínimo fixo de votos para a formação da maioria simples; a aferição da existência de maioria relativa sempre dependerá do número de Deputados presentes e de eventuais abstenções.

¹⁶² De acordo, na jurisprudência: “O quórum de aprovação da Lei Ordinária é o de maioria simples, nos termos do art. 47 da Constituição da República, norma de repetição obrigatória pelas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais (art. 55 da Constituição Mineira). Os votos de abstenção são computados apenas para efeito de quórum de instalação, não sendo contados como voto na deliberação. Quórum consiste na presença mínima de vereadores na Casa, exigência para que se possa deliberar de forma válida e eficaz. Majoria simples refere-se à maioria dos votos, presentes a maioria absoluta dos membros da Casa votante.” (ADI nº 1.0000.03.400588- 4/000, Corte Superior do TJMG, Diário da Justiça de 4 de março de 2005, sem os grifos no original). Também com a adoção de igual raciocínio, na jurisprudência: Apelação nº 1.0476.06.002961-0/001, 2ª Câmara Cível do TJMG, Diário da Justiça de 18 de abril de 2007.

9.4.5. O SENADO

O Senado, também denominado “Senado Federal” e “Senado da República”, é a Casa legislativa que congrega os representantes dos Estados-membros e do Distrito Federal¹⁶³.

Ao contrário do que ocorre na Câmara dos Deputados, eventual Território Federal não terá representante algum no Senado, porquanto não é unidade federativa, mas simples autarquia da União.

Os Municípios também não gozam de representação no Senado, embora sejam unidades federativas, por força dos artigos 1º e 18 da Constituição brasileira.

Apenas os Estados-membros e o Distrito Federal, portanto, são representados no Senado.

Os Senadores são eleitos pelo sistema majoritário. Por conseguinte, é eleito o cidadão beneficiário da maioria de votos. A eleição para o Senado segue o sistema majoritário em turno único. Pouco importa, portanto, se o candidato obteve a maioria relativa ou a maioria absoluta dos votos válidos: é eleito o cidadão com a maior votação – e, no caso de duas vagas em disputa, os dois candidatos beneficiários das melhores votações.

Tal como os Deputados, os Senadores são eleitos dentre cidadãos que preenchem todas as condições de elegibilidade arroladas no § 3º do artigo 14 da Constituição de 1988: nacionalidade brasileira – ou, excepcionalmente, nacionalidade portuguesa –, pleno gozo dos direitos políticos, alistamento eleitoral, domicílio eleitoral na circunscrição da unidade federativa que pretende representar, alfabetização, idade mínima e filiação partidária¹⁶⁴.

A idade mínima exigida é de trinta e cinco anos, *ex vi* do artigo 14, § 3º, inciso VI, alínea “a”, da Constituição brasileira: “trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador”.

Em contraposição, não há idade máxima para a candidatura, a posse e o exercício do mandato de Senador da República.

¹⁶³ Cf. artigo 46, *caput*, da Constituição Federal.

¹⁶⁴ Salvo para os militares da ativa.

No que tange à nacionalidade, embora os Senadores possam ser brasileiros naturalizados – e, excepcionalmente, até mesmo portugueses –, o Presidente do Senado deve ser brasileiro nato¹⁶⁵.

O Presidente do Senado é eleito pelos demais Senadores e, tal como o Presidente da Câmara, pode ser chamado a substituir o Presidente da República, o que explica a exigência constitucional da nacionalidade originária.

Nas hipóteses excepcionais dos incisos I e II do artigo 52 da Constituição, referentes ao processo de *impeachment*, o Senado é Presidido pelo Ministro-Presidente do Supremo Tribunal Federal. O Presidente do Senado participa, portanto, das discussões e das votações como os demais Senadores, sem, todavia, conduzir os trabalhos, a cargo do Ministro-Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Quanto à composição do Senado, cada Estado-membro e o Distrito Federal são representados por três Senadores¹⁶⁶. O número é fixo porque os Senadores não representam o povo de Estado-membro nem do Distrito Federal, mas, sim, aquelas unidades federativas propriamente ditas¹⁶⁷.

No que tange à duração do mandato, o Senador exerce duas legislaturas. O mandato senatorial, portanto, é de oito anos, *ex vi* do artigo 46, § 1º, da Constituição Federal.

Há a parcial renovação dos membros do Senado a cada quatro anos, de um e de dois terços, alternadamente¹⁶⁸.

No pleito de 2006, por exemplo, cada Estado-membro e o Distrito Federal elegeram um Senador, para o mandato de oito anos. Já em 2010 foram eleitos dois novos Senadores, para os oito anos subsequentes. Por conseguinte, no pleito de 2014, os Estados-membros e o Distrito Federal elegeram apenas um novo Senador, para representar cada unidade federativa. Em 2018 serão eleitos dois Senadores, tal como ocorreu em 2010. Assim, são eleitos a cada quatro anos um ou dois Senadores, alternadamente.

Cada chapa eleitoral é composta por um candidato a titular e dois candidatos a suplente: o primeiro suplente e o segundo suplente. Na eventualidade da eleição da chapa, os suplentes somente exercerão o mandato

¹⁶⁵ Cf. artigo 12, § 3º, inciso III, da Constituição brasileira.

¹⁶⁶ Cf. artigo 46, § 1º, da Constituição brasileira.

¹⁶⁷ Cf. artigo 46, § 2º, proêmio, da Constituição brasileira.

¹⁶⁸ Cf. artigo 46, §§ 1º e 2º, da Constituição brasileira.

em caso de falecimento, renúncia ou de algum impedimento do titular. Por exemplo, se o titular for investido no cargo de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado-membro, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de Capital de Estado-membro ou chefe de missão diplomática, o primeiro suplente é convocado para realizar a substituição. Vale ressaltar que a substituição é provisória, já que o titular não perde o mandato senatorial. Já nos casos de falecimento e de renúncia, há sucessão, razão pela qual o primeiro suplente passa a exercer de forma definitiva o mandato senatorial.

Tal como a Câmara dos Deputados, o Senado da República também tem competências específicas, as quais estão arroladas no artigo 52 da Constituição Federal. Nos casos previstos no artigo 52, portanto, o Senado atua de forma unicameral, como única Casa Legislativa competente. A recíproca é verdadeira, nas matérias de competência exclusiva da Câmara dos Deputados, vale dizer, nos casos arrolados no artigo 51 da Constituição Federal, quando os Deputados deliberam de forma unicameral. Nas hipóteses dos artigos 48 e 49, todavia, incide a regra consubstanciada na bicameralidade, com a discussão e a votação das matérias nas duas Casas Legislativas.

No que tange às votações no Senado, também incide a regra consagrada no artigo 47 da Constituição: as deliberações são tomadas pela maioria relativa ou simples, desde que presente a maioria absoluta dos Senadores. Em números, presente a maioria absoluta de 41 Senadores do total de 81 membros do Senado, basta que a maioria dos presentes vote no mesmo rumo.

Ao contrário do ensinamento corrente na doutrina, não há necessidade de pelo menos 21 votos no mesmo diapasão, para que se tenha a maioria relativa exigida no artigo 47 da Constituição. Por exemplo, presentes 41 Senadores, há o *quorum* constitutivo, o *quorum* de instalação dos trabalhos. Se 20 Senadores forem favoráveis ao objeto da deliberação, com 15 Senadores contrários e 6 abstenções, tem-se a maioria simples necessária para a aprovação da proposta apresentada. Não há, portanto, um número mínimo em relação à maioria simples, sempre dependente do número de Senadores presentes e efetivamente votantes.

Não obstante, a regra da maioria simples comporta exceções previstas na Constituição Federal, como bem revela o proêmio do artigo 47: “Salvo disposição constitucional em contrário”. Por exemplo, em julgamento do denominado “crime

de responsabilidade” previsto nos incisos I e II do artigo 52, a deliberação depende de *quorum* qualificado. De fato, só há condenação mediante a deliberação de dois terços dos Senadores¹⁶⁹. Assim, ao menos cinquenta e quatro Senadores precisam votar pela condenação, para que seja imposta. Outro exemplo: para ser aprovado no Senado, um projeto de lei complementar depende de votação favorável da maioria absoluta¹⁷⁰. Assim, ao menos quarenta e um Senadores precisam votar em prol do projeto de lei complementar, para que ocorra a aprovação.

Por oportuno, vale ressaltar que a regra da maioria simples prevista no artigo 47 da Constituição é aplicável não só ao Plenário, composto pelos 81 Senadores, mas também às comissões do Senado, salvo, como já ressaltado, “disposição constitucional em contrário”.

Tal como se dá na Câmara dos Deputados, também há no Senado um órgão colegiado de direção dos trabalhos: a Mesa Diretora do Senado, constituída por um Presidente, dois Vice-Presidentes e quatro Secretários¹⁷¹. Sempre que possível, a composição da Mesa Diretora deve refletir a proporção dos partidos políticos representados no Senado¹⁷².

Os membros da Mesa Diretora são eleitos dentre os Senadores, no primeiro ano da legislatura, para mandatos de dois anos¹⁷³.

Vale ressaltar que no primeiro ano de cada legislatura a sessão legislativa tem início no dia 1º de fevereiro, e não no dia 2 de fevereiro, como ocorre nas demais sessões legislativas¹⁷⁴.

Os Senadores eleitos para a Mesa Diretora não podem ocupar os mesmos cargos na eleição imediatamente subsequente, destinada aos dois últimos anos da mesma legislatura. O impedimento não subsiste, todavia, quando há o término de uma legislatura e o início de outra: nada impede, portanto, que o Senador que presidiu o Senado no último biênio de uma legislatura seja novamente Presidente no primeiro biênio da legislatura subsequente¹⁷⁵.

¹⁶⁹ Cf. artigo 52, parágrafo único, da Constituição Federal.

¹⁷⁰ Cf. artigo 69 da Constituição Federal.

¹⁷¹ Cf. artigo 46 do Regimento Interno do Senado.

¹⁷² Cf. artigo 58, § 1º, da Constituição Federal, e artigo 59, § 1º, do Regimento Interno do Senado.

¹⁷³ Cf. artigo 57, § 4º, da Constituição Federal, e artigo 59 do Regimento Interno do Senado.

¹⁷⁴ Cf. artigo 57, *caput* e § 4º, da Constituição Federal.

¹⁷⁵ De acordo: cf. Parecer nº 555, de 1998, aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado.

Por fim, no que tange a outros cargos da Mesa, não há óbice algum, nem mesmo para a eleição imediatamente subsequente, na mesma legislatura, porquanto a vedação contida no § 4º do artigo 57 diz respeito apenas ao “mesmo cargo”.

9.4.6. IMUNIDADES PARLAMENTARES

Para garantir o pleno exercício do mandato eletivo, com total independência por parte de Deputados e Senadores, a Constituição Federal consagra imunidades materiais e imunidades processuais.

9.4.6.1. IMUNIDADE MATERIAL OU INVIOABILIDADE

A imunidade material ou inviolabilidade consiste na impossibilidade jurídica de o parlamentar ser responsabilizado civil e penalmente pelas palavras, opiniões e votos manifestados no exercício do mandato, ainda que em prejuízo de terceiros, em todo o território nacional.

De fato, eventuais manifestações veiculadas por Deputados e Senadores sem pertinência com o mandato parlamentar, como as realizadas no âmbito da vida privada, em assuntos particulares, ensejam responsabilização cível e criminal¹⁷⁶.

Ademais, a imunidade material ou inviolabilidade também não impede a responsabilização político-administrativa dos Congressistas, os quais podem a processo administrativo-disciplinar perante o Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da respectiva Casa Legislativa, com a possibilidade até mesmo da perda do mandato eletivo, como ocorreu com os ex-Senadores Delcídio do Amaral, Demóstenes Torres e Luís Estêvão, e com os ex-Deputados André Vargas, Eduardo Cunha e Natan Donadon, por exemplo.

9.4.6.2. IMUNIDADES PROCESSUAIS OU FORMAIS

No que tange às imunidades processuais ou formais, são garantias processuais conferidas em prol dos Deputados e Senadores, a fim de proteger

¹⁷⁶ Assim, na jurisprudência: “I. Imunidade parlamentar material: extensão. 1. Malgrado a inviolabilidade alcance hoje ‘quaisquer opiniões, palavras e votos’ do congressista, ainda quando proferidas fora do exercício formal do mandato, não cobre as ofensas que, pelo conteúdo e o contexto em que perpetradas, sejam de todo alheias à condição de Deputado ou Senador do agente (Inq 1710, Sanches; Inq 1344, Pertence).” (INQ 1.905/DF, Pleno do STF, Diário da Justiça de 21 de maio de 2004, p. 33, sem o grifo no original).

o Congresso e os respectivos integrantes diante de possíveis processos movidos em face dos parlamentares, porquanto, como já ressaltado, há casos nos quais os Congressistas podem ser acionados e, portanto, são beneficiários das imunidades formais.

9.4.6.2.1. FORO ESPECIAL

A primeira imunidade processual reside no foro especial que gozam os Deputados e Senadores. Estão sujeitos, tão logo ocorra a expedição do diploma eleitoral, a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, na eventualidade de infração penal comum pretérita ou cometida no curso do mandato¹⁷⁷. O foro especial, todavia, não alcança os processos cíveis movidos em face dos congressistas, nos casos que refogem à imunidade material consagrada no *caput* do artigo 53 da Constituição Federal.

De volta à imunidade processual consubstanciada no foro especial em caso de infração penal comum, é preciso saber se a competência do Supremo Tribunal Federal subsiste com o término do mandato, seja pela renúncia, seja pelo decurso do tempo. A primeira orientação firmada pelos Ministros da Suprema Corte foi consolidada na Súmula nº 394, com subsistência da competência até mesmo depois do término do mandato eletivo. Com o advento da Constituição de 1988, todavia, os Ministros cancelaram a Súmula nº 394 e decidiram que não subsiste a competência do Supremo Tribunal após o encerramento do mandato do Deputado ou Senador, por qualquer motivo, até mesmo em decorrência de renúncia. O processo penal deve baixar, portanto, rumo à primeira instância, como ocorre com qualquer processo movido em face das pessoas em geral.

9.4.6.2.2. IMPOSSIBILIDADE DE PRISÃO, SALVO EM FLAGRANTE DE CRIME INAFIANÇÁVEL

A segunda imunidade processual diz respeito à impossibilidade de prisão dos congressistas, salvo em flagrante de crime inafiançável: racismo, tortura, crime hediondo, tráfico de entorpecentes, terrorismo e atentado à ordem constitucional e ao estado democrático¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Cf. artigos 53, § 1º, e 102, inciso I, letra “b”, da Constituição brasileira.

¹⁷⁸ Cf. artigo 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, da Constituição brasileira.

À evidência, crime hediondo é espécie de crime inafiançável. Todo crime hediondo, portanto, é crime inafiançável. Por exemplo, são crimes hediondos – e, por consequência, crimes inafiançáveis: o genocídio, o homicídio doloso qualificado; o latrocínio; o estupro; a epidemia com resultado morte; a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; o favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável.

Na eventualidade de prisão em flagrante por crime inafiançável, os autos correspondentes devem ser remetidos à Casa Legislativa do Congressista preso, dentro do prazo de vinte e quatro horas, a fim de que ocorra a deliberação na Câmara ou no Senado em relação à subsistência ou ao relaxamento da prisão.

Por fim, à vista do § 2º artigo 53 da Constituição vigente, com a redação conferida por força da Emenda Constitucional nº 35, de 2001, a deliberação acerca de prisão de Congressista é tomada em votação aberta, e não mais secreta, e pela maioria absoluta dos membros da respectiva Casa Legislativa¹⁷⁹.

9.4.6.2.3. POSSIBILIDADE DE SUSTAÇÃO DO PROCESSO PENAL

A terceira imunidade formal diz respeito à possibilidade de os parlamentares da Casa competente sustarem o andamento de processo penal movido contra Deputado ou Senador, após o recebimento da denúncia ou da queixa-crime no Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, recebida a denúncia ou a queixa-crime contra Deputado ou Senador, o Ministro-Presidente da Corte Suprema deve ordenar a expedição de ofício endereçado à Presidência da Casa Legislativa do Congressista processado.

À vista do ofício, os parlamentares da respectiva Casa poderão sustar o processo, mediante deliberação da maioria absoluta. Sustado o processo, a prescrição também fica suspensa, enquanto durar o mandato eletivo do parlamentar processado¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, a expressão constitucional “maioria de seus membros” significa maioria dos membros da respectiva Casa Legislativa, vale dizer, maioria absoluta.

¹⁸⁰ Cf. artigo 53, §§ 3º, 4º e 5º, da Constituição.

Vale ressaltar que a atual redação do artigo 53 aboliu a antiga necessidade de licença prévia para o processamento de Congressista perante o Supremo Tribunal Federal. Em virtude da Emenda Constitucional nº 35, de 2001, portanto, os Ministros da Corte Suprema têm competência para receber tanto denúncia quanto queixa-crime contra Congressista, sem necessidade de prévia autorização da respectiva Casa Legislativa. Na eventualidade de instauração de processo penal, dá-se apenas ciência à Câmara ou ao Senado, a fim de que os parlamentares possam deliberar sobre a sustação ou o prosseguimento do processo, em razão de pedido de partido político com representação na respectiva Casa¹⁸¹.

Se não ocorrer sustação do processo e o Congressista sofrer condenação criminal definitiva no Supremo Tribunal Federal, com o decurso de todos os prazos recursais disponíveis no âmbito da Corte Suprema, a perda do mandato parlamentar depende de decisão da maioria absoluta dos Congressistas integrantes da Casa Legislativa do condenado, em procedimento instaurado por provocação da Mesa Diretora da respectiva Casa ou de algum partido político com representação no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa ao condenado.

Por fim, em virtude do advento da Emenda Constitucional nº 76, de 2013, a votação na Casa Legislativa do parlamentar condenado não é mais secreta, como constava do texto original da Constituição de 1988. É o que se infere da atual redação do § 2º do artigo 55 da Constituição Federal, com a exclusão da primitiva expressão “por voto secreto”¹⁸².

¹⁸¹ Cf. artigo 53, §§ 3º, 4º e 5º, da Constituição brasileira.

¹⁸² Eis o inteiro teor da disposição constitucional vigente: “§ 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa”.

9.5. O PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO

9.5.1. PODER JUDICIÁRIO

9.5.1.1. PODER JUDICIÁRIO: CONCEITO E FUNÇÕES

O Poder Judiciário é o órgão estatal cuja função precípua é a resolução dos conflitos de interesses existentes entre as pessoas em geral, naturais e jurídicas, incluídos os litígios que envolvem as unidades federativas que integram o Estado brasileiro, tanto entre si quanto com os particulares.

A resolução dos litígios no Poder Judiciário ocorre por meio de processo, com a posterior formação de coisa julgada, quando o comando da respectiva decisão judicial passa a ser imutável e indiscutível, por força do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, do artigo 502 do Código de Processo Civil e do artigo 6º, § 3º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Com efeito, a solução dos conflitos de interesses ocorre mediante a instauração de processo, no qual o juiz aplica as normas jurídicas adequadas ao caso concreto e resolve o litígio com definitividade¹⁸³. Eis, em linhas gerais, o escopo da função jurisdicional, típica do Poder Judiciário.

Além da função precípua, o Poder Judiciário também exerce outras atribuições, denominadas “atípicas”. Algumas delas têm cunho administrativo, como as previstas nos artigos 93, inciso X, e 96, inciso I, alíneas “b”, “c”, “d”, “e” e “f”, da Constituição Federal. Outras são de índole legislativa, como a elaboração de regimento interno nos tribunais judiciários em geral¹⁸⁴ e a aprovação de súmula vinculante no Supremo Tribunal Federal¹⁸⁵.

Em síntese, a designação dos órgãos estatais é extraída à luz da função predominante em cada um deles. Quanto ao Poder Judiciário, a função típica é a jurisdicional, sem prejuízo de funções administrativa e legislativa, as quais são exercidas de forma secundária.

¹⁸³ Vale dizer, com produção de coisa julgada, dotada de indiscutibilidade e de imutabilidade, após o decurso dos prazos recursais previstos na legislação. É certo, entretanto, que há possibilidade de novo julgamento em hipóteses excepcionalíssimas, por meio dos processos de ação rescisória (artigo 485 do Código de Processo Civil) e de revisão criminal (artigo 621 do Código de Processo Penal), cujas decisões também são alcançadas pela coisa julgada.

¹⁸⁴ Cf. artigo 96, inciso I, letra “a”, da Constituição Federal.

¹⁸⁵ Cf. artigo 103-A da Constituição Federal.

9.5.1.2. PODER JUDICIÁRIO: INGRESSO, ASCENSÃO E ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA

Ao contrário dos Poderes Executivo e Legislativo, o ingresso no Poder Judiciário brasileiro não ocorre por meio de eleições¹⁸⁶.

Em regra, o ingresso no Poder Judiciário se dá mediante aprovação em concurso público de provas e títulos, para o cargo de juiz substituto¹⁸⁷⁻¹⁸⁸.

De fato, à vista do artigo 93, inciso I, da Constituição Federal, após a aprovação em concurso público de provas e títulos, o bacharel em Direito toma posse como juiz substituto e passa a exercer a jurisdição em foro de primeira entrância¹⁸⁹.

Foro é o território no qual o juiz exerce a jurisdição. O foro pode coincidir com a circunscrição de um município. Nada impede, entretanto, que o foro seja equivalente à soma das circunscrições de dois ou mais municípios¹⁹⁰. Tudo depende da divisão territorial estabelecida nas leis de organização judiciária¹⁹¹.

A despeito da origem comum, já que ambos são provenientes do latim *forum*, os termos “foro” e “fórum” têm significados distintos na linguagem jurídica: fórum é o edifício que corporifica a sede do foro, vale dizer, da comarca, da circunscrição judiciária ou da seção judiciária, conforme a Justiça¹⁹². Por conseguinte, aprovado no concurso público e empossado, o juiz substituto passa a exercer a jurisdição em comarca, circunscrição judiciária ou seção judiciária de primeira entrância¹⁹³.

Os termos “entrância” e “instância” também não são sinônimos. Instância equivale a grau de jurisdição. Daí as expressões “juízo de primeira instância” e “tribunal de segunda instância”, tendo em vista a terminologia empregada nos artigos 102, incisos II, alínea “a”, e III, e 105, incisos II, alínea “a”, “b” e “c”, e III, da Constituição Federal. Entrância, todavia, é a classificação administrativo-

¹⁸⁶ Só há eleições internas, para Presidentes, Vice-Presidentes e Corregedores nos diversos tribunais judiciários, mas apenas os magistrados têm direito de voto.

¹⁸⁷ Cf. artigo 93, inciso I, da Constituição Federal.

¹⁸⁸ As exceções estão previstas, por exemplo, nos artigos 94, 101, 104, parágrafo único, inciso II, 111-A, inciso II, 115, inciso II, da Constituição Federal.

¹⁸⁹ Ou entrância inicial.

¹⁹⁰ Por exemplo, o foro de Viçosa alcança as circunscrições dos Municípios de Viçosa, Coimbra, Paula Cândido, Canaã, Cajuri e São Miguel do Anta.

¹⁹¹ Por exemplo, a Lei Complementar estadual n. 59, de 2001, dispõe sobre “a organização e a divisão judiciárias do Estado de Minas Gerais”. Outro exemplo: a Lei federal n. 11.697, de 2008, versa sobre “a organização judiciária do Distrito Federal e dos Territórios”.

¹⁹² Com efeito, na Justiça estadual, o foro é denominado “comarca”; já na Justiça distrital, o foro é denominado “circunscrição judiciária”; e na Justiça federal, o foro é denominado “seção judiciária”.

¹⁹³ Ou entrância inicial, conforme o disposto na lei de organização judiciária de regência

judiciária dos foros. Por conseguinte, os juízes de primeira instância¹⁹⁴ podem exercer a jurisdição em foros¹⁹⁵ de primeira entrância¹⁹⁶, de segunda entrância¹⁹⁷ e de entrância especial¹⁹⁸, conforme a organização judiciária e a terminologia empregada nas leis de organização judiciária.

Cada foro pode ter um ou mais juízos ou varas, com igual competência ou competências distintas, conforme o disposto em cada lei de organização judiciária. Por exemplo, no foro de Belo Horizonte há muitos juízos ou varas, com diferentes competências: varas cíveis, varas criminais, varas de família, varas de falências, varas de registros públicos, vara da infância e da juventude.

Expostas a forma de ingresso e a organização judiciária, passa-se ao estudo do inciso II do artigo 93 da Constituição Federal, preceito de regência da promoção dos juízes de primeiro grau.

À vista do inciso II do artigo 93 da Constituição, os juízes de primeiro grau são promovidos de entrância para entrância, em virtude da antiguidade e do merecimento, com a alternância dos dois critérios de promoção.

O critério da antiguidade leva em consideração apenas o tempo de magistratura do juiz de primeiro grau na respectiva entrância: primeira, segunda e especial¹⁹⁹. Promove-se, por consequência, o juiz mais antigo na entrância, dentre os inscritos que desejarem a promoção. Em respeito à garantia da inamovibilidade, consagrada no artigo 95, inciso II, da Constituição Federal, a promoção não pode ocorrer contra a vontade do juiz²⁰⁰. Nada impede, portanto, que um juiz pode exerça a jurisdição no mesmo foro por dez, vinte, trinta anos, se assim desejar, ressalvadas a aposentadoria compulsória aos setenta e cinco anos de idade e as hipóteses excepcionais constantes dos artigos 40, § 1º, inciso II, 93, incisos VI e VIII, e 95, inciso II, *in fine*, todos da Constituição Federal.

Já a promoção por merecimento se dá à vista de outros aspectos, além da antiguidade²⁰¹. Também são considerados o desempenho, a produtividade e

¹⁹⁴ Melhor dito, de primeiro grau de jurisdição.

¹⁹⁵ Vale dizer, comarcas, circunscrições e seções judiciárias, conforme a Justiça.

¹⁹⁶ Isto é, entrância inicial.

¹⁹⁷ Vale dizer, entrância intermediária.

¹⁹⁸ Isto é, entrância final.

¹⁹⁹ Ou entrância inicial, intermediária e final, conforme a lei de organização judiciária de regência.

²⁰⁰ Ressalvado o excepcional caso de remoção compulsória "por interesse público", nos termos do artigo 93, inciso VIII, da Constituição Federal.

²⁰¹ A qual também é exigida, por força do artigo 93, inciso II, alínea "b", da Constituição Federal.

a presteza no exercício da jurisdição, a aprovação em cursos oficiais de aperfeiçoamento, nos termos do artigo 93, inciso II, alínea “c”, da Constituição.

Os mesmos critérios da antiguidade e do merecimento norteiam o acesso dos juízes rumo aos tribunais de segundo grau de jurisdição, também de forma alternada, tendo em vista a antiguidade e o merecimento daqueles na última entrância da primeira instância. Empossados nos tribunais de segundo grau, os juízes passam a ser denominados “Desembargadores”²⁰².

Além da promoção dos juízes da última entrância de primeira instância, também há possibilidade de ingresso nos quadros do Poder Judiciário diretamente nos tribunais de segundo grau, em razão do denominado “Quinto Constitucional”, previsto no artigo 94 da Constituição Federal.

O “Quinto Constitucional” consiste no ingresso de advogados e de promotores e procuradores do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira profissional, notório saber jurídico, diretamente nos Tribunais de Justiça dos Estados-membros e do Distrito Federal, nos Tribunais Regionais Federais e nos Tribunais Regionais do Trabalho, por força dos artigos 94 e 115, inciso I, da Constituição Federal.

À vista do artigo 94 da Constituição, os desembargadores provenientes da advocacia e do Ministério Público são eleitos pelas respectivas classes, com a elaboração de lista sêxtupla na Ordem dos Advogados do Brasil e no Ministério Público, conforme a origem da vaga disponível no tribunal. Recebida a lista sêxtupla, os desembargadores do respectivo tribunal elegem três dos seis candidatos, para integrarem a lista tríplice, a ser enviada ao chefe do Poder Executivo da União ou do Estado-membro, conforme o tribunal, para nomeação de um dos advogados ou dos promotores e procuradores do Ministério Público, conforme a origem da vaga.

A regra prevista no artigo 94 da Constituição Federal também é aplicável ao Tribunal Superior do Trabalho, em virtude do inciso I do artigo 111-A. Com efeito, também há o ingresso direto no Tribunal Superior do Trabalho tanto de advogados quanto de procuradores do Ministério Público do Trabalho.

²⁰² “§ 2º O título de Desembargador é privativo dos magistrados componentes do Tribunal de Justiça, e o de Juiz, privativo dos demais membros do Poder Judiciário.” (Artigo 90, § 2º, da Lei Complementar mineira n. 59, de 2001).

No Superior Tribunal de Justiça, entretanto, ao invés um quinto, há um terço das vagas para ministros provenientes da advocacia e do Ministério Público, tendo em vista o disposto no artigo 104, parágrafo único, inciso II, da Constituição Federal.

Quanto ao Tribunal Superior Eleitoral e aos Tribunais Regionais Eleitorais dos Estados-membros e do Distrito Federal, todos compostos por sete magistrados, dois deles são provenientes da classe dos advogados, razão pela qual também não incide a regra estampada no artigo 94 da Constituição Federal.

Por fim, no que tange ao Supremo Tribunal Federal, não incide a regra do “Quinto Constitucional”, consagrada no artigo 94, nem a exceção do terço, prevista no artigo 104, parágrafo único, inciso II, referente ao Superior Tribunal de Justiça. De fato, observados os requisitos previstos no artigo 101 da Constituição Federal, o Presidente da República tem ampla liberdade na escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, embora sejam indicados com frequência advogados, promotores e procuradores do Ministério Público.

9.5.1.3. GARANTIAS E VEDAÇÕES AOS MAGISTRADOS: JUÍZES, DESEMBARGADORES E MINISTROS

Ao consagrar o princípio do juiz natural nos incisos XXXVII e LIII do artigo 5º da Constituição brasileira, os constituintes de 1987 e 1988 revelaram a preocupação com a prestação jurisdicional por intermédio de magistrados independentes e imparciais.

Para garantir as necessárias independência e imparcialidade dos magistrados, os constituintes conferiram autonomia administrativa e financeira ao Poder Judiciário, consubstanciada na elaboração de propostas orçamentárias, à vista do artigo 99 da Constituição, até mesmo para garantir a irredutibilidade dos subsídios.

Com efeito, a irredutibilidade de subsídio dos magistrados é garantia prevista no inciso III do artigo 95 da Constituição. Trata-se de garantia indispensável para a preservação da independência e da imparcialidade dos julgadores, em virtude da concessão de subsistência digna aos magistrados e às respectivas famílias, até mesmo para afastar eventuais pressões das partes com maior poder econômico.

Não obstante, a garantia da irredutibilidade de subsídio não é absoluta, tendo em vista as exceções previstas ao final do inciso III do artigo 95 da Constituição, *in verbis*: “III – irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III e 153, § 2º, I”. De fato, não é admissível a irredutibilidade de subsídio de forma individual, para atingir algum magistrado isoladamente. É possível, entretanto, a irredutibilidade de subsídio proveniente de lei geral e abstrata, destinada a todas as pessoas, como, por exemplo, uma lei federal que implique majoração da alíquota do imposto de renda das pessoas físicas, com a conseqüente retenção na fonte e diminuição dos valores líquidos recebidos pelos magistrados em geral. Daí a conclusão: a garantia da irredutibilidade de subsídio é regra passível de exceção.

Sob outro prisma, para proteger os magistrados de eventuais pressões políticas, há a garantia da inamovibilidade, à vista da qual os juízes, desembargadores e ministros não podem ser removidos, afastados ou promovidos das respectivas varas e tribunais sem prévia anuência. É a garantia prevista no artigo 95, inciso II, da Constituição Federal, cuja regra só sofre exceção proveniente de motivo de interesse público, mas sempre com a observância do disposto no artigo 93, inciso VIII, da Constituição. Sem dúvida, a regra é a inamovibilidade dos magistrados. Não obstante, é possível a remoção, a disponibilidade e até mesmo a aposentadoria compulsória de magistrado “por motivo de interesse público”, após deliberação da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, em processo judicial ou procedimento administrativo, assegurada ampla defesa ao acusado em ambas as hipóteses.

Ainda para proteger os magistrados de eventuais pressões políticas, há a garantia da vitaliciedade, a qual impede a aposentadoria compulsória, ressalvadas as hipóteses de aposentadoria por implemento de idade e “por motivo de interesse público”²⁰³. A regra da garantia da vitaliciedade está prevista no proêmio do inciso I do artigo 95 da Constituição Federal, mas com exceções: há possibilidade de aposentadoria compulsória de magistrado por força de decisão penal condenatória transitada em julgado ou de decisão proferida em

²⁰³ Cf. artigos 93, inciso VIII, e 95, inciso I, *in fine*, ambos da Constituição Federal.

procedimento administrativo-disciplinar no respectivo tribunal ou no Conselho Nacional de Justiça, por maioria absoluta de votos.

Ainda em relação à garantia da vitaliciedade, vale ressaltar que tanto os desembargadores dos tribunais de segundo grau quanto os ministros dos tribunais superiores têm direito à vitaliciedade desde logo, no ato da posse. Já os juízes de primeiro grau de jurisdição só alcançam a garantia da vitaliciedade após dois anos de exercício da judicatura.

Além das garantias constitucionais, também há vedações destinadas à preservação da independência e da imparcialidade dos magistrados. Para evitar, tanto quanto possível, a ocorrência de pressões políticas e econômicas, os magistrados estão impedidos de exercer atividade político-partidária, de receber, a qualquer título ou pretexto, custas, honorários e qualquer tipo de participação em processos, auxílios e contribuições de pessoas físicas e jurídicas, públicas ou privadas, tudo nos termos do artigo 95, parágrafo único, incisos II, III e IV, da Constituição Federal. Por óbvio, os magistrados também não podem exercer a advocacia, nem mesmo em causa própria nem de forma graciosa, em favor de terceiros.

Ainda para preservar a independência e a imparcialidade dos magistrados que exercem a judicatura, os juízes, desembargadores e ministros aposentados ou exonerados não podem exercer a advocacia no juízo ou no tribunal no qual se deu a aposentadoria ou exoneração, nos três anos subsequentes, em virtude da proibição estampada no inciso V do parágrafo único do artigo 95 da Constituição Federal. É a denominada “Quarentena”, indispensável para assegurar o livre e isento exercício da judicatura em prol dos magistrados em atividade.

Por fim, os magistrados não podem exercer nenhum outro cargo ou função, exceto o magistério, a fim de que não ocorra protelação no processamento das causas e na prolação das decisões e sentenças. É a vedação relativa constante no inciso I do parágrafo único do artigo 95 da Constituição Federal, em perfeita harmonia com o inciso LXXXVIII do artigo 5º. Daí a proibição constitucional: ainda que em disponibilidade, os magistrados não podem exercer outro cargo ou função, salvo o magistério.

9.5.2. PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO: ÓRGÃOS

Os órgãos do Poder Judiciário da União estão arrolados no artigo 92 da Constituição Federal:

- Supremo Tribunal Federal²⁰⁴;
- Conselho Nacional de Justiça²⁰⁵;
- Superior Tribunal de Justiça²⁰⁶;
- Tribunais Regionais Federais, Juízes Federais²⁰⁷, Júri Federal e Juizados Especiais Federais²⁰⁸;
- Tribunal Superior do Trabalho, Tribunais Regionais do Trabalho e Juízes do Trabalho²⁰⁹;
- Tribunal Superior Eleitoral, Tribunais Regionais Eleitorais e Juízes Eleitorais²¹⁰;
- Superior Tribunal Militar, Conselhos de Justiça Militar e Juízes Militares²¹¹;
- Tribunal de Justiça, Juízes de Direito, Júris e Juizados Especiais do Distrito Federal²¹².

Além dos órgãos do Poder Judiciário da União, há também os órgãos judiciários dos Estados-membros, quais sejam:

- Tribunais de Justiça²¹³, Juízes de Direito, Júris e Juizados Especiais;
- Tribunais de Justiça Militar, Conselhos de Justiça Militar e Juízes Militares²¹⁴;
- Juízes de Paz²¹⁵.

²⁰⁴ Cf. artigos 101 e 102 da Constituição Federal.

²⁰⁵ Cf. artigo 103-B da Constituição Federal.

²⁰⁶ Cf. artigos 104 e 105 da Constituição Federal.

²⁰⁷ Cf. artigos 106 a 109 da Constituição Federal.

²⁰⁸ Cf. artigo 98, inciso I, da Constituição Federal.

²⁰⁹ Cf. artigos 111 a 116 da Constituição Federal.

²¹⁰ Cf. artigos 118 a 121 da Constituição Federal.

²¹¹ Cf. artigos 122, 123 e 124 da Constituição Federal, com o reforço do artigo 1º da Lei nº 8.457, de 1992.

²¹² O Distrito Federal é dotado de Poder Executivo e de Poder Legislativo próprios. Quanto ao Poder Judiciário, entretanto, é exercido por órgãos judiciários da União. Daí a conclusão: o denominado "Poder Judiciário do Distrito Federal" é verdadeiro órgão judiciário da União, conforme revelam os artigos 21, inciso XIII, e 22, inciso XVII, da Constituição Federal.

²¹³ Cujos integrantes são denominados "Desembargadores".

²¹⁴ Cf. artigo 125, § 3º, da Constituição Federal.

²¹⁵ Cf. artigo 98, inciso II, da Constituição Federal. A rigor, os Juízes de Paz não exercem atividade jurisdicional. Na verdade, os Juízes de Paz celebram casamentos após a verificação e o reconhecimento da regularidade da documentação no denominado "o processo de habilitação", nos termos dos artigos 1.525 a 1.532 do Código Civil brasileiro.

Ao contrário dos Estados-membros, os Municípios não são dotados de Poder Judiciário próprio. Não há, portanto, “juízes municipais” no atual Direito brasileiro. É certo que já existiram em passado remoto, como revela o artigo 2º, número 1, do Código Comercial de 1850. Hoje, entretanto, os processos que envolvem os Municípios são julgados pelos Juízes de Direito dos Estados-membros – ou por Juízes Federais, em hipóteses excepcionais previstas na Constituição Federal²¹⁶.

No que tange à denominada “Justiça da Infância e da Juventude”, é simples juízo especializado que pode existir no Poder Judiciário dos Estados-membros e do Distrito Federal. É o que se infere do disposto no artigo 145 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*: “Art. 145. Os estados e o Distrito Federal poderão criar varas especializadas e exclusivas da infância e da juventude, cabendo ao Poder Judiciário estabelecer sua proporcionalidade por número de habitantes, dotá-las de infraestrutura e dispor sobre o atendimento, inclusive em plantões”.

Sem dúvida, a chamada “Justiça da Infância e da Juventude” não é um órgão judiciário autônomo, já que integra a organização judiciária dos Estados-membros e do Distrito Federal. Trata-se, à evidência, de simples vara especializada, presidida por Juiz de Direito, como todas as demais varas – cíveis, criminais, de família, de falência – que integram as estruturas judiciárias dos Estados-membros e do Distrito Federal²¹⁷.

Quanto aos Tribunais de Contas da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, não são órgãos do Poder Judiciário. Na verdade, os Tribunais de Contas são órgãos auxiliares do Poder Legislativo. Daí por que constam dos artigos 71, 72, 73, 74 e 75 da Constituição Federal, em capítulo destinado ao Poder Legislativo²¹⁸. Ademais, os atos provenientes dos Tribunais de Contas têm natureza administrativa, e não jurisdicional, porquanto não produzem coisa julgada material. Sob ambos os prismas, os Tribunais de Contas não integram o Poder Judiciário.

²¹⁶ Cf. artigo 109, inciso II.

²¹⁷ Vale lembrar que os órgãos judiciários do Distrito Federal integram o Poder Judiciário da União. O Distrito Federal é dotado de Poder Executivo e de Poder Legislativo próprios, mas não de Poder Judiciário, cujos órgãos são da União.

²¹⁸ Cf. Capítulo I do Título IV da Constituição Federal.

Os órgãos da denominada “Justiça Desportiva” também não integram o Poder Judiciário. É o que se infere do disposto no § 1º do artigo 217 da Constituição Federal. Sem dúvida, os denominados “Tribunais” e as Comissões disciplinares da “Justiça Desportiva” não integram o Poder Judiciário. Também não são órgãos do Poder Executivo, muito menos do Poder Legislativo. Na verdade, a “Justiça Desportiva” é exercida por pessoas jurídicas de direito privado, como a Confederação Brasileira de Futebol – CBF, associação constituída nos termos do Código Civil²¹⁹. É certo, todavia, que esgotadas as instâncias da “Justiça Desportiva”, a respectiva “decisão final” pode ser impugnada perante o Poder Judiciário, mediante o acionamento de processo específico, com fundamento nos §§ 1º e 2º do artigo 217 da Constituição²²⁰.

O Ministério Público da União também não integra o Poder Judiciário. Na verdade, o Ministério Público da União, chefiado pelo Procurador-Geral da República, integra o Ministério Público, “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, nos termos do artigo 127 da Constituição Federal. O Ministério Público da União, portanto, integra o Ministério Público (do Estado brasileiro), que é uma instituição pública autônoma com as altas atribuições de zelar pelo cumprimento das leis e defender a sociedade e o Estado Democrático de Direito, com independência e sem nenhum vínculo nem subordinação aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Como ressaltado, o “Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução”, tudo nos termos do § 1º do artigo 127 da Constituição Federal. Não obstante, o § 2º estabelece que é admissível a destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, precedida de autorização da maioria absoluta do Senado.

²¹⁹ “Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.”

²²⁰ “§ 1º - O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei. § 2º - A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.”

Expostos os aspectos gerais referentes aos órgãos judiciários – e também em relação aos institutos afins que não integram o Poder Judiciário –, é conveniente estudar cada um daqueles, de forma específica.

9.5.3. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

9.5.3.1. CONCEITO

O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário da União e do Estado brasileiro: está acima de todos os órgãos judiciários, até mesmo do Conselho Nacional de Justiça e dos denominados “Tribunais Superiores”. Tanto que cabe recurso das decisões proferidas nos “Tribunais Superiores” para o Supremo Tribunal Federal, com fundamento no artigo 102, inciso II, alínea “a”, e inciso III, da Constituição. O Supremo Tribunal Federal, portanto, está no cume da pirâmide judiciária brasileira, acima de todos os juízes, conselhos e tribunais, até mesmo dos denominados “Tribunais Superiores”²²¹.

9.5.3.2. COMPOSIÇÃO

O Supremo Tribunal Federal é composto por “onze Ministros”, os quais são indicados e nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros natos²²², de notável saber jurídico, com reputação ilibada, no pleno gozo de direitos políticos, e com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade²²³.

Quanto ao alcance da expressão constitucional “notável saber jurídico”, há divergência doutrinária acerca da exigência de graduação em Direito. À vista do precedente de 1894, quando os Senadores denegaram a nomeação do Ministro Barata Ribeiro, a despeito dos títulos de doutor em ciências médicas e de professor catedrático de medicina, é lícito concluir que ao menos o bacharelado em Direito é necessário. Ademais, há que se ter algum critério objetivo na interpretação da cláusula constitucional “notável saber jurídico”.

Em virtude dos artigos 84, inciso XIV, e 101, parágrafo único, da Constituição Federal, a nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal

²²¹ Quais sejam: o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior Eleitoral, o Tribunal Superior do Trabalho e o Superior Tribunal Militar.

²²² Cf. artigo 12, § 3º, inciso IV, da Constituição Federal.

²²³ Cf. artigo 101, *caput*, da Constituição Federal.

depende de prévia aprovação no Senado. Para tanto, há necessidade de maioria absoluta em prol do indicado, razão pela qual a aprovação depende de pelo menos 41 votos favoráveis (dos 81 Senadores). Após a aprovação senatorial, há a nomeação pelo Presidente da República, com a posterior posse no Supremo Tribunal Federal.

Por fim, vale ressaltar que os Ministros do Supremo Tribunal Federal ocupam cargo vitalício, com o direito de permanência até a aposentadoria compulsória, aos setenta e cinco anos de idade. Não se confundem, portanto, com os Ministros de Estado, demissíveis *ad nutum* pelo Presidente da República.

9.5.3.3. JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA

Jurisdição é o poder de dizer o Direito aplicável às causas submetidas a julgamento por meio de processo ou de recurso²²⁴.

O Supremo Tribunal Federal exerce jurisdição sobre todo o território nacional²²⁵.

No que tange à sede do Supremo Tribunal Federal, tem lugar na Capital Federal²²⁶.

As competências do Supremo Tribunal Federal podem ser divididas em três classes, consoante o disposto nos incisos do artigo 102 da Constituição. O inciso I cuida da competência originária, quando o Supremo Tribunal Federal julga em única instância, com a prolação do primeiro e único julgamento no processo, como ocorre, por exemplo, em caso de “litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território”²²⁷. Outros exemplos são os processos originários instaurados em virtude de ação direta de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade. O acionamento da extradição também é importante exemplo de processo da competência originária do Supremo Tribunal Federal.

²²⁴ Vale ressaltar que os termos jurídicos “processo” e “recurso” não são sinônimos. O processo implica instauração da jurisdição pela vez primeira. Em outros termos, há a instauração de processo quando há o acionamento do Poder Judiciário, a fim de que um conflito de interesses seja solucionado em algum órgão judiciário. Já o recurso tem lugar após a prolação de decisão judicial em um processo, a fim de que ocorra o proferimento de nova decisão no mesmo órgão judiciário ou em tribunal de segundo grau, superior ou no Supremo Tribunal Federal.

²²⁵ Cf. artigo 92, § 2º, da Constituição Federal.

²²⁶ Cf. artigo 92, § 1º, da Constituição Federal.

²²⁷ Cf. artigo 102, inciso I, alínea “e”, da Constituição Federal.

Já o inciso II trata da competência recursal ordinária, quando o Supremo Tribunal Federal atua como verdadeira “Corte de segundo grau”, em razão da revisão de julgamentos de causas decididas originariamente em outros juízos ou tribunais, ainda que superiores.

Há, ainda, a competência recursal extraordinária, prevista no inciso III do artigo 102 da Constituição, quando o Supremo Tribunal Federal atua como “Corte de superposição” e realiza a revisão de questões constitucionais inseridas em julgamentos proferidos em causas e recursos decididos em um ou mais graus de jurisdição, em outros juízos ou tribunais, ainda que superiores. A principal diferença entre a competência recursal ordinária e a extraordinária reside na impossibilidade de os Ministros da Suprema Corte reexaminarem fatos e provas em grau de recurso extraordinário, conforme revela a Súmula nº 279: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. O óbice não é aplicável ao recurso ordinário, no qual o Supremo Tribunal Federal atua como “Corte de segundo grau”, com ampla possibilidade de reexame de fatos e provas.

Por fim, vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal profere julgamentos por intermédio dos respectivos Ministros e dos órgãos colegiados da Corte: o Plenário, composto por todos os onze Ministros que integram o Tribunal; e duas Turmas, compostas por cinco Ministros, com a exclusão do Ministro-Presidente do Tribunal de ambas. Daí a possibilidade da prolação tanto de decisões individuais por parte dos Ministros quanto de acórdãos no Plenário e nas Turmas, conforme a distribuição de competência extraída da Constituição Federal e do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Por exemplo, compete ao Plenário julgar os processos oriundos de ações diretas de inconstitucionalidade e de ações declaratórias de constitucionalidade, previstas no inciso I do artigo 102 da Constituição, porquanto o artigo 97 estabelece que a declaração da inconstitucionalidade depende de votação por parte da maioria absoluta dos membros do tribunal, formada quando se tem seis votos com igual conclusão.

9.5.3.4. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SÚMULA VINCULANTE

Além da competência jurisdicional propriamente dita, o Supremo Tribunal Federal é dotado de excepcional competência legiferante, para aprovar súmulas vinculantes, com fundamento no artigo 103-A da Constituição Federal.

Na verdade, as súmulas do Supremo Tribunal Federal podem ser classificadas em comuns e vinculantes²²⁸. As súmulas comuns ou ordinárias estão previstas no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal²²⁹, e servem apenas como orientação jurisprudencial, mero aconselhamento, razão pela qual é possível a prolação de decisão judicial contrária, tanto pelos juízes de primeiro grau quanto nos tribunais de segundo grau e superiores, tal como ocorre com todas as súmulas provenientes dos tribunais em geral, que são apenas persuasivas.

Já as súmulas vinculantes estão previstas no artigo 103-A da Constituição Federal e na Lei nº 11.417, de 2006, e são de observância obrigatória nos juízos e tribunais em geral, bem assim nos diversos órgãos administrativos, em todas as esferas: federal, estadual, distrital e municipal. Com efeito, o artigo 103-A conferiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para aprovar “súmula vinculante”, de observância obrigatória nos demais órgãos do Poder Judiciário e na Administração Pública direta e indireta. Tanto é de observância obrigatória, que o desrespeito à súmula vinculante autoriza o acionamento de reclamação constitucional endereçada ao Supremo Tribunal Federal, com fundamento nos artigos 102, inciso I, alínea “I”, e 103-A, § 3º, da Constituição Federal, e no artigo 7º da Lei nº 11.417, de 2006, a fim de preservar a autoridade da súmula. Trata-se, portanto, de verdadeira função legislativa, e não jurisdicional, porquanto predomina a natureza normativa da “súmula vinculante”, em razão da generalidade, da abstração e da obrigatoriedade.

Não obstante, as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal só têm validade e eficácia *erga omnes* quando aprovadas com a observância do procedimento previsto no artigo 103-A da Constituição Federal e na Lei nº 11.417, de 2006.

A propósito do procedimento, o artigo 103-A da Constituição e o artigo 2º da Lei nº 11.417 fixam as seguintes exigências: aprovação da proposta de

²²⁸. A propósito, vale conferir a seguinte notícia veiculada na página eletrônica oficial do STF no dia 30 de maio de 2007: “Com dez ministros no Plenário, o Supremo Tribunal Federal (STF) aprovou hoje (30) as três primeiras súmulas vinculantes da Corte. A partir da publicação de seus textos no Diário da Justiça, elas passarão a orientar as decisões das demais instâncias do Judiciário e dos órgãos da administração pública”. “O ministro Celso de Mello, por sua vez, ponderou sobre a diferença entre a ‘súmula comum’, que o Supremo edita comumente, e as súmulas vinculantes. Segundo ele, a primeira é uma ‘mera’ síntese de decisões da Corte sobre normas. Já as súmulas vinculantes são ‘uma norma de decisão’. Ou seja, elas têm poder normativo”.

²²⁹. Cf. artigos 7º, inciso VII, 102, §§ 1º e 2º, e 103.

súmula vinculante por dois terços do tribunal, correspondentes a oito votos, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional objeto da proposta, especificamente sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas causadoras de controvérsia atual nos órgãos do Poder Judiciário ou da Administração Pública.

Aprovada a súmula vinculante, o inteiro teor do enunciado deve ser publicado no Diário da Justiça eletrônico, no prazo de dez dias²³⁰. A súmula vinculante tem eficácia a partir da publicação, salvo se os Ministros do Supremo Tribunal Federal, quando da aprovação em sessão plenária, restringiram os efeitos vinculantes ou estabeleceram a eficácia a partir de outro momento, por dois terços dos votos, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de interesse público²³¹.

9.5.4. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O Conselho Nacional de Justiça foi instituído por meio da Emenda Constitucional nº 45, a qual acrescentou o inciso I-A ao artigo 92 e o artigo 103-B ao texto da Constituição Federal. Foi instalado no dia 14 de junho de 2005, conforme revela o artigo 1º do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça: “Art. 1º O Conselho Nacional de Justiça - CNJ, instalado no dia 14 de junho de 2005, órgão do Poder Judiciário com atuação em todo o território nacional, com sede em Brasília-DF, compõe-se de quinze membros, nos termos do art. 103-B da Constituição Federal”.

À vista do inciso I-A do artigo 92 da Constituição Federal e do artigo 1º do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça, é lícito afirmar que a natureza jurídica do órgão é judiciária, embora tenha composição híbrida, com a prevalência de membros do Poder Judiciário: nove dos quinze conselheiros são magistrados. De fato, à luz dos artigos 92, inciso I-A, e 103-B, da Constituição, o Conselho Nacional de Justiça é um órgão do Poder Judiciário.

²³⁰. Cf. artigo 2º, § 4º, da Lei n. 11.417, de 2006, combinado com o artigo 4º da Lei n. 11.419, de 2006.

²³¹. Cf. artigo 4º da Lei n. 11.417, de 2006.

Não obstante, o Conselho Nacional de Justiça não tem função jurisdicional, mas, sim, atribuições administrativas²³², normativas²³³ e correccionais, vale dizer, disciplinares²³⁴.

Os atos normativos e as decisões administrativas e disciplinares provenientes do Conselho Nacional de Justiça são passíveis de impugnação por meio de ação direta de inconstitucionalidade e de mandado de segurança de competência originária do Supremo Tribunal Federal, respectivamente²³⁵. Com efeito, os atos e as decisões do Conselho Nacional de Justiça estão sujeitos a controle perante o Supremo Tribunal Federal, na qualidade de órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Por fim, vale ressaltar que o Conselho Nacional de Justiça é “presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal”, com direito de voto²³⁶.

9.5.5. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

9.5.5.1. INSTITUIÇÃO E COMPETÊNCIA

O Superior Tribunal de Justiça foi instituído com o advento da Constituição de 1988. Instalado no dia 7 de abril de 1989, passou a ocupar posição de destaque na estrutura do Poder Judiciário da União e do Estado brasileiro, abaixo apenas do Supremo Tribunal Federal²³⁷.

Na verdade, os constituintes de 1987 e 1988 transferiram do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça a missão de zelar pela correta interpretação e uniformização da aplicação da legislação federal em geral, com destaque para os Códigos Civil, Penal, Tributário, de Processo Civil, de Processo Penal e do Consumidor. Para tanto, também foi instituído o recurso especial, que passou a ser a via processual adequada para submeter, à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, os erros de interpretação perpetrados nos Tribunais Regionais Federais e nos Tribunais de Justiça, assim como as divergências jurisprudenciais relativas à aplicação da legislação federal.

²³² Cf. artigo 103-B, § 4º, da Constituição Federal.

²³³ Cf. artigo 103-B, § 4º, inciso I, da Constituição Federal.

²³⁴ Cf. artigo 103-B, § 4º, incisos III e V, e § 5º, incisos I e II, da Constituição Federal.

²³⁵ Cf. artigo 102, inciso I, alínea “r”, da Constituição Federal.

²³⁶ Cf. artigo 119, inciso V, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça.

²³⁷ E ao lado do Tribunal Superior do Trabalho, do Tribunal Superior Eleitoral e do Superior Tribunal Militar, que são os denominados “Tribunais Superiores”.

À vista dos §§ 1º e 2º do artigo 92 da Constituição Federal, e do artigo 1º, *caput*, da Lei nº 7.746, de 1989, o Superior Tribunal de Justiça tem sede na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional, na qualidade de Corte de revisão da interpretação da legislação federal aplicada nos Tribunais Regionais Federais e nos Tribunais de Justiça dos Estados-membros e do Distrito Federal.

Além da competência para julgar recurso especial²³⁸, o Superior Tribunal de Justiça também é dotado de competências originária²³⁹ e recursal ordinária²⁴⁰, nas quais a Corte exerce o primeiro e o segundo grau de jurisdição, respectivamente. Em ambas as hipóteses, entretanto, findo o julgamento no Superior Tribunal de Justiça, cabe recurso para o Supremo Tribunal Federal, ordinário ou extraordinário, conforme o caso²⁴¹.

9.5.5.2. COMPOSIÇÃO

Apesar de o artigo 104 da Constituição Federal estabelecer que “o Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros”, a composição da Corte jamais ultrapassou o número mínimo fixado na Constituição de 1988. De fato, tanto o artigo 1º, *caput*, da Lei nº 7.746, de 1989, quanto o artigo 1º do Regimento Interno dispõem que o Superior Tribunal de Justiça é composto por trinta e três ministros.

Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça são escolhidos dentre profissionais de diferentes classes jurídicas, consoante o disposto nos incisos I e II do artigo 104 da Constituição Federal, e nos incisos I e II do artigo 1º da Lei nº 7.746, de 1989: um terço dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça provém dos Desembargadores dos Tribunais Regionais Federais; outro terço, dos Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados-membros e do Distrito Federal; e o terço final é destinado a advogados e a promotores e procuradores do Ministério Público.

A indicação dos ministros é realizada pelo Presidente da República, dentre brasileiros natos ou naturalizados, de notório saber jurídico e reputação ilibada, com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade,

²³⁸ Cf. artigo 105, inciso III, da Constituição Federal.

²³⁹ Cf. artigo 105, inciso I, da Constituição Federal.

²⁴⁰ Cf. artigo 105, inciso II, da Constituição Federal.

²⁴¹ Cf. artigo 102, incisos II e III, da Constituição Federal.

à vista de lista tríplice elaborada no Superior Tribunal de Justiça, em sessão plenária, a partir de candidatos da classe jurídica beneficiária da vaga disponível.

Por fim, a nomeação dos ministros, que também é da competência do Presidente da República, só ocorre após a aprovação da maioria absoluta dos Senadores, vale dizer, após os votos favoráveis de pelo menos 41 Senadores²⁴².

9.5.6. JUSTIÇA ELEITORAL: JUÍZES ELEITORAIS, JUNTAS ELEITORAIS, TRIBUNAIS REGIONAIS ELEITORAIS E TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

A denominada “Justiça Eleitoral” é uma organização judiciária especial que integra o Poder Judiciário da União, com competência para o processamento e o julgamento dos litígios atinentes aos pleitos eleitorais destinados a cargos públicos executivos e legislativos. É composta pelos seguintes órgãos arrolados no artigo 118 da Constituição Federal: Juízes Eleitorais, Juntas Eleitorais, Tribunais Regionais Eleitorais e o Tribunal Superior Eleitoral.

Há uma peculiaridade que diferencia a Justiça Eleitoral de todas as demais organizações judiciárias brasileiras: a Justiça Eleitoral não tem quadros próprios. De fato, a jurisdição eleitoral é prestada por magistrados de outros órgãos judiciários. Com efeito, não há o cargo de “Juiz Eleitoral”, mas apenas a função de “Juiz Eleitoral”, a qual é exercida por ocupantes do cargo de “Juiz de Direito”, em acúmulo de funções de “Juiz de Direito” e de “Juiz Eleitoral”.

Os Juízes Eleitorais exercem o primeiro grau de jurisdição da Justiça Eleitoral, com competência para o processamento e o julgamento dos conflitos de interesses relativos às eleições para cargos públicos executivos e legislativos, incluídos os processos penais referentes a crimes eleitorais. Como a Justiça Eleitoral não tem quadros próprios, os Juízes Eleitorais são escolhidos dentre os Juízes de Direito dos Estados-membros e do Distrito Federal, consoante o disposto no artigo 32 do Código Eleitoral.

Além dos Juízes Eleitorais, a primeira instância da Justiça Eleitoral também é constituída pelas Juntas Eleitorais, órgãos colegiados compostos por um Juiz de Direito e mais dois ou quatro cidadãos de notória idoneidade, independente de formação jurídica, tudo conforme o disposto no artigo 36 do

²⁴² Cf. artigos 52, inciso III, alínea “a”, 84, inciso XIV, e 104, parágrafo único, todos da Constituição Federal.

Código Eleitoral. O Juiz de Direito é o presidente da Junta Eleitoral, a qual é constituída sessenta dias antes das eleições e subsiste até a diplomação dos candidatos eleitos. À evidência, as Juntas Eleitorais são órgãos colegiados efêmeros da Justiça Eleitoral, com atribuições de natureza administrativa arroladas no artigo 40 do Código Eleitoral: “Art. 40. Compete à Junta Eleitoral: I - apurar, no prazo de 10 (dez) dias, as eleições realizadas nas zonas eleitorais sob a sua jurisdição; II - resolver as impugnações e demais incidentes verificados durante os trabalhos da contagem e da apuração; III - expedir os boletins de apuração mencionados no Art. 178; IV - expedir diploma aos eleitos para cargos municipais”.

Já os Tribunais Regionais Eleitorais são órgãos de segundo grau de jurisdição da Justiça Eleitoral. Há um em cada Estado-membro e no Distrito Federal. São compostos por sete desembargadores, escolhidos conforme o disposto no artigo 120 da Constituição Federal: dois Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado-membro ou do Distrito Federal; um Desembargador do Tribunal Regional Federal ou um Juiz Federal eleito no Tribunal Regional Federal; dois Juízes de Direito eleitos no Tribunal de Justiça do Estado-membro ou do Distrito Federal; e dois advogados indicados no Tribunal de Justiça do Estado-membro ou do Distrito Federal, conforme o caso.

Por fim, o Tribunal Superior Eleitoral é o órgão de superposição da Justiça Eleitoral, com competências originária e recursal, com destaque para o recurso especial eleitoral cabível contra acórdãos proferidos nos Tribunais Regionais Eleitorais. O Tribunal Superior Eleitoral é composto por sete ministros, escolhidos à vista do artigo 119 da Constituição Federal: três Ministros do Supremo Tribunal Federal; dois Ministros do Superior Tribunal de Justiça; e dois advogados indicados no Supremo Tribunal Federal e nomeados pelo Presidente da República. Por conseguinte, três Ministros do Supremo Tribunal Federal exercem, a um só tempo, a judicatura na Corte Suprema e no Tribunal Superior Eleitoral, e dois Ministros do Superior Tribunal de Justiça atuam, a um só tempo, naquela Corte Superior e no Tribunal Superior Eleitoral. O Presidente do Tribunal Superior Eleitoral é eleito dentre os ministros oriundos do Supremo Tribunal Federal, enquanto o Corregedor-Geral é eleito dentre os ministros provenientes do Superior Tribunal de Justiça.

9.5.7. JUSTIÇA DO TRABALHO: JUÍZES DO TRABALHO, TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO E TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

A Justiça do Trabalho é uma organização judiciária especial do Poder Judiciário da União, com competência para o processamento e o julgamento dos litígios decorrentes das relações jurídicas oriundas de contratos de trabalho. Com efeito, a competência da Justiça do Trabalho alcança os conflitos de interesses individuais e coletivos provenientes das relações empregatícias, conforme revela o artigo 114 da Constituição Federal.

Quanto aos órgãos da Justiça do Trabalho, estão arrolados no artigo 111 da Constituição Federal: Juízes do Trabalho, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunal Superior do Trabalho.

No que tange ao primeiro grau de jurisdição da Justiça do Trabalho, é exercido pelos “Juízes do Trabalho”, nos termos do inciso III do artigo 111 da Constituição Federal, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 24, de 1999. Quanto ao ingresso dos juízes na Justiça do Trabalho, ocorre mediante aprovação em concurso público de provas e títulos. Sem dúvida, em virtude do advento da Emenda nº 24, o primeiro grau de jurisdição na Justiça do Trabalho deixou de ser colegiado e passou a ser monocrático, com a prolação dos julgamentos por um Juiz do Trabalho, já que as denominadas “Juntas do Trabalho” foram extintas por força do atual artigo 116 da Constituição Federal.

Como órgãos de segundo grau de jurisdição da Justiça do Trabalho, há os Tribunais Regionais do Trabalho, compostos por pelo menos sete desembargadores. Os magistrados dos Tribunais Regionais do Trabalho são escolhidos à vista do artigo 115 da Constituição Federal, com a observância do artigo 94, em relação ao “Quinto Constitucional” da advocacia e do Ministério Público.

Por fim, o Tribunal Superior do Trabalho é o órgão de superposição da Justiça do Trabalho, com competências originária e recursal. A propósito, merece destaque a competência recursal para a revisão de julgamentos proferidos nos Tribunais Regionais do Trabalho, após a interposição de recurso ordinário ou de recurso de revista, conforme o caso²⁴³. O Tribunal Superior do Trabalho é composto por vinte e sete ministros, os quais são escolhidos à vista

²⁴³ Cf. artigos 893, incisos II e III, 895 e 896 da Consolidação das Leis do Trabalho.

do artigo 111-A da Constituição Federal, com a igual observância do disposto no artigo 94, em relação ao denominado “Quinto Constitucional” da advocacia e do Ministério Público.

9.5.8. JUSTIÇA MILITAR FEDERAL: JUÍZES MILITARES, CONSELHOS DE JUSTIÇA MILITAR E SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Os órgãos que integram a Justiça Militar federal estão previstos nos artigos 122, 123 e 124 da Constituição Federal e na Lei nº 8.457, de 1992: os Juízes-Auditores Militares, os Conselhos de Justiça, os Tribunais Militares Federais²⁴⁴ e o Superior Tribunal Militar. Eis, em suma, os órgãos da denominada “Justiça Castrense”²⁴⁵.

A despeito da previsão na Constituição Federal, não há Tribunais Militares Federais na atualidade, porquanto a instituição depende de fato eventual: guerra que envolva o Estado brasileiro²⁴⁶. Há, todavia, um Superior Tribunal Militar²⁴⁷. Não obstante, o Superior Tribunal Militar atua como verdadeira Corte de segundo grau de jurisdição, de segunda instância, portanto, com competência para a prolação de julgamentos nos recursos interpostos contra as decisões proferidas pelos Juízes-Auditores e nos Conselhos de Justiça Militar. Daí a conclusão: apesar da denominação constitucional, o Superior Tribunal Militar exerce o duplo grau de jurisdição da Justiça Militar federal.

O Superior Tribunal Militar é composto por “quinze Ministros”, dos quais dez são militares oficiais-generais e cinco são civis, escolhidos à luz do artigo 123 da Constituição Federal. Dos dez ministros militares, quatro são escolhidos dentre generais do Exército, três dentre almirantes da Marinha e três dentre tenentes-brigadeiros da Aeronáutica.

Já a Justiça Militar federal de primeiro grau é exercida pelos Juízes Auditores e nos Conselhos de Justiça, os quais processam e julgam apenas crimes militares que impliquem ofensa a bens e institutos jurídicos afetos às

²⁴⁴ Por força da Lei nº 8.457, de 1992, os Tribunais Militares Federais são denominados “Conselhos Superiores da Justiça Militar”, mas só são instalados em tempo de guerra.

²⁴⁵ *Castrum*, isto é, fortificação.

²⁴⁶ Cf. artigos 89, 91 e 95 da Lei nº 8.457, de 1992. Como já ressaltado em nota anterior, apesar de os constituintes terem utilizado o termo “Tribunais”, os legisladores subsequentes adotaram a expressão “Conselhos Superiores da Justiça Militar”. A despeito da diferença terminológica, trata-se do mesmo órgão judiciário, com competência somente “na vigência do estado de guerra”.

²⁴⁷ Além dos Tribunais de Justiça Militar estaduais, os quais, por óbvio, não integram o Poder Judiciário da União.

Formas Armadas: Marinha, Exército e Aeronáutica. Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, não só militar responde por processo penal perante a Justiça Militar. Na verdade, o que atrai a competência da Justiça Militar é a ofensa a bens e institutos jurídicos protegidos no Código Penal Militar. Daí a excepcional possibilidade de acionamento de civil perante a Justiça Militar²⁴⁸.

À vista do artigo 30 da Lei nº 8.457, de 1992, a admissão da ação penal é decidida pelo Juiz-Auditor, mas o julgamento das questões de mérito deve ser proferido no Conselho de Justiça²⁴⁹. Vale ressaltar que o Conselho de Justiça é um órgão colegiado de primeiro grau de jurisdição constituído por um Juiz-Auditor e quatro juízes militares propriamente ditos.

Ainda a respeito do tema, é importante não confundir a Justiça Militar federal, prevista nos artigos 122, 123 e 124 da Constituição Federal, com a Justiça Militar dos Estados-membros e do Distrito Federal. A Justiça Militar federal tem competência para o processamento e o julgamento de crimes que impliquem ofensa a bens e institutos jurídicos referentes à Marinha, ao Exército e à Aeronáutica. Já as Justiças Militares dos Estados-membros e do Distrito Federal têm competência para o processamento e o julgamento de crimes

²⁴⁸ De acordo, na jurisprudência: “Penal e Processo Penal Militar. *Habeas corpus*. Lesão corporal e desacato – Artigos 209 e 299 do Código Penal Militar. Crimes praticados por civil em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade. Competência da Justiça Militar. Conflito de competência dirimido por decisão monocrática no Tribunal *a quo*. Ausência de agravo regimental e, por conseguinte, de exaurimento da jurisdição. *Writ* extinto. 1. O artigo 9º, inciso III, alínea b, do Código Penal Militar dispõe sobre incompetência da Justiça Militar para processar e julgar os crimes praticados por civil, em tempo de paz, em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado. 2. *In casu*, os crimes de lesão corporal e de desacato, tipificados nos artigos 209 e 299 do Código Penal Militar, foram praticados em local sujeito à administração militar e contra militar em situação de atividade, porquanto a vítima fiscalizava concurso para ingresso na escola militar que se realizava no interior do Centro de Instrução Almirante Alexandrino quando foi agredida e desacatada pela mãe de um concursando que fora impedido de fazer a prova de matemática por ter chegado atrasado, o que atrai a competência da justiça castrense para o processo e julgamento do feito, consoante pacífica jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal (HC 96.949/RS, Rel. Min. Ayres Britto, DJ de 30.9.2011; HC 113.430/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ de 29.4.2013 e HC nº 113.128/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, DJ de 19.2.2014).” (HC nº 121.083/RJ, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça eletrônico de 16 de junho de 2014). “2. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que, apesar de a competência da Justiça Castrense não se limitar a julgar somente os integrantes das Forças Armadas, e também por ter sua competência definida de modo restrito quanto ao julgamento de civil em tempo de paz, tratando-se de saque indevido realizado por civil da pensão de militar já falecido, a competência é da Justiça Militar.” (ARE nº 760.036/DF – AgRg, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça eletrônico de 28 de outubro de 2014).

²⁴⁹ De acordo, na jurisprudência “A interpretação sistemática das normas de competência fixadas pela Lei de Organização Judiciária Militar - Lei nº 8.457/92, em seus artigos 28 e 30, resulta que, uma vez instaurada a Ação Penal por meio do recebimento da denúncia (art. 35 do CPPM), ato monocrático do magistrado (art. 30, inciso I, da LOJM), a competência para decidir as questões de direito ou de fato subsequentes, assim como para decretar medidas preventivas ou assecuratórias, nos processos pendentes de seu julgamento, são dos Conselhos de Justiça.” (CP nº 0000060-83.2014.7.10.0010/CE, Pleno do STM, Diário da Justiça eletrônico de 22 de outubro de 2014). “É nula a Decisão proferida por Juiz-Auditor que indefere requerimento da Defesa, sem prévia apreciação do pedido pelo Conselho de Justiça, já devidamente constituído para processar e julgar o feito. Inteligência do art. 28, inciso V, da Lei nº 8.457/92.” (AP nº 0000062-77.2012.7.05.0005/PR, Pleno do STM, Diário da Justiça eletrônico de 12 de agosto de 2014).

militares em prejuízo das respectivas Polícias e Bombeiros Militares. Por fim, vale ressaltar que a Justiça Militar federal e a Justiça Militar do Distrito Federal são órgãos judiciários da União, enquanto a Justiça Militar dos Estados-membros é órgão judiciário estadual.

9.5.9. JUSTIÇA FEDERAL COMUM: JUÍZES FEDERAIS, JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS, JÚRI FEDERAL E TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

A Justiça Federal está prevista nos artigos 106 a 110 da Constituição de 1988. À vista do artigo 106, são órgãos da Justiça Federal: os Juízes Federais e os Tribunais Regionais Federais. Os Juízes Federais exercem o primeiro grau de jurisdição na Justiça Federal, enquanto o segundo grau de jurisdição é exercido nos Tribunais Regionais Federais. A propósito da composição e da competência dos Tribunais Regionais Federais, estão arroladas nos artigos 107 e 108 da Constituição, respectivamente.

A competência dos Juízes Federais consta do artigo 109 da Constituição, com destaque para o inciso I, por força do qual compete aos Juízes Federais processar e julgar as causas nas quais forem autoras, rés, assistentes ou oponentes a União, as autarquias federais²⁵⁰, as fundações públicas federais²⁵¹ ou as empresas públicas federais²⁵².

Vale ressaltar que os Juizados Especiais Federais também integram a Justiça Federal *lato sensu*. Com efeito, o inciso I do artigo 98 da Constituição Federal dispõe sobre os Juizados Especiais Federais, para o processamento e o julgamento das causas federais de menor complexidade.

Também há o Júri Federal, excepcional órgão coletivo de primeiro grau de jurisdição, composto por um Juiz Federal, presidente do colegiado, e vinte e cinco jurados, dos quais apenas sete participam da votação no Conselho de Sentença, competente para o julgamento de processos penais por crimes

²⁵⁰ Como, por exemplo, o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS e Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI.

²⁵¹ Como, por exemplo, a Fundação Universidade Federal de Viçosa – UFV e o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq.

²⁵² Como, por exemplo, a Caixa Econômica Federal – CEF e a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – EMBRAPA.

dolosos contra a vida, tudo nos termos do artigo 5º, inciso XXXVIII, e 109 da Constituição Federal, e do artigo 447 do Código de Processo Penal²⁵³.

Em suma, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, o primeiro grau da Justiça Federal é constituído pelos Juízes Federais, pelos Juizados Especiais Federais e pelo Júri Federal; e os Tribunais Regionais Federais são os órgãos de segundo grau da Justiça Federal.

9.5.10. JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS: JUÍZES DE DIREITO, JÚRIS, JUIZADOS ESPECIAIS E TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

O Distrito Federal é um ente federativo no qual está inserta Brasília, a Capital Federal, a sede do Estado brasileiro. Também é peculiar por ser um ente federativo híbrido, com atribuições “reservadas aos Estados e Municípios”, conforme revela o artigo 32, § 1º, da Constituição Federal. Em decorrência das tais especificidades, a Justiça do Distrito Federal exerce competências processuais próprias da Justiça estadual, mas é organizada, mantida e regulada pela União, como as Justiças Federal, Eleitoral, Militar e do Trabalho. Daí a conclusão: a Justiça do Distrito Federal integra o Poder Judiciário da União, mas tem competências processuais próprias das Justiças estaduais.

De fato, sob o prisma processual, o Poder Judiciário do Distrito Federal é equiparado às Justiças estaduais, com iguais competências para o processamento e o julgamento de causas cíveis e criminais sem interesse nem participação da União, das autarquias, fundações e empresas públicas federais. Por conseguinte, os Juízes de Direito, os Juizados Especiais, os Júris e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal processam e julgam as causas comuns, tanto as de natureza cível quanto as de cunho penal, como o fazem os Juízes de Direito, os Juizados Especiais, os Júris e os Tribunais de Justiça dos Estados-membros.

Não obstante, sob os prismas organizacional, orçamentário e legislativo, não cabe ao Distrito Federal organizar, manter nem legislar sobre o respectivo Poder Judiciário; cabe à União, conforme o disposto nos artigos 21, inciso XIII,

²⁵³ “Compete ao júri popular federal o julgamento de servidor público federal acusado de crime doloso contra a vida, praticado no exercício de sua função pública.” (HC nº 1998.04.01.017059-8, 2ª Turma do TRF da 4ª Região, Diário da Justiça de 29 de julho de 1998, p. 440).

e 22, inciso XVII, da Constituição Federal. Daí a explicação para o artigo 50 da Lei nº 11.697, de 2008: “Art. 50. Aplicam-se aos magistrados do Distrito Federal e dos Territórios as normas da Constituição Federal, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, desta Lei e, subsidiariamente, as do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União”.

Sem dúvida, embora os Juízes de Direito do Distrito Federal e os Desembargadores do Tribunal de Justiça do Distrito Federal tenham as mesmas competências processuais dos Juízes de Direito dos Estados-membros e de Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados-membros, respectivamente, são verdadeiros magistrados da União.

De fato, os órgãos do Poder Judiciário do Distrito Federal são órgãos judiciários da União, disponibilizados em favor do Distrito Federal. Tanto que o Tribunal de Justiça não é só destinado ao Distrito Federal, mas também a eventuais Territórios Federais, autarquias da União²⁵⁴. Daí a razão para a denominação oficial: “Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios”. Por tal motivo, os Desembargadores do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios provenientes do “Quinto Constitucional” são nomeados pelo Presidente da República, e não pelo Governador do Distrito Federal.

Por tudo, a Justiça do Distrito Federal integra o Poder Judiciário da União, a despeito da competência processual equiparada às Justiças estaduais. Na verdade, como também alcança eventuais Territórios Federais, a denominação mais correta é “Justiça Federal do Distrito Federal e Territórios”, constituída pelos Juízes de Direito, Júris, Juizados Especiais e pelo “Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios”, todos órgãos judiciários da União.

²⁵⁴ Não há territórios federais na atualidade, mas podem ser instituídos, com fundamento no artigo 18, § 2º, da Constituição Federal.

10. OS ESTADOS-MEMBROS

10.1. CONCEITO E AUTONOMIA POLÍTICA

Os Estados-membros são os entes federativos originários, razão pela qual também são denominados “Estados Federados”. Embora não sejam dotados de soberania, gozam de autonomia política. Daí a razão para a possibilidade da auto-organização, da autoadministração, do autogoverno e da existência de legislação própria, como bem revela o *caput* do artigo 25 da Constituição de 1988: “Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”.

Com efeito, os Estados-membros são organizados à luz das respectivas Constituições estaduais, com a observância, entretanto, do disposto na Constituição Federal. Em abono, vale conferir o artigo 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988: “Cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta”²⁵⁵. Daí o fundamento jurídico-político que autorizou a elaboração e a aprovação de Constituições estaduais em todos os Estados-membros da Federação brasileira, com a disposição dos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário estaduais.

10.2. PODER LEGISLATIVO ESTADUAL

Em virtude da autonomia legislativa, os Estados-membros elaboram as respectivas leis de regência, por intermédio dos representantes do povo que integram o Poder Legislativo estadual. Daí a existência de leis estaduais nos diversos Estados-membros da Federação brasileira, em relação às matérias arroladas no artigo 24 da Constituição Federal.

O Poder Legislativo estadual é unicameral, porquanto é exercido apenas pela “Assembleia Legislativa”, nos termos do artigo 27, *caput*, da Constituição de 1988, e do artigo 11, *caput*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Ao contrário da União, portanto, cujo Poder Legislativo é bicameral, formado pela

²⁵⁵ Além do texto principal da Constituição, portanto, também há o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, que contém dispositivos constitucionais de natureza provisória, os quais são dotados de igual força dos artigos do texto principal.

Câmara dos Deputados e pelo Senado²⁵⁶, o Poder Legislativo estadual é unicameral, consubstanciado na “Assembleia Legislativa”, em razão da inexistência de “Senado estadual”²⁵⁷.

A Assembleia Legislativa é composta por “Deputados Estaduais”, com mandato de quatro anos²⁵⁸.

Não obstante, os “Deputados Estaduais” podem ser reeleitos para inúmeros mandatos sucessivos, já que a restrição estampada no § 5º do artigo 14 da Constituição Federal não alcança os que exercem mandatos eletivos no Poder Legislativo²⁵⁹.

À vista do artigo 14, § 3º, letra “c”, da Constituição de 1988, os “Deputados Estaduais” são escolhidos dentre cidadãos com idade mínima de vinte e um anos. Não há, todavia, idade máxima para a candidatura, a recandidatura nem para a posse de Deputado Estadual.

Quanto ao número de “Deputados Estaduais” na Assembleia Legislativa, há uma regra e uma exceção. A regra reside no proêmio do *caput* do artigo 27 da Constituição Federal: “O número de Deputados à Assembleia Legislativa corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados Federais acima de doze”.

À luz da regra consagrada no proêmio do *caput* do artigo 27, se o povo de um Estado-membro for representado na Câmara por oito Deputados Federais, serão vinte e quatro os Deputados Estaduais na Assembleia Legislativa. Assim, o povo do Estado do Espírito Santo é representado na Câmara por dez Deputados Federais. Em virtude da regra do triplo da representação na Câmara dos Deputados, a Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo é composta por trinta Deputados Estaduais.

Não obstante, se à vista da regra o número de Deputados Estaduais for superior a trinta e seis, incidirá a exceção constante da última parte do *caput* do artigo 27: serão acrescentados tantos quantos forem os Deputados Federais acima de doze. Imagine-se a hipótese do Estado de Minas Gerais, cujo povo é

²⁵⁶ Cf. artigos 2º e 44, *caput*, da Constituição brasileira.

²⁵⁷ Durante a Primeira República, também denominada “República Velha”, houve o denominado “Senado estadual” em alguns Estados-membros, como Minas Gerais e São Paulo, por exemplo, tendo em vista a ampla liberdade de escolha conferida pela Constituição de 1891 aos constituintes estaduais.

²⁵⁸ Cf. artigo 28, *caput*, da Constituição brasileira.

²⁵⁹ De fato, a limitação da recandidatura única subsequente só é aplicável aos mandatos eletivos executivos.

representado na Câmara por cinquenta e três Deputados Federais. *Ad argumentandum tantum*, se fosse aplicada a regra do triplo de Deputados Federais, o que não ocorre na hipótese, o Estado de Minas Gerais teria cento e cinquenta e nove Deputados Estaduais. Superado o número de trinta e seis Deputados Estaduais, entretanto, não incide a regra, mas, sim, a exceção que consta da última parte do mesmo artigo 27. Daí a operação matemática: $36 + 53 - 12 = 77$. Por tal razão, a Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais tem setenta e sete Deputados Estaduais.

No que tange ao subsídio dos Deputados Estaduais, o § 2º do artigo 27 da Constituição Federal impõe o teto de setenta e cinco por cento do conferido em favor dos Deputados Federais.

Já em relação às imunidades parlamentares, o § 1º do artigo 27 da Constituição Federal revela que os Deputados Estaduais são beneficiários das mesmas imunidades conferidas aos Deputados Federais e aos Senadores. Vale lembrar, todavia, que a imunidade parlamentar, diz respeito ao exercício do mandato eletivo, razão pela qual não alcança eventuais crimes cometidos no âmbito da vida privada.

Quanto ao tribunal judiciário competente para o processamento e o julgamento de crimes imputados a Deputados Estaduais, a competência é do Tribunal de Justiça do respectivo Estado-membro. Os processos cíveis, todavia, são da competência de juízo cível de primeiro grau de jurisdição, conforme o disposto no Código de Processo Civil.

Também é importante mencionar os “Tribunais de Contas dos Estados”, previstos no artigo 75 da Constituição Federal. Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, os Tribunais de Contas dos Estados não integram o Poder Judiciário estadual. Na verdade, os Tribunais de Contas dos Estados são órgãos auxiliares das Assembleias Legislativas, na fiscalização financeira, orçamentária, contábil, operacional e patrimonial tanto da administração direta quanto da administração indireta dos Estados-membro²⁶⁰.

No que tange à composição, o parágrafo único do artigo 75 da Constituição Federal estabelece que os Tribunais de Contas dos Estados-membros são compostos por sete conselheiros, escolhidos conforme o disposto

²⁶⁰ E até mesmo dos respectivos Municípios sem Tribunais de Contas Municipais, conforme o disposto na Constituição estadual.

na Súmula nº 653 do Supremo Tribunal Federal: “No Tribunal de Contas estadual, composto por sete conselheiros, quatro devem ser escolhidos pela Assembleia Legislativa e três pelo Chefe do Poder Executivo estadual, cabendo a este indicar um dentre auditores e outro dentre membros do Ministério Público, e um terceiro à sua livre escolha”.

10.3. PODER EXECUTIVO ESTADUAL

Além do Poder Legislativo estadual, os Estados-membros também são dotados de governo específico. O Poder Executivo estadual é exercido pelo Governador e pelo Vice-Governador, eleitos para mandatos de quatro anos²⁶¹.

Ademais, vale ressaltar a possibilidade de uma reeleição para novo quadriênio imediato tanto para Governador quanto para Vice-Governador²⁶².

À luz dos artigos 28 e 77 da Constituição Federal, as eleições para o governo do Estado são realizadas no primeiro domingo do mês de outubro do ano anterior ao do término do mandato em vigor, com a posterior posse dos novos Governador e Vice-governador no dia primeiro de janeiro subsequente²⁶³.

É eleito em primeiro turno o candidato que alcançar a maioria absoluta dos votos válidos, desconsiderados, portanto, os votos em branco e os votos nulos. Se nenhum candidato alcançar a maioria absoluta dos votos válidos na primeira votação, há o segundo turno, no último domingo do mesmo mês de outubro. Do segundo turno participam apenas os dois candidatos com as maiores votações no primeiro turno. É eleito Governador o candidato que alcançar a maioria dos votos válidos no segundo turno.

Ainda em virtude da interpretação dos artigos 28 e 77 da Constituição Federal, a eleição do Governador ocasiona a automática eleição do Vice-Governador registrado em conjunto. Com efeito, não há eleição independente para Vice-Governador, o que impossibilita a eleição de um titular com o vice de outro candidato. São eleitos os candidatos registrados na mesma chapa eleitoral, para Governador e Vice-Governador.

Por fim, vale ressaltar que tanto o Governador quanto o Vice-Governador devem contar com pelo menos trinta anos na data prevista para a posse²⁶⁴.

²⁶¹ Cf. artigo 28, *caput*, da Constituição Federal.

²⁶² Cf. artigo 14, § 5º, da Constituição Federal.

²⁶³ Cf. artigo 28, *caput, in fine*, da Constituição Federal.

²⁶⁴ Cf. artigo 14, § 3º, inciso VI, letra “b”.

10.4. PODER JUDICIÁRIO ESTADUAL

10.4.1. GENERALIDADES

Além dos Poderes Legislativo e Executivo, os Estados-membros também têm Poder Judiciário próprio, consoante o disposto no *caput* do artigo 125 da Constituição de 1988: “Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição”.

Quanto ao Poder Judiciário estadual, é composto por um Tribunal de Justiça, pelos Juízes de Direito, Júris, Juizados Especiais e Juízes de Paz, conforme revelam os artigos 92, inciso VII, 98 e 125 da Constituição Federal. No mais das vezes, os Tribunais de Justiça atuam como “Cortes de segundo grau”, com competência para o julgamento dos recursos interpostos contra as decisões dos Juízes de Direito, os quais prestam a jurisdição de primeiro grau nas diversas comarcas do Estado. No que tange aos Juízes de Paz, têm competência para a verificação da documentação da habilitação e para a celebração dos casamentos civis, nos termos do artigo 98, inciso II, da Constituição Federal. Com efeito, os Juízes de Paz não prestam jurisdição, mas apenas atribuições administrativas relativas à celebração de casamentos civis.

Além do Tribunal de Justiça propriamente dito, o Poder Judiciário de alguns Estados-membros também é composto por um Tribunal de Justiça Militar. É o que ocorre, por exemplo, no Estado de Minas Gerais, por força do artigo 110 da Constituição mineira²⁶⁵.

De fato, à vista do § 3º do artigo 125 da Constituição Federal, a instituição do Tribunal de Justiça Militar cabe aos Deputados Estaduais, mas só tem lugar nos Estados cujo efetivo da polícia militar seja superior a vinte mil integrantes. Se o número de policiais e bombeiros militares ativos no Estado-membro for superior a vinte mil, os Deputados Estaduais poderão instituir o Tribunal de Justiça Militar estadual. Quando não há Tribunal de Justiça Militar, o Tribunal de Justiça absorve a competência daquele, por força do § 3º do artigo 125 da Constituição de 1988. É o que ocorre na maioria dos Estados-membros da Federação brasileira.

²⁶⁵ “Art. 110 – O Tribunal de Justiça Militar, com sede na Capital e jurisdição em todo o território do Estado, compõe-se de juízes Oficiais da ativa, do mais alto posto da Polícia Militar ou do Corpo de Bombeiros Militar, e de juízes civis, em número ímpar, fixado na Lei de Organização e Divisão Judiciárias, excedendo o número de juízes Oficiais ao de juízes civis em uma unidade”.

10.4.2. ÓRGÃOS DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL

À vista dos artigos 92, inciso VII, e 125 da Constituição Federal, a Justiça comum local é constituída pelos Juizes de Direito e pelos Tribunais de Justiça dos Estados-membros. Os Juizes de Direito exercem o primeiro grau de jurisdição da Justiça comum estadual, enquanto o segundo grau de jurisdição é exercido nos Tribunais de Justiça.

Além dos órgãos da Justiça comum “ordinária” previstos no artigo 92, inciso VII, da Constituição Federal, há os Juizados Especiais, com as respectivas Turmas Recursais, os quais também integram a Justiça comum dos Estados, *ex vi* do artigo 98, inciso I, da Constituição.

Ainda em relação aos órgãos da Justiça comum estadual, há o Júri, composto por um Juiz de Direito, presidente do órgão, e vinte e cinco jurados, dos quais apenas sete participam da votação nos processos penais oriundos de crimes dolosos contra a vida. À vista do artigo 447 do Código de Processo Penal, trata-se de órgão colegiado de primeiro grau de jurisdição, importante exceção na organização judiciária brasileira.

Apesar de a denominada “Justiça de Paz” também integrar o Poder Judiciário, especificamente a Justiça comum estadual, os respectivos “Juizes de Paz” não exercem atividade jurisdicional, mas apenas atribuições administrativas relativas ao procedimento de habilitação para casamento²⁶⁶.

Por fim, a competência da Justiça comum estadual é a mais ampla de todas, em virtude do caráter residual. Com efeito, compete à Justiça comum estadual processar e julgar todas as causas que não estão submetidas às Justiças comum, trabalhista, eleitoral e militar federais, nem à Justiça militar estadual. Ademais, os Juizes de Direito da Justiça comum estadual também exercem competências delegadas, como as previstas nos artigos 109 e 113 da Constituição Federal, quando atuam como “Juizes Federais”, por delegação constitucional.

²⁶⁶ Cf. artigo 98, inciso II, da Constituição Federal.

10.4.3. ÓRGÃOS DA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL

À vista do artigo 125, §§ 3º, 4º e 5º, da Constituição Federal, além da Justiça comum estadual, também há a Justiça Militar ou “Castrense” nos Estados-membros, constituída pelos Juizes-Auditores Militares, pelos Conselhos de Justiça e até mesmo por Tribunal de Justiça Militar, quando o efetivo militar for superior a vinte mil policiais militares e bombeiros, e os Deputados Estaduais tiverem deliberado em prol da instituição da Corte militar estadual. Trata-se, à evidência, de verdadeira “justiça especial”, com competência específica para o processamento e julgamento de crimes militares e de ações judiciais contra atos disciplinares militares²⁶⁷. Não é demais lembrar que os crimes militares podem ser praticados por militares e também por civis, em conjunto ou isoladamente, em prejuízo de bens e institutos jurídicos tutelados no Código Penal Militar²⁶⁸.

Os Juizes-Auditores Militares e os Conselhos de Justiça são órgãos de primeiro grau de jurisdição da Justiça Militar estadual, cujas competências estão previstas no § 5º do artigo 125 da Constituição Federal: “§ 5º Compete aos juizes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares”.

Já o Tribunal de Justiça Militar é o órgão de segundo grau da Justiça Militar estadual²⁶⁹. Se, entretanto, o efetivo militar for inferior a vinte mil policiais militares e bombeiros, o segundo grau de jurisdição será exercido pelo Tribunal de Justiça do Estado-membro, em razão da inexistência de Tribunal de Justiça Militar no respectivo Estado.

Por fim, é importante ressaltar que não há vinculação alguma entre os Tribunais de Justiça Militar e o Superior Tribunal Militar. Sem dúvida, o Superior

²⁶⁷ Em contraposição, não compete à Justiça Militar estadual processar e julgar conflitos de interesses de natureza puramente administrativa, como os que versam sobre a carreira e as promoções dos policiais militares e bombeiros. Daí o acerto do enunciado sumular nº 6 aprovado no Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais: “Não compete à Justiça Militar Estadual processar e julgar ações judiciais contra atos administrativos que impedem a promoção de militar submetido a processo criminal, por não envolver questão disciplinar.” (DJME de 7 de novembro de 2011).

²⁶⁸ De acordo, na jurisprudência: “PROCESSUAL PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. RECEPÇÃO. BEM SOB ADMINISTRAÇÃO MILITAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE. I - Nos termos do disposto no art. 9º, inciso III, alínea 'a', do Código Penal Militar, considera-se crime militar, em tempo de paz, os delitos praticados por civil em detrimento de patrimônio sob administração militar (Precedentes do STF e do STJ).” (CC nº 134.245/RS, 3ª Seção do STJ, Diário da Justiça eletrônico de 11 de dezembro de 2014).

²⁶⁹ Hoje há Tribunais de Justiça Militar em Minas Gerais, no Rio Grande do Sul e em São Paulo.

Tribunal Militar não é o tribunal de superposição dos Tribunais de Justiça Militar dos Estados-membros, mas, sim, o Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista o disposto no artigo 105, inciso III, da Constituição Federal. Com efeito, o referido preceito constitucional alcança todos os Tribunais de Justiça dos Estados-membros, até mesmo os Tribunais de Justiça Militar existentes em alguns Estados. Ademais, o Superior Tribunal Militar atua como verdadeiro órgão de segundo grau de jurisdição da Justiça Militar da União. Daí a inexistência de recurso de Tribunal de Justiça Militar de Estado-membro para o Superior Tribunal Militar, porquanto não há nenhuma relação nem hierarquia entre essas cortes militares.

11. OS MUNICÍPIOS

11.1. FEDERALISMO BRASILEIRO E AUTONOMIA POLÍTICA MUNICIPAL

O federalismo clássico é dual, em virtude da autonomia política conferida somente à União e aos Estados-membros da Federação. Já o federalismo brasileiro é peculiar, especial, porquanto os Municípios – e o Distrito Federal – também são entes federativos dotados de autonomia política, em virtude do artigo 18 da Constituição de 1988.

A autonomia política municipal é reforçada pelo artigo 29, preceito constitucional que confere auto-organização, autogoverno, autoadministração e autonomia legislativa em favor dos Municípios.

Tal como a União e os Estados-membros, portanto, os Municípios – e também o Distrito Federal – são “pessoas jurídicas de direito público interno”, *ex vi* do artigo 41 do Código Civil brasileiro, dotadas de autonomia política, em virtude dos artigos 18 e 29 da Constituição de 1988.

11.2. PODER LEGISLATIVO MUNICIPAL

O Poder Legislativo municipal é unicameral, exercido pela Câmara Municipal, composta por Vereadores, também denominados “edis”. Dentre outras competências constitucionais, cabe à Câmara Municipal elaborar e aprovar as leis municipais, incluída a lei orgânica do Município.

Com efeito, a auto-organização do Município se dá por meio da respectiva lei orgânica, diploma que cumpre o papel de “Constituição Municipal”²⁷⁰. Para tanto, o artigo 29 da Constituição Federal outorgou aos Vereadores competência para a elaboração e a promulgação de lei orgânica, após a aprovação do projeto por pelo menos dois terços dos edis, em dois turnos de votação, observado o interstício mínimo de dez dias entre as duas deliberações.

Além da lei orgânica municipal, os Vereadores também têm competência para aprovar outras tantas leis municipais relativas a temas locais previstos no artigo 30 da Constituição brasileira. A título de exemplo, vale conferir a Súmula

²⁷⁰ Entre aspas, porque só o Estado brasileiro e os respectivos Estados-membros têm verdadeiras Constituições. Os diplomas específicos de regência da organização do Distrito Federal e dos Municípios são leis orgânicas.

nº 539 aprovada no Supremo Tribunal Federal: “É constitucional a lei do Município que reduz o imposto predial urbano sobre imóvel ocupado pela residência do proprietário, que não possua outro”.

Ainda em relação às leis municipais, além dos Vereadores, legitimados na qualidade de representantes do povo do Município, os cidadãos também podem apresentar projetos de leis municipais, em virtude do instituto da iniciativa popular. De fato, o inciso XIII do artigo 29 da Constituição confere aos cidadãos em número correspondente a, “pelo menos, cinco por cento do eleitorado” do Município, legitimidade para a apresentação de projetos de leis municipais.

Somada à função legiferante, a Câmara Municipal também goza de competência constitucional para a fiscalização do Prefeito sob os prismas orçamentário, financeiro e contábil, com o auxílio de Tribunal de Contas do respectivo Estado-membro, já que a atual Constituição Federal proibiu a criação de Tribunais de Contas Municipais. Preservou, todavia, o artigo 31 da Constituição Federal, os Tribunais de Contas Municipais já existentes antes de 1988. Daí a subsistência do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, instituído em 1968, e do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, criado em 1980. Sem dúvida, a vedação contida no § 4º do artigo 31 da Constituição Federal diz respeito apenas a novos Tribunais de Contas Municipais; à evidência, não alcançou os já existentes ao tempo da promulgação da Constituição de 1988. Nos Municípios de São Paulo e do Rio de Janeiro, portanto, as Câmaras Municipais realizam as fiscalizações orçamentária, financeira e contábil com o auxílio dos respectivos Tribunais de Contas Municipais. Quanto aos demais Municípios, os Vereadores recebem o auxílio de Tribunais de Contas dos Estados-membros, na fiscalização dos gastos realizados por determinação do Chefe do Poder Executivo municipal²⁷¹⁻²⁷².

²⁷¹ Cf. artigo 31 da Constituição brasileira.

²⁷² Além dos Vereadores, todo cidadão também tem legitimidade para questionar as contas e os gastos do Poder Executivo municipal, com fundamento no § 3º do artigo 31 da Constituição de 1988: “§ 3º - As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei”. É o que também se infere dos artigos 74, § 2º, e 75 da Constituição de 1988, em virtude dos quais todo cidadão tem legitimidade para suscitar irregularidades e ilegalidades perante os Tribunais de Contas. Há mais. Todo cidadão também pode ajuizar ação popular, com fundamento no inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal: “LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”. Daí a conclusão: segundo a Constituição Federal, todo cidadão tem direito de exercer a fiscalização das contas municipais, por diversos instrumentos e formas.

Seja em virtude do auxílio dos Tribunais de Contas Estaduais, seja dos Tribunais de Contas Municipais, as Câmaras Municipais exercem os controles orçamentário, financeiro e contábil das contas do Poder Executivo Municipal, tanto dos órgãos da Administração Direta quanto das entidades da Administração Indireta, vale dizer, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista municipais.

Na verdade, os pareceres provenientes dos Tribunais de Contas Estaduais e Municipais sobre a aprovação ou a reprovação de contas do Poder Executivo Municipal geralmente prevalecem, salvo quando rejeitados por pelo menos dois terços dos Vereadores da Câmara Municipal. A última palavra, portanto, cabe aos edis, em razão da competência constitucional atribuída à Câmara Municipal.

Quanto ao número de Vereadores da Câmara Municipal, é proporcional ao número de habitantes do Município, conforme o disposto no inciso IV do artigo 29 da Constituição Federal. Por exemplo, nos Municípios com mais de cinquenta mil a até oitenta mil habitantes, as Câmaras Municipais serão compostas por até quinze Vereadores. É o “limite máximo”, nos termos do inciso IV do artigo 29 da Constituição, razão pela qual as Câmaras Municipais poderão ser compostas por menos de quinze Vereadores, conforme dispuser a lei orgânica. Daí a constitucionalidade da Emenda nº 17 à Lei Orgânica do Município de Formiga, por força da qual houve a redução do número de Vereadores de quinze para dez. De fato, embora o Município de Formiga tenha mais de sessenta e cinco mil habitantes, houve a aprovação de emenda à respectiva lei orgânica, em perfeita harmonia com o disposto na Constituição Federal, para reduzir a composição da Câmara Municipal de quinze para dez Vereadores²⁷³.

Em síntese, os números de Vereadores constantes do rol do inciso IV do artigo 29 da Constituição Federal correspondem ao “limite máximo”, de modo a

²⁷³ “EMENDA À LEI ORGÂNICA Nº 17/2012

Altera a redação do *caput* do art.10 e revoga o § 1º do art. 10 da Lei Orgânica do Município de Formiga. O POVO DO MUNICÍPIO DE FORMIGA, POR SEUS REPRESENTANTES, APROVA E A CÂMARA MUNICIPAL PROMULGA A SEGUINTE EMENDA À LEI ORGÂNICA:

Art. 1º O *caput* do artigo 10 da Lei Orgânica do Município de Formiga, passa a vigor com a seguinte redação: ‘Art. 10 A Câmara Municipal é composta de 10 (dez) vereadores eleitos pelo sistema proporcional, como representantes do povo, com mandato de quatro anos.’

Art. 2º Fica revogado o § 1º do art. 10 da Lei Orgânica do Município de Formiga.

Art. 3º Esta Emenda à Lei Orgânica do Município de Formiga entra em vigor na data de sua publicação. Câmara Municipal de Formiga, 15 de junho de 2012.”

ensejar a composição das Câmaras Municipais por edis em número inferior ao limite autorizado no texto constitucional.

No que tange ao subsídio dos Vereadores, está regulado no inciso VI do artigo 29 da Constituição Federal. Por exemplo, nos Municípios com mais de cinquenta mil a até cem mil habitantes, “o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a quarenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais”. Respeitado o teto constitucional, cabe aos Vereadores a fixação do subsídio mensal, cuja eficácia só tem início na legislatura subsequente²⁷⁴.

Por oportuno, vale ressaltar que “o total da despesa com a remuneração dos Vereadores não poderá ultrapassar o montante de cinco por cento da receita do Município”, tendo em vista o disposto no inciso VII do artigo 29 da Constituição. Daí a necessidade da observância dos limites previstos tanto no inciso VI quanto do inciso VII do artigo 29, sob pena de inconstitucionalidade da lei municipal.

A propósito, até a vigência da Constituição de 1946, inclusive, a regra era a “gratuidade da vereança”, conforme se infere da ementa de acórdão proferido no Plenário do Supremo Tribunal Federal: “A função de vereador tem sido, em regra, gratuita entre nós, conforme nossa tradição municipalista”²⁷⁵. A mudança se deu a partir da Carta de 1967, quando o exercício da vereança deixou de ser gratuito, por força de ato revelador da busca de apoio político para o regime instituído em razão do golpe militar. Infelizmente os constituintes de 1988 marcharam no mesmo rumo dos militares, com a desconsideração da regra da gratuidade que imperava antes do golpe de 1964.

Ainda em relação aos Vereadores, a alínea “d” do inciso VI do § 3º do artigo 14 da Constituição revela a idade mínima para o exercício da vereança: dezoito anos. Não há, por outro lado, idade máxima. Nada impede, por exemplo, que um cidadão com mais de setenta, oitenta ou noventa anos seja candidato e, se eleito, exerça a vereança.

²⁷⁴ De acordo, na jurisprudência: “CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. VEREADORES. SUBSÍDIO. AUMENTO, DE FORMA RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 29, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento no sentido de que a remuneração de Prefeito, de Vice-Prefeito e de Vereadores será fixada pela Câmara Municipal para a legislatura subsequente, em conformidade com o art. 29, V, da Constituição Federal.” (RE nº 458.413/RS – AGR, 2ª Turma do STF, Diário da Justiça eletrônico de 21 de agosto de 2013).

²⁷⁵ RE nº 15.425/PR, Pleno do STF, Diário da Justiça de 22 de maio de 1952.

Em virtude do inciso VIII do artigo 29 da Constituição Federal, os edis têm imunidade em relação às palavras, opiniões e votos proferidos no exercício da vereança, mas somente no interior da circunscrição do respectivo Município. Sem dúvida, os Vereadores têm imunidade material pelas palavras, opiniões e votos pertinentes à atividade parlamentar, mas apenas nos limites da circunscrição do Município. Nos casos cobertos pela excepcional imunidade material prevista no inciso VIII do artigo 29 da Constituição, os Vereadores não poderão ser condenados, nas esferas cível e criminal. Em abono, vale conferir a jurisprudência firmada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal: “Nos limites da circunscrição do município e havendo pertinência com o exercício do mandato, garante-se a imunidade a vereador”²⁷⁶.

Por fim, os Vereadores não têm imunidade processual alguma. Não há, portanto, à luz da Constituição Federal, foro especial, nem impedimento algum à prisão e ao processamento de edis nas esferas cível e criminal, sem possibilidade de sustação do processo por ato dos demais Vereadores da Câmara Municipal²⁷⁷.

11.3. PODER EXECUTIVO MUNICIPAL

O Poder Executivo municipal fica a cargo do Prefeito, também denominado “alcaide”, do Vice-Prefeito e dos Secretários Municipais²⁷⁸.

O Prefeito e o Vice-Prefeito são eleitos para mandatos de quatro anos, tal como ocorre em relação aos mandatos dos Vereadores. Não obstante, há uma importante diferença: enquanto os edis podem ser eleitos para inúmeros

²⁷⁶ RE nº 600.063/SP, Plenário do STF, julgado em 25 de fevereiro de 2015. No mesmo diapasão: “1 - A imunidade material concedida aos vereadores por suas opiniões, palavras e votos não é absoluta. Abarca as manifestações que tenham pertinência com o cargo e o interesse municipal, ainda que ocorram fora do recinto da Câmara, desde que dentro da circunscrição municipal.” (Agravo nº 698.921/SP – AGR, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça eletrônico de 13 de agosto de 2009).

²⁷⁷ Assim, na jurisprudência: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SERGIPE, ARTIGO 13, INCISO XVII, QUE ASSEGURA AOS VEREADORES A PRERROGATIVA DE NÃO SEREM PRESOS, SALVO EM FLAGRANTE DE CRIME INAFIANÇÁVEL, NEM PROCESSADOS CRIMINALMENTE SEM A DEVIDA AUTORIZAÇÃO DA RESPECTIVA CÂMARA LEGISLATIVA, COM SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO ENQUANTO DURAR O MANDATO. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. 1. O Estado-membro não tem competência para estabelecer regras de imunidade formal e material aplicáveis a Vereadores. A Constituição Federal reserva à União legislar sobre Direito Penal e Processual Penal. 2. As garantias que integram o universo dos membros do Congresso Nacional (CF, artigo 53, §§ 1º, 2º, 5º e 7º), não se comunicam aos componentes do Poder Legislativo dos Municípios. Precedentes. Ação direta de inconstitucionalidade procedente para declarar inconstitucional a expressão contida na segunda parte do inciso XVII do artigo 13 da Constituição do Estado de Sergipe.” (ADI nº 371/SE, Pleno do STF, Diário da Justiça de 23 de abril de 2004, p. 6, sem o grifo no original).

²⁷⁸ Artigo 29, inciso V, da Constituição brasileira.

mandatos sucessivos, o Prefeito e o Vice-Prefeito só podem exercer dois mandatos consecutivos nos respectivos cargos, porquanto só há possibilidade jurídica de uma reeleição imediata. Nada impede, todavia, nova candidatura após o decurso de um quadriênio *in albis*. Daí a possibilidade de dois mandatos eletivos consecutivos na qualidade de Prefeito, um quadriênio sem o exercício do cargo e mais dois mandatos em seguida, em virtude de novas eleições.

As eleições para Prefeito e Vice-Prefeito são realizadas no primeiro domingo do mês de outubro do ano anterior ao término dos mandatos dos chefes do executivo municipal, em primeiro de janeiro. Nos Municípios com até duzentos mil eleitores, a escolha é feita em turno único. É o caso de Viçosa, porquanto o eleitorado corresponde a pouco mais de cinquenta e cinco mil. Já nos Municípios com mais de duzentos mil eleitores, há possibilidade de segundo turno, em virtude da aplicação do disposto no artigo 77 da Constituição brasileira, de modo a ensejar o segundo turno no último domingo de outubro do ano anterior ao término do mandato. É certo, entretanto, que não há segundo turno se algum candidato alcançar maioria absoluta dos votos válidos no primeiro turno. Em contraposição, se nenhum candidato alcançar a maioria absoluta dos votos válidos no primeiro turno, as duas chapas eleitorais beneficiárias das melhores votações seguem para o segundo turno do pleito executivo municipal.

Em qualquer caso, o Prefeito e o Vice-Prefeito tomam posse no dia primeiro de janeiro do ano subsequente ao da eleição, conforme determina o inciso III do artigo 29 da Constituição brasileira.

Tal como o Vice-Presidente e o Vice-Governador, o Vice-Prefeito é eleito automaticamente com o Prefeito que encabeça a chapa eleitoral. Não há, portanto, eleição específica para Vice-Prefeito.

Ainda em relação ao Prefeito e ao Vice-Prefeito, ambos devem ter idade mínima de vinte e um anos, conforme estabelece o artigo 14, § 3º, inciso VI, letra “d”, da Constituição Federal. Por outro lado, não há idade máxima para a candidatura, a posse e o exercício da chefia do Poder Executivo municipal.

Por fim, ao contrário do Prefeito e do Vice-Prefeito, os Secretários Municipais não são eleitos, mas, sim, nomeados pelo Prefeito; e também são passíveis de exoneração conforme a livre vontade do Prefeito, já que não exercem mandato eletivo nem cargo efetivo, mas simples cargos de confiança.

11.4. PODER JUDICIÁRIO MUNICIPAL: INEXISTÊNCIA

Os Municípios têm o próprio Poder Executivo e também Poder Legislativo específico, mas não Poder Judiciário. De fato, ao contrário da União e dos Estados-membros, os Municípios são entes federativos sem Poder Judiciário próprio. É certo que em passado remoto já houve “juízes municipais”, conforme revela o revogado artigo 2º, número 1, do Código Comercial brasileiro de 1850. Há muito, entretanto, os processos que envolvem os Municípios são julgados por Juízes de Direito dos Estados-membros, na grande maioria dos casos, ou por Juízes Federais, nas hipóteses excepcionais previstas no artigo 109, inciso II, da Constituição Federal.

No que tange aos processos penais movidos em face de Prefeito, a competência é do Tribunal de Justiça do Estado-membro no qual está situado o respectivo Município²⁷⁹.

A competência do Tribunal de Justiça, todavia, diz respeito apenas aos processos por crimes comuns. Quanto aos crimes eleitorais, a competência é do Tribunal Regional Eleitoral. Já em relação aos crimes federais, a competência é do Tribunal Regional Federal. A propósito, vale conferir a súmula nº 702 do Supremo Tribunal Federal: “A competência do Tribunal de Justiça para julgar prefeitos restringe-se aos crimes de competência da justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau”.

Por fim, os processos cíveis acionados contra Prefeitos são julgados por Juízes de Direito dos Estados-membros ou, excepcionalmente, por Juízes Federais, nos casos expressos no artigo 109, inciso II, da Constituição Federal.

²⁷⁹ Cf. artigo 29, inciso X, da Constituição Federal.

12. O DISTRITO FEDERAL

12.1. CONCEITO

O Distrito Federal é a entidade autônoma da Federação brasileira na qual está situada Brasília, a Capital da República Federativa do Brasil. O Distrito Federal engloba Brasília, mas com ela não se confunde. Brasília é uma das trinta e uma regiões administrativas do Distrito Federal, ao lado de Ceilândia e de Taguatinga, que são as mais populosas²⁸⁰.

Ao contrário dos Estados-membros, o Distrito Federal não pode ser dividido em Municípios, em razão da vedação constante do artigo 32 da Constituição. Sem dúvida, o Distrito Federal é dividido em regiões administrativas; e Brasília é uma delas. Não há, portanto, nenhum Município no Distrito Federal.

Por tal razão, e por outras tantas, o Distrito Federal não se confunde com Estado-membro, muito menos com Município. Aliás, é exatamente por não se confundir com nenhum dos dois entes federativos que o Distrito Federal acumula ambas as competências legislativas, como bem revela o § 1º do artigo 32 da Constituição Federal: “§ 1º Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios”.

12.2. AUTONOMIA

Os constituintes de 1987 e 1988 conferiram autonomia ao Distrito Federal. Com efeito, o Distrito Federal foi dotado de autonomia organizacional, legislativa, governamental e administrativa, em virtude dos artigos 18 e 32 da Constituição Federal, com o reforço do artigo 1º da Lei Orgânica do Distrito Federal, *in verbis*: “O Distrito Federal, no pleno exercício de sua autonomia política, administrativa e financeira, observados os princípios constitucionais, reger-se-á por esta Lei Orgânica”.

Não obstante, a autonomia do Distrito Federal sofre algumas restrições, consubstanciadas nos artigos 21, incisos XIII e XIV, e 22, inciso XVII, da Constituição Federal. À vista dos preceitos constitucionais, compete à União organizar e manter o Poder Judiciário e o Ministério Público do Distrito Federal,

²⁸⁰ Brasília é a terceira região administrativa do Distrito Federal em população.

a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio, bem como legislar sobre a organização judiciária e o Ministério Público do Distrito Federal.

De fato, o Poder Judiciário, o Ministério Público, a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros não são do Distrito Federal propriamente dito, mas, sim, da União, mas com atuação no Distrito Federal e para o Distrito Federal.

Ressalvadas as apontadas restrições constantes dos incisos XIII e XIV do artigo 21 e do inciso XVII do artigo 22, no mais, o Distrito Federal tem autonomia de organização, legislação, governo e administração, tanto que foi incluído no rol dos entes federativos autônomos do Estado brasileiro, *ex vi* do artigo 18 da Constituição de 1988.

12.3. LEI ORGÂNICA, PODER LEGISLATIVO E PODER EXECUTIVO

A autonomia organizacional do Distrito Federal reside no *caput* do artigo 32 da Constituição Federal. A organização do Distrito Federal consta da respectiva “lei orgânica”, votada, aprovada e promulgada na Câmara Legislativa do Distrito Federal, composta por vinte e quatro Deputados Distritais eleitos pelos cidadãos com domicílio eleitoral na circunscrição referente ao Distrito Federal. Tal como uma Constituição estadual e uma lei orgânica municipal, a lei orgânica distrital versa sobre a organização, o governo e a administração do Distrito Federal.

Ainda a respeito da autonomia do Distrito Federal, o § 2º do artigo 32 da Constituição Federal revela que o governo também é escolhido pelos cidadãos do Distrito Federal, os quais votam nas eleições para Governador e Vice-Governador, assim como nos pleitos para a escolha dos Deputados Distritais que integram a respectiva Câmara Legislativa.

É de quatro anos a duração dos mandatos eletivos do Governador, do Vice-Governador e dos Deputados Distritais²⁸¹.

No que tange à chefia do Poder Executivo distrital, só há possibilidade de uma reeleição imediata para Governador do Distrito Federal. Já para a Câmara

²⁸¹ Cf. artigos 27, § 1º, 28, *caput* e 32, § 2º, da Constituição Federal.

Legislativa, há possibilidade de sucessivas reeleições. À vista do § 3º do artigo 32 da Constituição Federal, os Deputados Distritais são beneficiários das mesmas imunidades parlamentares conferidas aos Deputados Federais e Senadores da República.

Por fim, os cidadãos do Distrito Federal também escolhem oito Deputados Federais e três Senadores, para a representação do povo na Câmara dos Deputados e do Distrito Federal no Senado, respectivamente.

CAPÍTULO IV

CONSTITUIÇÃO E DIREITO CONSTITUCIONAL

1. CONSTITUIÇÃO E DIREITO CONSTITUCIONAL: CONCEITOS

Constituição é a principal norma jurídica de regência de um Estado soberano, porquanto versa sobre a estrutura e a organização do Estado, a forma e o sistema de governo, a distribuição e a limitação dos poderes estatais, os direitos políticos e os direitos e as garantias fundamentais em favor das pessoas em relação ao Estado. Daí a razão para a utilização das expressões “Lei das Leis”, “Lei Maior”, “Lei Fundamental” e “Lei Magna”, em referência à Constituição.

A Constituição é o objeto do Direito Constitucional. Por conseguinte, o Direito Constitucional é o ramo do Direito que versa sobre a estrutura, a organização e o governo do Estado, a distribuição e a limitação dos poderes estatais, os direitos e as garantias fundamentais, os direitos políticos ou direitos da cidadania, sem prejuízo da inclusão de outras matérias na Constituição, conforme a livre escolha dos constituintes²⁸²⁻²⁸³.

2. PODER CONSTITUINTE

2.1. CONCEITO, ESPÉCIES E TITULARIDADE

A atribuição consubstanciada na elaboração de uma Constituição ou de um dispositivo constitucional é denominada “poder constituinte”. Quando há a elaboração de uma nova Constituição, de forma integral, portanto, o poder constituinte é denominado “originário”. Já a modificação parcial da Constituição,

²⁸² Há, portanto, nas Constituições brasileiras, dispositivos que são “materialmente constitucionais” e outros que são apenas “formalmente constitucionais”. Um exemplo de preceito “formalmente constitucional” consta do artigo 15 das Disposições Transitórias da Constituição de 1934: “Art 15. Fica o Governo autorizado a abrir o credito de 300:000\$000, para a erecção de um monumento ao Marechal Deodoro da Fonseca, Proclamador da Republica” (redação original). Outro exemplo de dispositivo “formalmente constitucional” reside no artigo 187 da Carta de 1967, *in verbis*: “Art. 187. O Govêrno da União erigirá um monumento a Luiz Alves de Lima e Silva, na localidade do seu nascimento, no Estado do Rio de Janeiro” (redação orifinal). Na Constituição brasileira de 1988 também há dispositivos que não versam sobre a estrutura e a organização do Estado, poderes politicos, direitos politicos e direitos e garantias fundamentais, como, por exemplo, o § 2º do artigo 242, *in verbis*: “§ 2º O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”. Embora não versem sobre matéria constitucional propriamente dita, a previsão na Constituição confere aos dispositivos força de preceito constitucional para todos os fins.

²⁸³ Por conseguinte, além do presente capítulo IV, os subseqüentes capítulos V (Lei e processo legislativo), VI (Direitos e garantias fundamentais) e VII (Direitos políticos ou da cidadania) também versam sobre institutos de Direito Constitucional.

mediante emenda constitucional, é fruto do denominado “poder constituinte derivado reformador”.

O titular do poder constituinte é o povo do respectivo Estado soberano, como bem revelam o proêmio do preâmbulo e o inteiro teor do parágrafo único do artigo 1º da Constituição de 1988, respectivamente: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático”²⁸⁴. “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

O povo de um Estado é formado pelos respectivos nacionais, vale dizer, pelas pessoas beneficiárias da nacionalidade. O povo, portanto, é o elemento humano do Estado e o titular do poder constituinte, seja originário, para a elaboração de uma nova Constituição, seja derivado, para a modificação parcial da Constituição existente.

Embora o povo seja o titular, o poder constituinte é exercido pelos respectivos representantes, em razão da impossibilidade física da reunião de todos os indivíduos que formam o povo, tanto para as deliberações referentes à elaboração de uma nova Constituição, quanto para a parcial alteração da Constituição vigente²⁸⁵.

Em suma, o poder constituinte é a possibilidade que o povo detém de fixar, por intermédio dos seus representantes, as linhas mestras da instituição de um novo Estado soberano ou reconstruir os alicerces políticos, jurídicos, sociais e econômicos de um Estado existente.

2.2. PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

O poder constituinte originário, também denominado “poder constituinte de primeiro grau”, “poder constituinte inicial” e “poder constituinte inaugural”, é a atribuição consubstanciada na elaboração de nova Constituição, sem limitação alguma para a construção do novo Estado ou a reconstrução do Estado soberano já existente.

²⁸⁴ Redação original.

²⁸⁵ *Ad argumentandum tantum*, seria conveniente, em prol da democracia direta, a aprovação de uma emenda constitucional que estabelecesse a exigência de referendo para que as emendas constitucionais promulgadas fossem publicadas e entrassem em vigor, com a consequente ineficácia daquelas (emendas constitucionais) rejeitadas pelo povo.

O poder constituinte originário surge em razão do rompimento com o ordenamento jurídico pretérito, diante da ocorrência de ruptura social ou institucional, em consequência de movimento revolucionário²⁸⁶, de declaração de independência²⁸⁷, de guerra civil²⁸⁸ e de golpe de Estado²⁸⁹, por exemplo.

Em consequência da ruptura social ou institucional, nasce o poder de construir ou reconstruir o Estado soberano, a nova ordem jurídico-estatal, por meio de uma nova Constituição, fruto do poder constituinte originário.

Por não ter vinculação alguma ao ordenamento anterior, por ser o marco inicial do novo Estado em construção ou reconstrução, e por não estar submetido a limite algum, tem-se que o poder constituinte originário é autônomo, inicial, ilimitado e incondicionado. Por conseguinte, nem mesmo os atos jurídicos perfeitos e os direitos adquiridos à luz da Constituição e do ordenamento jurídico anteriores precisam ser respeitados pelos constituintes originários, os quais, portanto, são livres e independentes no trabalho de construção ou de reconstrução do Estado soberano, sem nenhuma limitação.

2.3. PODER CONSTITUINTE DERIVADO: REFORMADOR E DECORRENTE

Além do poder constituinte originário, que é ilimitado e absoluto, há o poder constituinte derivado, que é instituído, condicionado e limitado pelo poder constituinte originário.

Com efeito, os constituintes originários instituem e impõem as condições e os limites para o exercício do poder constituinte derivado, seja por meio de emenda constitucional à Constituição Federal, seja mediante a elaboração de constituições estaduais. Assim, o poder constituinte derivado pode ser reformador ou decorrente, conforme o escopo seja a atualização da Constituição Federal, por meio de emenda, ou a elaboração de constituições estaduais, respectivamente.

²⁸⁶ Como ocorreu em 1789, na França, com a consequente superveniência da Constituição de 1791.

²⁸⁷ Como ocorreu em 1822, no Brasil, com a consequente superveniência da Constituição de 1824.

²⁸⁸ Como ocorreu em 1932, no Brasil, com a consequente superveniência da Constituição de 1934.

²⁸⁹ Como ocorreu em 1889, 1930, 1937, 1964 e 1969, no Brasil, com a consequente superveniência das Constituições de 1891, 1934, 1937, 1967 e 1969, respectivamente.

Por oportuno, vale notar que a Constituição brasileira de 1934 teve duas origens: a remota, decorrente do golpe de 1930, e a imediata, proveniente da guerra civil ocorrida em 1932, também denominada "Revolução Constitucionalista".

O poder constituinte derivado reformador consiste na autorização que os constituintes originários conferiram aos congressistas subsequentes para que façam as reformas no texto constitucional original, a fim de atualizar a Constituição Federal à vista da evolução social, econômica, cultural. O poder constituinte derivado é reformador, portanto, gera elaboração parcial, mediante a inclusão de um novo artigo, de um novo inciso, de uma nova alínea ou de um novo parágrafo, ou a modificação da redação ou do conteúdo de um dispositivo existente na Constituição, que, no mais, é preservada. Daí a possibilidade de emendas à Constituição, nos termos, limites e condições do § 2º do artigo 60 da Constituição de 1988.

Sob outro prisma, o poder constituinte derivado decorrente diz respeito à autorização que os constituintes originários conferiram aos parlamentares dos Estados-membros para elaborarem as respectivas constituições estaduais, à vista dos princípios da Constituição Federal, como bem revelam o artigo 125, *caput*, da Constituição de 1988, e o artigo 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, *in verbis*: “Art. 11. Cada Assembléia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta”.

São, em suma, as duas modalidades de poder constituinte derivado.

3. CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Ao longo da História do Estado brasileiro, várias Constituições foram outorgadas ou promulgadas, de acordo com o regime político predominante em diferentes momentos. É tão complexa e conturbada a História do Estado brasileiro, que há infundável divergência doutrinária em relação ao número de Constituições existentes, de modo a suscitar o seguinte questionamento: a Constituição de 1988 é a sétima ou a oitava Constituição do Brasil?

Antes de solucionar a questão apresentada, é importante examinar cada uma das Constituições brasileiras e os respectivos históricos político-institucionais.

3.1. CONSTITUIÇÃO DE 1824: CARTA IMPERIAL

Em virtude da proclamação da independência em 1822, com a consequente ruptura com o regime político-institucional vigente, no qual o Brasil integrava o Reino de Portugal, era natural e até mesmo necessária a estruturação e a organização do novel Estado brasileiro, por meio de um diploma próprio, o que ocorreu em 1824, quando Dom Pedro I outorgou a Carta Imperial, primeira e mais longa Constituição brasileira, que subsistiu ao longo de sessenta e cinco anos.

A Constituição de 1824 consagrou a monarquia hereditária, que tinha no imperador a principal figura do novo Estado brasileiro. A consagração da monarquia hereditária implicava sucessão de pai para filho, razão pela qual Dom Pedro II herdou o trono de Dom Pedro I²⁹⁰.

A Carta Imperial é marcada pela existência de quatro “Poderes Políticos”: o Executivo, o Legislativo, o Judiciário e o Moderador, exercido pelo Imperador. Adotou-se, portanto, a essência da teoria do francês Henri-Benjamin Constant²⁹¹.

Outra importante marca da Carta Imperial diz respeito à forma de Estado consagrada: o Estado unitário, com governo central, sem a descentralização que é própria das federações. Não existiam Estados-membros, mas simples províncias, submetidas ao governo central exercido pelo imperador.

A Constituição de 1824 adotou o catolicismo como religião oficial do Estado. Foi a primeira e única Constituição brasileira que consagrou o vínculo entre o Estado e a Igreja.

A Carta Imperial consagrou o instituto do voto censitário, com a concessão do direito de voto apenas aos homens livres e ricos, e a consequente exclusão das mulheres, dos escravos e dos pobres.

Em suma, na Constituição de 1824 houve a adoção do Estado unitário, como forma de Estado, da monarquia, como forma de governo, do monarquismo, como sistema de governo, do catolicismo, como religião oficial, e do voto censitário.

²⁹⁰ Cf. artigos 116 e 117 da Carta Imperial.

²⁹¹ O qual não pode ser confundido com o militar brasileiro Benjamin Constant.

3.2. CONSTITUIÇÃO DE 1891: CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA

Após o golpe de Estado capitaneado pelo Marechal Deodoro da Fonseca, que ocasionou a deposição do Imperador Dom Pedro II e a proclamação da República em 15 de novembro de 1889, houve a instauração de uma Assembleia Constituinte e a posterior promulgação da Constituição de 1891, a primeira republicana e a segunda brasileira.

A Constituição de 1891 consagrou a república, como forma de governo, o presidencialismo, como sistema de governo, e a federação, como forma de Estado, nos moldes estadunidenses. Em abono, vale conferir a redação original do artigo 1º, *in verbis*: “Art. 1º A Nação Brasileira adota como fórmula de governo, sob o regimen representativo, a Republica Federativa proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitue-se, por união perpetua e indissolúvel das suas antigas provincias, em Estados Unidos do Brazil”. O nome oficial do Estado brasileiro, portanto, passa a ser “Estados Unidos do Brazil”.

Por força do transcrito artigo 1º, com o reforço do artigo 2º, cada uma das antigas províncias do Império passou a ser um Estado-membro da Federação brasileira. A autonomia dos Estados-membros é marcante na Constituição de 1891, na esteira da Constituição estadunidense de 1787, em virtude da notória influência das convicções políticas e jurídicas do baiano Rui Barbosa²⁹²⁻²⁹³.

Também é na Constituição de 1891 que é encontrada, pela vez primeira, o comando de transferência da Capital Federal para o planalto central do Brasil²⁹⁴.

Outra importante inovação da Constituição de 1891 foi a separação do Estado em relação à Igreja. O Brasil passa a ser um Estado laico, sem religião oficial. Adotou-se, portanto, com a liberdade de crença e de culto que subsiste no Direito brasileiro até os dias de hoje.

Não obstante, a cidadania era tímida ao tempo da Constituição de 1891, em razão de inúmeras restrições ao direito de voto. Na esteira da Carta Imperial,

²⁹² Ruy, com “y”, segundo a grafia original.

²⁹³ Em virtude da autonomia conferida aos Estados-membros, houve a aprovação de Códigos de Processo Civil estaduais em Minas Gerais, Bahia, Rio Grande do Sul, São Paulo, Pernambuco e Espírito Santo, por exemplo. Nenhuma outra Constituição brasileira conferiu igual competência em prol dos Estados-membros, tanto que os Códigos de Processo Civil de 1939, de 1973 e de 2015 são leis federais.

²⁹⁴ “Art. 3º Fica pertencendo á União, no planalto central da Republica, uma zona de 14.400 kilometros quadrados, que será opportunamente demarcada, para nella estabelecer-se a futura Capital Federal. *Paragrapho unico*. Effectuada a mudança da Capital, o actual Districto Federal passará a constituir um Estado.” (redação original).

preservou-se o voto censitário, consubstanciado no direito de voto em razão do patrimônio pessoal. Não só os mendigos, mas também os analfabetos, os praças, os religiosos e as mulheres não eram beneficiários do direito de voto.

A propósito das limitações ao direito de voto da Constituição de 1891, vale conferir o disposto no artigo 70, em sua redação original: “Art. 70. São eleitores os cidadãos maiores de 21 annos, que se alistarem na fórma da lei. § 1º Não podem alistar-se eleitores para as eleições federaes, ou para as dos Estados: 1º Os mendigos; 2º Os analphabetos; 3º As praças de pret, exceptuando os alumnos das escolas militares de ensino superior; 4º Os religiosos de ordens monasticas. companhias, congregações, ou communidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediencia, regra, ou estatuto, que importe a renuncia da liberdade individual. § 2º São inelegiveis os cidadãos não alistaveis”. À evidência, o direito de voto não era universal na Constituição de 1891.

A Constituição republicana também é marcada pela instituição do *habeas corpus* e pela reorganização dos Poderes Políticos, à vista teoria tripartite desenvolvida pelo francês Montesquieu: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. Aboliu-se, portanto, o Poder Moderador.

No que tange ao *habeas corpus*, houve a consagração da denominada “teoria brasileira do *habeas corpus*”, capitaneada pelo jurista Rui Barbosa, que autorizava a impetração para a defesa do direito de locomoção e também contra todo e qualquer ato ilegal ou abusivo de autoridade pública. A propósito da amplitude da admissibilidade do *habeas corpus* sob a égide da Constituição de 1891, vale conferir a redação original do § 22 do artigo 72, *in verbis*: “§ 22. Dar-se-ha o *habeas-corpus* sempre que o individuo soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer violencia, ou coacção, por illegalidade, ou abuso de poder”. À evidência, era amplo o campo de aplicação do *habeas corpus* ao tempo da Constituição de 1891, até porque ainda não existia o mandado de segurança, instituto que surge apenas na Constituição de 1934, com a consequente separação das hipóteses de incidência das duas mais importantes garantias constitucionais existentes até hoje.

Ao contrário da Carta Imperial, que não continha vedação à pena de morte, a Constituição de 1891 impôs a proibição, ressalvadas “as disposições da legislação militar em tempo de guerra”^{295,296}.

Em suma, com o advento da Constituição de 1891, o Estado brasileiro foi reconstruído sob a forma de república federativa presidencialista, mas com sérias restrições à cidadania, como o voto censitário e sem caráter universal, a despeito da consagração da liberdade religiosa, do instituto do *habeas corpus* e da vedação da pena morte, salvo em caso de guerra.

3.3. CONSTITUIÇÃO DE 1934: CONSTITUIÇÃO DA “REPÚBLICA NOVA”

Em razão da crise econômica internacional de 1929 e do fracasso da denominada “política do café com leite”, lideranças políticas de Minas Gerais, da Paraíba e do Rio Grande do Sul formaram a “Aliança Liberal”, romperam com o regime político-institucional vigente e sustentaram a denominada “Revolução de 1930”, verdadeiro golpe de Estado por meio do qual Getúlio Vargas assumiu o governo do país. Era o fim da denominada “República Velha”.

Não tinha fim, entretanto, a instabilidade política no país, que chegou ao extremo em 1932, quando houve inegável guerra civil, chamada de “Revolução Constitucionalista”, sempre lembrada pelos paulistas a cada 9 de julho, em virtude da Lei estadual nº 9.497, *in verbis*: “Institui, como feriado civil, o dia 9 de julho, data magna do Estado de São Paulo”.

Findo o conflito armado e como consequência dele, há a instalação de Assembleia Nacional Constituinte em 1933, para a confecção de uma nova Constituição.

Concluídos os trabalhos, há a promulgação da Constituição de 1934, com a preservação da república, do presidencialismo e da federação, mas com o notório fortalecimento da União, em detrimento dos Estados-membros. À evidência, não subsistiu o modelo estadunidense consagrado na Constituição de 1891, de maior a autonomia aos Estados-membros. De fato, a Constituição de

²⁹⁵ § 21. Fica igualmente abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra”.

²⁹⁶ Foram adotadas, portanto, na Constituição de 1891, tanto a regra da proibição quanto a exceção que constam da atual Constituição de 1988.

1934 implicou enfraquecimento dos Estados-membros em face da União, cujas competências legislativas foram majoradas, em prejuízo daqueles.

Não obstante, a Constituição de 1934 contém alguns avanços institucionais e sociais, como a consagração da Justiça Eleitoral, do voto feminino e do voto secreto, a instituição da Justiça do Trabalho, de direitos trabalhistas e do mandado de segurança, além da preservação do instituto do *habeas corpus*, agora como garantia constitucional específica do direito de ir e vir.

A previsão da ação popular em favor dos cidadãos, com a possibilidade do acionamento do Poder Judiciário contra atos de autoridades públicas lesivos ao patrimônio público ou contrários à moralidade administrativa, também é importante marca da Constituição de 1934.

Outro significativo avanço proveniente da Constituição de 1934 foi a abolição do voto censitário, rumo ao voto universal, já que as mulheres e os pobres passaram a ter direito de voto, com a exclusão, todavia, dos analfabetos.

Na esteira da Constituição de 1891, foi reafirmada a determinação de transferência da Capital Federal para o Planalto Central, em virtude do disposto no artigo 4º das Disposições Transitórias²⁹⁷.

No que tange ao Poder Executivo, o artigo 52 fixou o mandato presidencial em quatro anos e proibiu a reeleição no quadriênio subsequente, nos seguintes termos: “Art 52. O período presidencial durará um quadriennio, não podendo o Presidente da Republica ser reeleito senão quatro annos depois de cessada a sua funcção, qualquer que tenha sido a duração desta”²⁹⁸.

Em razão da expressa proibição da reeleição, da limitação do mandato presidencial em quatro anos e do caráter democrático do texto promulgado, a Constituição de 1934 não subsistiu por muito tempo, por ser incompatível com o regime totalitário implantado por força do Golpe de 1937, que conduziu ao enfeixamento dos poderes nas mãos do Presidente Getúlio Vargas. O transcrito

²⁹⁷ “Art 4º Será transferida a Capital da União para um ponto central do Brasil. O Presidente da Republica, logo que esta Constituição entrar em vigor, nomeará uma commissão, que, sob instrucções do Governo, procederá a estudos de varias localidades adequadas á installação da Capital. Concluidos taes estudos, serão presentes á Camara dos Deputados, que escolherá o local e tomará sem perda de tempo, as providencias necessarias á mudança. Effectuada esta, o actual Districto Federal passará a constituir um Estado.” (redação original).

²⁹⁸ Redação original.

artigo 52, portanto, não foi cumprido, como, de resto, o disposto no texto da Constituição.

3.4. CONSTITUIÇÃO DE 1937: CARTA “POLACA”

Com o claro objetivo de se perpetuar no poder, o Presidente Getúlio Vargas tramou o Golpe de 1937; e tal como em 1930, mais uma vez saiu vitorioso. Sem enfrentar, todavia, a resistência paulista ocorrida em 1932, implantou regime totalitário no país, com a outorga da Carta de 1937, à luz da Constituição Polonesa de 1935, para consagrar o que denominou de “Estado Novo”.

À evidência, a Carta tachada de “Polaca” significou notório retrocesso político-institucional, como é perceptível, por exemplo, pela instituição do denominado “decreto-lei”, por meio do qual o Presidente da República passou a legislar, com fundamento nos artigos 12, 13 e 180²⁹⁹.

Sem dúvida, a despeito da previsão do Poder Legislativo nos artigos 38 e seguintes da Carta outorgada, houve a dissolução da Câmara dos Deputados, do Senado e até mesmo das assembleias legislativas e câmara de vereadores; e o Presidente passou a legislar por meio de decretos-leis.

Ademais, os Estados-membros também perderam inúmeras competências e até mesmo as respectivas autonomias, em benefício do poder central da União, exercido pelo Presidente da República, na qualidade de “autoridade suprema do Estado”³⁰⁰.

Outro significativo retrocesso da Carta de 1937 foi a extinção da Justiça Eleitoral e dos partidos políticos, já que a “autoridade suprema do Estado” não desejava abdicar dos poderes alcançados por força do Golpe de 1937.

Com efeito, apesar de o artigo 80 fixar o “período presidencial” pelo prazo “de seis anos”, o dispositivo não foi cumprido, já que o Presidente Vargas resistiu o quanto pode, até 29 de outubro de 1945, quase oito anos após a outorga da Carta de 1937, em 10 de novembro de 1937.

²⁹⁹ À vista do artigo 180 da Carta de 1937, o Presidente da República expediu decretos-leis por meio dos quais aprovou o Código de Processo Civil de 1939, o Código Penal de 1940, o Código de Processo Penal de 1941, a Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 e a denominada “Lei de Falências” de 1945, por exemplo.

³⁰⁰ Cf. artigo 73 da Carta de 1937.

Vale ressaltar que a Carta de 1937 tratou pela primeira vez do instituto da greve, mas com expressa proibição, nos termos do segundo parágrafo do artigo 139, *in verbis*: “A greve e o lock-out são declarados recursos anti-sociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional”.

A Carta de 1937 autorizou a imposição de pena de morte em diversos crimes arrolados no item 13 do artigo 122, como, por exemplo, em caso de “homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade”.

Por outro lado, foi omissa acerca da instituição do júri, o que a difere de todas as demais Constituições brasileiras. Outras ausências importantes dizem respeito aos institutos do mandado de segurança e da ação popular, também excluídos do rol de garantias constitucionais.

Por tudo, a Carta de 1937 é considerada a mais draconiana de todas as Constituições brasileiras³⁰¹.

3.5. CONSTITUIÇÃO DE 1946: “CONSTITUIÇÃO DA REDEMOCRATIZAÇÃO”

Após o término da Segunda Guerra Mundial, com a derrota dos regimes totalitários então vigentes na Alemanha e na Itália, a subsistência do regime Vargas restou incompatível com os novos ares democráticos inspirados nos países vitoriosos no conflito, com destaque para os Estados Unidos da América. Enfraquecido, o Presidente Getúlio Vargas foi deposto pelos militares no dia 29 de outubro de 1945, após quinze anos na Presidência da República³⁰².

Em seguida, houve a instalação de Assembleia Nacional Constituinte, para a confecção de nova Constituição em prol da redemocratização do país, com a participação de constituintes de diversas correntes e ideologias, como os comunistas Luís Carlos Prestes, Jorge Amado e Carlos Marighella. Daí a promulgação da Constituição de 1946, avançada sob todos os prismas, com a consagração do pluripartidarismo, dos direitos políticos e dos direitos humanos, o fortalecimento dos direitos sociais e do federalismo, a restauração da Justiça Eleitoral e o restabelecimento do mandado de segurança, do júri e da ação

³⁰¹ Mais arbitrária, portanto, do que a Carta de 1967 e a Emenda nº 1, de 1969, outorgadas por força do regime militar imposto em 1964.

³⁰² Considerados os períodos presidenciais após os Golpes de 1930 e de 1937, ambos realizados sob a sua liderança, com a consagração da denominada “Era Vargas”.

popular no rol das garantias fundamentais. Inspirada nas Constituições de 1891 e de 1934, portanto, é a Constituição da redemocratização do Estado brasileiro.

Na esteira das Constituições pretéritas, o artigo 1º da Constituição de 1946 também conferiu ao Estado brasileiro o nome oficial de “Estados Unidos do Brasil”³⁰³.

No que tange ao mandato presidencial, foi fixado em cinco anos, conforme se infere do artigo 80 da Constituição de 1946, *in verbis*: “Art 82 - O Presidente e o Vice-Presidente da República exercerão o cargo por cinco anos”. Houve, portanto, redução do período presidencial, que era de seis anos na Carta de 1937³⁰⁴.

Ao contrário da Carta de 1937, na qual a greve era vedada, na Constituição de 1946 há o reconhecimento do “direito de greve”, nos termos do artigo 158: “Art 158 - É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará”.

Em suma, ainda que comparada com as Constituições de 1891 e de 1934, a Constituição de 1946 trouxe avanços em relação aos direitos sociais, aos direitos da cidadania e aos direitos e garantias fundamentais.

3.6. CONSTITUIÇÕES DE 1967 E DE 1969: CARTAS MILITARES

Após as sucessivas crises político-institucionais provenientes da renúncia do Presidente Jânio Quadro, em 1961, há o Golpe de 1964, com a deposição do Presidente João Goulart e a instalação da ditadura militar no país.

Em razão do novo quadro e da conseqüente incompatibilidade com a Constituição de 1946, houve a outorga da Carta de 1967, para consagrar o regime autoritário imposto em 1964. Daí a sexta Constituição brasileira, quinta da República, marcada pelo retrocesso político-institucional, com a prevalência do Poder Executivo e a notória supressão de direitos dos cidadãos.

No que tange ao nome do Estado brasileiro, é a primeira a abolir a expressão “Estados Unidos do”, existente nas Constituições de 1891, 1934, 1937 e 1946. O nome oficial do Estado brasileiro passou a ser apenas “Brasil”. Daí a “Constituição do Brasil”.

³⁰³ O que ocorreu pela última vez em uma Constituição brasileira.

³⁰⁴ Embora o Presidente Vargas tenha desrespeitado a Carta que outorgou, para permanecer na presidência até 29 de outubro de 1945.

Vale ressaltar que o Distrito Federal não gozava de autonomia na Carta de 1967. Não existia, portanto, um governador eleito pelos cidadãos do Distrito Federal, mas, sim, o “Prefeito do Distrito Federal”, nomeado “pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado”³⁰⁵.

Os artigos 76 e 77 versavam sobre a eleição indireta do Presidente da República, em “um colégio eleitoral” “composto dos membros do Congresso Nacional e de Delegados indicados pelas Assembléias Legislativas dos Estados”. O mandato presidencial foi fixado em “quatro anos”.

O artigo 113 versou sobre o Supremo Tribunal Federal, composto “de dezesseis Ministros”. A Carta de 1967 fixou, portanto, a maior composição do Supremo Tribunal Federal dentre todas as Constituições brasileiras.

Já o artigo 122 conferiu à Justiça Militar competência para “processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas”, além de “civis, nos casos expressos em lei para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares”.

Por outro lado, o artigo 150 preservou as instituições do júri, do *habeas corpus*, do mandado de segurança e da ação popular, bem como a vedação de extradição de brasileiro³⁰⁶.

Também vale ressaltar que os artigos 157 e 158 asseguraram o direito “de greve” “aos trabalhadores”, salvo “nos serviços públicos e atividades essenciais”.

Em 1969, entretanto, diante da grave doença que acometeu o Presidente Arthur Costa e Silva, uma Junta Militar constituída pelos três Ministros do Exército, da Marinha e da Aeronáutica impediu a posse do Vice-Presidente Pedro Aleixo, assumiu a Presidência da República e decretou a Emenda nº 1 à Carta de 1967, com inúmeras alterações ao texto constitucional original, para conferir maior força ao Poder Executivo e autorizar novas supressões de direitos fundamentais, tanto humanos quanto políticos.

³⁰⁵ Art. 17, § 2º, da Carta de 1967.

³⁰⁶ “§ 18. São mantidas a instituição e a soberania do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida. § 19. Não será concedida a extradição do estrangeiro por crime político ou de opinião, nem em caso algum, a de brasileiro. § 20. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não caberá *habeas corpus*. § 21. Conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual fôr a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”. “§ 31. Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas”.

Diante das substanciais modificações impostas pelos Ministros integrantes da Junta Militar, a Emenda nº 1 é considerada uma nova Carta Constitucional por renomados juristas, porquanto houve um “golpe dentro do golpe”³⁰⁷.

Com efeito, a Emenda nº 1 foi a sétima Constituição brasileira, vale dizer, a Constituição de 1969, porquanto houve ruptura notória institucional-constitucional quando os Ministros integrantes da Junta Militar impediram a posse do Vice-Presidente eleito à luz da Constituição de 1967, após a doença e o falecimento do Presidente Costa e Silva.

Por tudo, é lícito concluir que a denominada “Emenda nº 1” equivale à “Constituição de 1969”³⁰⁸.

Com o decorrer dos anos e de sucessivas crises econômicas e sociais, todavia, o regime autoritário perdeu força e deu lugar à transição iniciada pelo Presidente Ernesto Geisel e concluída pelo Presidente João Batista Figueiredo, com a eleição indireta do então Governador Tancredo Neves em 1985, primeiro civil eleito Presidente da República após duas décadas de ditadura militar.

Como as Cartas militares restaram incompatíveis com o novo cenário político-social decorrente das justas aspirações populares em prol da redemocratização e da realização de eleições diretas, houve a promulgação da Emenda nº 26, com a convocação de Assembleia Nacional Constituinte, a partir de 1º de fevereiro de 1987, para a redação de uma nova Constituição.

3.7. CONSTITUIÇÃO DE 1988: “CONSTITUIÇÃO CIDADÃ”

Findos os trabalhos na Assembleia Nacional Constituinte de 1987 e 1988, a atual Constituição brasileira foi promulgada no dia 5 de outubro de 1988, com a consagração do pluripartidarismo e das eleições diretas em todas as esferas, o fortalecimento da autonomia dos Estados-membros, dos Municípios e do Distrito Federal, a majoração dos direitos e das garantias fundamentais, com a instituição do *habeas data*, do mandado de injunção e do mandado de segurança coletivo.

³⁰⁷ Luís Roberto Barroso. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. *In* As Constituições brasileiras: notícia, história e análise crítica. Editora OAB, 2008, p. 132.

³⁰⁸ De acordo, na doutrina: Gilberto Cotrim. Direito fundamental. 22ª ed., 2008, p. 21, nota 4; e José Afonso da Silva. Manual da Constituição de 1988. 1ª ed., 2002, p. 14; e Curso de Direito Constitucional positivo. 26ª ed., 2006, p. 87; e Luís Roberto Barroso. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. *In* As Constituições brasileiras: notícia, história e análise crítica. Editora OAB, 2008, p. 132.

No que tange ao nome oficial do Estado brasileiro, os constituintes optaram pela expressão “República Federativa do Brasil”.

A Constituição de 1988 também é chamada de “Constituição Cidadã”, em virtude da majoração dos direitos políticos, com a consagração do direito de voto aos analfabetos, aos jovens de dezesseis anos, aos soldados e aos cabos, somada à previsão do plebiscito sobre a forma e o regime de governo, nos termos do artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “Art. 2º. No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País”.

Merece destaque a inclusão dos direitos e das garantias fundamentais no início da Constituição de 1988, no rol estampado no artigo 5º, ao contrário de todas as outras Constituições, nas quais os direitos e as garantias fundamentais vinham ao final, somente depois dos dispositivos relativos à estrutura e à organização do Estado brasileiro. A inovação e o realce conferido aos direitos e às garantias fundamentais são dignos de aplausos, porquanto colocam o ser humano em primeiro plano, à frente do Estado.

Na esteira do artigo 5º da Constituição de 1988, preceito-mor da igualdade, o § 6º do artigo 227 consagrou a isonomia entre os filhos, incluídos os adotivos, todos com plena igualdade de direitos, independentemente de serem frutos de casamento, ou não, e da existência de vínculo sanguíneo, ou não. Todos são filhos, sem nenhuma adjetivação.

Também na esteira do artigo 5º, o artigo 7º consagrou direitos tanto aos trabalhadores urbanos quanto aos rurais, bem como estabeleceu a “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”.

À evidência, a Constituição de 1988 tanto fortaleceu quanto majorou direitos trabalhistas: o fortalecimento, em razão da consagração na Constituição de direitos antes previstos apenas nas leis ordinárias; e a majoração, em virtude da instituição de novos direitos em prol dos trabalhadores.

Também houve notório fortalecimento da jurisdição constitucional conferida ao Supremo Tribunal Federal. Além da majoração do rol dos legitimados para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade de leis e atos normativos federais e estaduais, houve a instituição da ação declaratória de

constitucionalidade, da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Na esperança de diminuir o acúmulo de processos e recursos pendentes no Supremo Tribunal Federal sobre questões legais, os constituintes de 1987 e 1988 instituíram o Superior Tribunal de Justiça, com o deslocamento de competências daquela Corte Suprema, especialmente em relação ao recurso extraordinário, que passou a ser instrumento de veiculação apenas de questões constitucionais. Daí a instituição do Superior Tribunal de Justiça e do recurso especial, cabível contra acórdãos de Tribunais de Justiça e de Tribunais Regionais Federais, em casos de violação à legislação federal, como os Códigos Civil, Penal, Tributário, Comercial e do Consumidor, por exemplo. Assim, o recurso extraordinário cabível para o Supremo Tribunal Federal passou a ensejar apenas a veiculação de questões constitucionais, de modo a favorecer a atuação da Corte Suprema como guardiã da Constituição Federal.

Outra inovação da Constituição de 1988 foi a concessão de autonomia ao Distrito Federal, com a outorga de Poder Legislativo e Poder Executivo próprios, escolhidos pelos cidadãos do Distrito Federal. Surgiu, portanto, a figura do “Governador do Distrito Federal”, eleito mediante o voto direto dos cidadãos do Distrito Federal. Também surgiram os “Deputados Distritais”, eleitos para a “Câmara do Distrito Federal”. O Distrito Federal também passou a ser representado no Senado da República, por meio de três senadores, tal como os Estados-membros. Daí a conclusão: a Constituição de 1988 conferiu autonomia ao Distrito Federal e cidadania ao respectivo povo.

Sob todos os prismas, portanto, a Constituição de 1988, a oitava Constituição brasileira, é a mais avançada, plural, inclusiva e democrática da História do Brasil, de modo a merecer o título de “Constituição Cidadã”. Como toda obra humana, todavia, não é perfeita e merece sofrer emendas, na busca da ampliação de direitos, especialmente os referentes à educação, à saúde, à cidadania, em prol da construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, no qual cidadãos, com pleno acesso à educação e à saúde, possam decidir livremente sobre os destinos do país, por meio de plebiscitos, referendos e projetos de iniciativa popular.

4. CLASSIFICAÇÕES DAS CONSTITUIÇÕES

As Constituições são classificadas à vista de diferentes critérios apresentados na doutrina: origem, conteúdo, extensão e estabilidade.

4.1. ORIGEM: PROMULGADA OU OUTORGADA

Quanto à origem, a Constituição pode ser promulgada ou outorgada³⁰⁹.

A Constituição promulgada, democrática ou popular tem origem na vontade do povo, mediante eleição e posterior reunião dos respectivos representantes em Assembleia Constituinte, para deliberação livre e soberana. A Constituição de 1988 é vivo exemplo de Constituição promulgada, democrática, popular, votada.

Em contraposição, a Constituição outorgada é marcada pela imposição unilateral do governante ou pela força do respectivo grupo dominante, mas sem esteio na vontade popular. As Cartas de 1824, de 1937 e de 1967 podem ser classificadas como Constituições outorgadas.

Em suma, enquanto as Constituições de 1824, 1937 e 1967 foram outorgadas, impostas, as Constituições de 1891, 1934, 1946 e 1988 foram promulgadas.

4.2. CONTEÚDO: MATERIAL OU FORMAL

No que tange ao conteúdo, a Constituição pode ser material ou formal.

A Constituição é considerada material quando formada apenas por preceitos que versam sobre a estrutura e a organização do Estado e os direitos e garantias fundamentais. É a Constituição cuja substância é exclusivamente constitucional. A propósito das matérias que são constitucionais, vale lembrar o proêmio do artigo 178 da Carta de 1824: “É só constitucional o que diz respeito aos limites, atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos”³¹⁰.

Em contraposição, a Constituição é considerada formal quando contém dispositivos atinentes à estrutura e à organização do Estado, aos direitos e às garantias dos indivíduos em relação aos poderes estatais, além de outros tantos,

³⁰⁹ Outorgada ou imposta, quando a Constituição também é denominada de “Carta Constitucional”, em diferenciação à Constituição promulgada.

³¹⁰ Cf. Hilton Lobo Campanhole e Adriano Campanhole. *Constituições do Brasil*. 13ª ed., 1999, p. 831 e 832.

sobre assuntos diversos. À luz do critério formal, todos os preceitos insertos no diploma proveniente do poder constituinte são constitucionais, independentemente da matéria neles versada.

Por exemplo, o § 10 do artigo 14 da Constituição Federal é dispositivo constitucional sob o prisma formal, já que dispõe sobre o prazo e as provas do processo de impugnação de mandato, temas que estariam melhor alocados no bojo do Código Eleitoral. Não obstante, como qualquer outro dispositivo proveniente do poder constituinte e inserto no bojo da Constituição, trata-se de norma constitucional, ainda que sob o prisma formal. Tem, portanto, força constitucional, a despeito de não versar sobre a estrutura e a organização do Estado, nem sobre os direitos e as garantias dos indivíduos em relação ao Estado.

Estudadas as classificações à luz do conteúdo, é lícito afirmar que a Constituição de 1988 é formal, porquanto contém inúmeros artigos e parágrafos alheios à estrutura, à organização e à limitação do Estado.

4.3. EXTENSÃO: SINTÉTICA OU ANALÍTICA

Quanto à extensão, a Constituição pode ser sintética ou analítica.

A Constituição sintética é concisa, porquanto contém apenas os preceitos essenciais à estrutura, à organização e à limitação do Estado.

Em contraposição, a Constituição analítica ou regulamentar contém extenso rol de preceitos, sobre os mais variados assuntos.

Com duzentos e quarenta e cinco artigos, a Constituição de 1988 é um perfeito exemplo de Constituição analítica³¹¹.

4.4. ESTABILIDADE: IMUTÁVEL, RÍGIDA, SEMIRRÍGIDA OU FLEXÍVEL

A Constituição também pode ser classificada de acordo com a estabilidade, alterabilidade, mutabilidade. Segundo o critério distintivo em exame, as Constituições podem ser imutáveis, rígidas, semirrígidas ou flexíveis.

³¹¹ Vale ressaltar que o texto principal da Constituição vigente já foi ampliado, por meio de emendas constitucionais, para duzentos e cinquenta artigos, além dos cem artigos que integram o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Sem dúvida, os artigos arrolados no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias também devem ser computados, porquanto são, em tudo e por tudo, dispositivos constitucionais, com igual força aos preceitos insertos no texto principal, embora aqueles sejam transitórios, até o efetivo cumprimento.

As Constituições imutáveis são marcadas pela estabilidade total, porquanto não ensejam alteração alguma.

As Constituições rígidas têm grande estabilidade, mas podem ser alteradas, desde que as mudanças sejam aprovadas mediante deliberação sujeita a maior complexidade do que as votações em geral, seja pela exigência de *quorum* qualificado, seja pela necessidade de mais de um turno ou, ainda, pela cumulação de ambas as exigências, opção consagrada no § 2º do artigo 60 da Constituição de 1988.

As Constituições semirrígidas ou semiflexíveis têm grande estabilidade em uma parte, mas são de fácil mutabilidade em outra, passível de alteração mediante votação comum própria das leis. A Carta Imperial de 1824 é um exemplo de Constituição semirrígida, como bem revela o artigo 178: “É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinarias”³¹².

Já as Constituições flexíveis são passíveis de modificação mediante aprovação em deliberação comum própria das leis, sem a necessidade de *quorum* qualificado nem de mais de um turno de votação.

Resta saber em qual classe a Constituição de 1988 pode ser incluída: em linhas gerais, a Constituição de 1988 é rígida, em razão do disposto no § 2º do artigo 60; mas é imutável no que tange ao § 4º, que contém o rol das denominadas “cláusulas pétreas”.

Em virtude da rigidez que marca a Constituição de 1988, as leis e os atos normativos só subsistem quando são compatíveis com o texto constitucional. Daí a conclusão: a rigidez constitucional conduz à inexorável supremacia constitucional, a qual dá lugar ao controle de constitucionalidade, com a análise da compatibilidade das leis e atos normativos em relação à Constituição. Na eventualidade de conflito de lei ou de ato normativo com o texto constitucional, há a declaração de inconstitucionalidade³¹³.

³¹² Cf. Hilton Lobo Campanhole e Adriano Campanhole. *Constituições do Brasil*. 13ª ed., 1999, p. 831 e 832.

³¹³ No Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado; por todo e qualquer juiz ou tribunal, em controle difuso; pelo Presidente da República, por meio do veto jurídico; e por toda e qualquer pessoa, que pode deixar de cumprir lei ou ato normativo contrário à Constituição.

Em suma, é lícito concluir que a Constituição Federal brasileira de 1988 pode ser classificada como uma Constituição democrática, formal, analítica e rígida.

5. CLASSIFICAÇÕES DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

As normas constitucionais são classificadas à luz estabilidade e da eficácia. Daí a existência das diferentes classes de normas constitucionais. No que tange à estabilidade, há normas constitucionais intangíveis, de um lado, como exceção, e as reformáveis ou emendáveis, de outro lado, como regra. Já em relação à eficácia, as normas constitucionais podem ser de eficácia plena, de eficácia contida (ou restringível) e de eficácia limitada (ou reduzida), conforme a vigência seja imediata ou dependa da regulamentação e possa sofrer restrição.

5.1. NORMAS CONSTITUCIONAIS INTANGÍVEIS OU PÉTREAS

As normas constitucionais intangíveis ou pétreas são as que estão protegidas de revogação, redução ou mitigação por meio de emenda constitucional ou de lei. Os mais importantes exemplos de normas constitucionais intangíveis ou pétreas constam dos artigos 1º, 2º, 5º, 14, *caput*, e 60, § 4º, da Constituição de 1988. Assim, a forma federativa do Estado brasileiro, a separação dos poderes estatais, os direitos e as garantias fundamentais e os direitos da cidadania não podem sofrer revogação, redução nem mitigação por força de emenda constitucional, muito menos de lei.

As normas constitucionais intangíveis ou pétreas são exceções. Só não subsistem na eventualidade de perecimento da Constituição em si, em razão de revolução, golpe militar, guerra civil ou outro fato relevante que implique ruptura com a ordem jurídica estabelecida por meio da Constituição.

Em regra, portanto, as normas constitucionais são passíveis de modificação mediante emenda constitucional, ressalvadas aquelas que são intangíveis por força da Constituição.

5.2. NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA PLENA

As normas constitucionais de eficácia plena ocasionam a aplicação imediata, não dependem de regulamentação mediante lei, nem são passíveis de

restrição legal. São normas constitucionais completas, em relação às quais as leis não podem impor restrição nem condição, sob pena de inconstitucionalidade.

Por exemplo, o § 2º do artigo 145 da Constituição Federal é norma constitucional de eficácia plena: é automática a vedação de que “as taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos”, já que não está condicionada a regulamentação alguma, nem pode ser objeto de restrição por força de lei.

Outro exemplo: o § 2º do artigo 230 da Constituição é norma constitucional de eficácia plena, porquanto a gratuidade dos transportes coletivos em prol de idosos maiores de sessenta e cinco anos não depende de regulamentação por meio de lei, nem pode ser objeto de restrição legal³¹⁴.

Mais um exemplo: o § 6º do artigo 201 da Constituição é norma constitucional de eficácia plena, porquanto o décimo-terceiro salário em prol dos aposentados e pensionistas não depende de regulamentação mediante lei, nem pode sofrer restrição legal³¹⁵.

Pelo mesmo motivo, o inciso IV do artigo 53 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição é norma constitucional de eficácia plena, porquanto os direitos consagrados aos ex-combatentes na Segunda Guerra Mundial não dependem de regulamentação alguma mediante lei, nem são restringíveis por meio de lei³¹⁶.

Mais um exemplo de norma constitucional de eficácia plena: o artigo 228 da Constituição estabelece que os menores de dezoito anos são inimputáveis, razão pela qual não são passíveis de condenação criminal nem estão sujeitos às penas previstas no Código Penal brasileiro. Com efeito, o artigo 228 estabelece que os menores de dezoito anos estão “sujeitos às normas da legislação especial”, o que afasta desde logo a incidência da legislação geral, a começar pelo Código Penal³¹⁷.

³¹⁴ De acordo, na jurisprudência: ADI nº 3.768/DF, Pleno do STF, Diário da Justiça Eletrônico de 25 de outubro de 2007.

³¹⁵ De acordo, na jurisprudência: “APOSENTADORIA - DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO - ARTIGO 201, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - EFICÁCIA PLENA. A norma inserta no § 6º do artigo 201 da Constituição Federal não veio à balha como sujeita à regulamentação. O décimo-terceiro salário é devido considerado o valor dos proventos do mês de dezembro.” (RE nº 158.185/RS, 2ª Turma do STF, Diário da Justiça de 15 de setembro de 1995, p. 29.522).

³¹⁶ De acordo, na jurisprudência: “O art. 53, IV, do ADCT, é norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata.” (RE nº 417.871/RJ – AgRg, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça de 11 de março de 2005, p. 31).

³¹⁷ Por oportuno, vale ressaltar que a “legislação especial” mencionada no artigo 228 da Constituição e que é aplicável aos menores de dezoito anos é o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como último exemplo de norma constitucional de eficácia plena, o inciso V do artigo 142 da Constituição veda a sindicalização e a greve aos militares, independentemente de regulamentação, sem nenhuma condição nem exceção, de forma peremptória: “ao militar são proibidas a sindicalização e a greve”.

5.3. NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA CONTIDA OU RESTRINGÍVEL

As normas constitucionais de eficácia contida ocasionam a aplicação imediata, porquanto não dependem de regulamentação, mas podem sofrer restrições mediante lei, razão pela qual também são denominadas normas constitucionais restringíveis, redutíveis.

Por exemplo, o inciso XIII do artigo 5º da Constituição pode ser classificado como norma constitucional de eficácia contida, porquanto é livre o exercício de qualquer profissão, ofício ou trabalho, mas a lei pode impor condições para o exercício profissional, como, por exemplo, a aprovação em Exame de Ordem, como dispõe o artigo 8º, inciso IV, da Lei nº 8.906, de 1994.

Na mesma esteira, o parágrafo único do artigo 170 da Constituição Federal é norma de eficácia contida, porquanto já assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, mas ressalva a possibilidade de restrição mediante lei.

Outro exemplo de norma constitucional de eficácia contida reside no inciso XII do artigo 5º, o qual garante o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, mas há lugar para restrição por meio de lei.

Por fim, mais um exemplo: o inciso VIII do artigo 5º garante que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, mas é admissível limitação por meio de lei.

5.4. NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA LIMITADA OU REDUZIDA

As normas de eficácia limitada ou reduzida são as que dependem de regulamentação mediante lei para que sejam aplicáveis³¹⁸.

³¹⁸ Assim já decidiram os Ministros do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “norma constitucional de eficácia limitada – constitui preceito de integração que reclama, em caráter necessário, para efeito de sua plena

Por exemplo, o inciso VII do artigo 153 da Constituição Federal é norma constitucional de eficácia limitada, porquanto a instituição do imposto sobre grandes fortunas depende da aprovação, sanção, promulgação e publicação de lei complementar³¹⁹.

Outro exemplo: o § 4º do artigo 18 da Constituição é norma constitucional de eficácia limitada, porquanto a criação de novos municípios depende da superveniência de lei regulamentadora³²⁰.

Mais um exemplo: o § 2º do artigo 18 também é norma constitucional de eficácia limitada, porquanto a criação de novos territórios federais depende da regulamentação por meio de lei.

Como espécie de norma constitucional de eficácia limitada ou reduzida, há as denominadas “normas constitucionais programáticas”, as quais estabelecem políticas públicas, mas dependem de lei regulamentadora ou de ato administrativo para concretizar os respectivos programas sociais, educacionais, econômicos, agrícolas, estruturais, conforme o caso. Por exemplo, o artigo 182 da Constituição Federal é norma programática, ao estabelecer as orientações para a “política de desenvolvimento urbano” a ser implementada mediante lei. Outro exemplo, o artigo 187 da Constituição também é norma programática, porquanto dispõe sobre as orientações para a adoção de “política agrícola” a ser regulamentada por meio de lei³²¹.

incidência, a mediação legislativa concretizadora do comando nela positivado.” (RE nº 244.935/RS – AgRg, 2ª Turma do STF, Diário da Justiça de 5 de maio de 2000, p. 33).

³¹⁹ “Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: *omissis*; VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar”. É de se lamentar que o dispositivo constitucional ainda não tenha sido regulamentado pelos congressistas brasileiros, decorridos mais de vinte e cinco anos da promulgação da Constituição de 1988. Resta a esperança de que o preceito constitucional seja regulamentado, com a vinculação dos recursos públicos em prol da educação pública, especialmente em favor do resgate dos ensinos fundamental e médio. Aliás, a federalização parece ser a melhor solução, por meio de emenda constitucional, com o investimento de todos os recursos provenientes da almejada lei complementar necessária para a regulamentação do imposto sobre grandes fortunas.

³²⁰ A propósito, vale conferir as recentes informações colhidas na página eletrônica oficial do Senado: “Tramita na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) projeto do senador Flexa Ribeiro (PSDB-PA) que regula a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de municípios com base em estudos de viabilidade, consulta prévia à população envolvida por meio de plebiscito e lei estadual (PLS 199/2015). Esta é a terceira vez que a proposta é apresentada. Os dois projetos anteriores, de autoria do ex-senador Mozarildo Cavalcanti, foram vetados pela presidente Dilma Rousseff.” “Ao final de 2013, o Congresso Nacional aprovou o Projeto de Lei do Senado (PLS) 98/ 2002, do ex-senador Mozarildo Cavalcanti, regulamentando o assunto. O texto, no entanto, foi vetado integralmente pela presidente da República. Dilma Rousseff considerou que as regras propostas poderiam criar ônus excessivo ao erário em favor da criação de mais municípios, com pouco incentivo à fusão e à incorporação.” (<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/04/23/flexa-ribeiro-reapresenta-projeto-para-regulamentar-criacao-de-municipios>).

³²¹ De acordo, na jurisprudência: “O artigo 187 da Constituição Federal é norma programática na medida em que prevê especificações em lei ordinária.” (ADI nº 1.330/DF, Pleno do STF, Diário da Justiça de 20 de setembro de 2002, p. 87).

Não obstante, até mesmo as normas constitucionais programáticas têm alguma eficácia, na orientação das autoridades públicas na execução de políticas governamentais, na elaboração de leis e atos normativos sobre políticas públicas e até mesmo nos julgamentos do Poder Judiciário sobre causas que versem sobre atos administrativos de concretização de programas de governo. Assim, as normas constitucionais programáticas influenciam e orientam as ações, as deliberações e as decisões dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Ademais, têm o condão de revogar leis pretéritas contrárias, incompatíveis. Daí a conclusão: todas as normas constitucionais têm alguma eficácia, ainda que reduzida³²².

³²² De acordo, na jurisprudência: “Norma constitucional de eficácia limitada, porque dependente de complementação infraconstitucional, tem, não obstante, em linha de princípio e sempre que possível, a imediata eficácia negativa de revogar as regras preexistentes que sejam contrárias.” (ADI nº 2.381/RS – MC, Pleno do STF, Diário da Justiça de 14 de dezembro de 2001, p. 23).

CAPÍTULO V

LEI E PROCESSO LEGISLATIVO

1. LEI: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Lei é a norma jurídica estatal geral, abstrata e imperativa que norteia a conduta das pessoas e rege os respectivos atos praticados dentro do território de determinado Estado soberano. As principais características das leis, portanto, são a generalidade, a abstração e a obrigatoriedade. A generalidade é a característica relacionada à impessoalidade da lei, enquanto norma estatal dirigida a todas as pessoas. A abstração consiste na previsão de situações hipotéticas. A lei deve versar sobre hipóteses da vida em sociedade. Vale conferir, por exemplo, o disposto no artigo 121 do Código Penal: “Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos”. Por fim, a obrigatoriedade reside na imperatividade da lei, de modo que o eventual desrespeito enseja coerção estatal, a fim de que ocorra o efetivo cumprimento, ainda que de forma compulsória, até mesmo com o emprego de força policial, quando indispensável, sempre com a observância do devido processo legal.

Não obstante, é forçoso reconhecer a existência de “leis” de cunho individual, como, por exemplo, a Lei nº 12.265, de 2010, com a particular finalidade de promover o saudoso poeta, compositor, músico e ex-diplomata Vinícius de Moraes a “Ministro de Primeira Classe da Carreira de Diplomata”. Trata-se, à evidência, de lei apenas sob o prisma formal, em razão da ausência da generalidade e da abstração.

Em contraposição, há normas jurídicas estatais com os atributos da generalidade, da abstração e da obrigatoriedade que não recebem a denominação de “lei”. Não obstante, sob o prisma material, a Constituição, a emenda constitucional, a medida provisória, o decreto legislativo e a resolução são verdadeiras leis.

Em virtude da predominância do conteúdo em relação à forma, não só as leis complementares, as leis ordinárias e as leis delegadas devem ser consideradas “leis”. A Constituição, a emenda constitucional, a medida provisória, a resolução e o decreto legislativo também devem ser tidos como “leis”, ainda que *lato sensu*, porquanto são dotados de generalidade, abstração

e obrigatoriedade. Daí a conclusão em prol do conceito amplo de lei, à luz do artigo 59 da Constituição brasileira³²³.

2. CLASSIFICAÇÕES DAS LEIS

A doutrina apresenta inúmeras classificações das leis. Algumas, entretanto, estão ultrapassadas, como a classificação das leis em substantivas e adjetivas, incompatível com a atual autonomia científica do Direito Processual, razão pela qual as leis processuais não podem ser consideradas apenas “adjetivas”, como se fossem simples adjetivos. Quando muito, poder-se-ia aceitar a classificação das leis em materiais e processuais, mas a verdade é que muitas leis são híbridas, como a Consolidação das Leis do Trabalho, o Código Eleitoral, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei nº 4.717, de 1965, a Lei nº 7.357, de 1985, e a Lei nº 11.101, de 2005, por exemplo. À evidência, o critério discreto não é preciso. Outras tantas classificações também não partem de critérios claros e seguros de distinção das leis. Das múltiplas classificações encontradas na doutrina, merecem ser prestigiadas as que consideram a vigência, a matéria, os destinatários, o objeto, a origem, o campo de incidência e o alcance territorial. As leis, portanto, podem ser classificadas em permanentes e temporárias, quanto à vigência; em gerais e especiais, à vista da matéria e dos destinatários; em materiais e formais, no que tange ao conteúdo e à origem; em federais, estaduais, distritais e municipais, em relação ao campo de incidência e extensão territorial.

2.1. LEIS PERMANENTES E LEIS TEMPORÁRIAS

O comando do artigo 2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro revela que as leis podem ser permanentes ou temporárias: “Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”³²⁴.

Em regra, portanto, as leis são permanentes, com vigência indefinida ao longo do tempo, por anos, décadas ou séculos, até a superveniência de outra lei

³²³ “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”.

³²⁴ Cf. Decreto-lei nº 4.657, de 1942, intitulada “Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro” até o advento da Lei nº 12.376, de 2010, que conferiu a atual denominação àquele diploma: “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro”.

que implique revogação total (ab-rogação) ou ao menos parcial (derrogação)³²⁵. Enquanto não ocorrer revogação, as leis subsistem e devem ser aplicadas. Pouco importa a eventual desconsideração da lei na prática ou a consolidação de costume contrário: se não houve revogação, a lei permanece em plena vigência e tem total eficácia, de modo a ensejar a aplicação diante da ocorrência de caso concreto passível de enquadramento no comando legal³²⁶⁻³²⁷. A propósito, merece ser prestigiada a seguinte orientação jurisprudencial firmada no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios: “Não afasta a incidência da norma incriminadora prevista no § 2º do artigo 184 do Código Penal a circunstância de a sociedade alegadamente aceitar e até estimular a prática do delito ao adquirir os produtos originados de contrafação, pois não é socialmente tolerável uma conduta que causa enormes prejuízos aos autores das obras, ao fisco, à indústria fonográfica e aos comerciantes regularmente estabelecidos”. É o que também se infere da súmula nº 502 aprovada pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça: “Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas”.

Sem dúvida, a vigência das leis permanentes subsiste até que uma lei posterior “expressamente” declare a revogação da pretérita, “seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”³²⁸. Na primeira hipótese, há revogação expressa, como consta do artigo 2.045 do Código Civil de 2002: “Art. 2.045. Revogam-se a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850”. Já na segunda hipótese (“seja com ela incompatível”) e também na terceira (“regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”), há revogação tácita.

³²⁵ Por exemplo, a primeira parte do Código Comercial de 1850 vigorou até o advento do Código Civil de 2002; e a segunda parte daquele diploma imperial ainda está em vigor.

³²⁶ De acordo, na jurisprudência: “O princípio geral do Direito expresso no art. 2º da LICC impede que se considere um fato descriminalizado em razão de uma hipotética tolerância social. A localização da casa de prostituição, sendo ou não em zona de meretrício, além de não provado nos autos, não consiste em elemento relevante à tipicidade da conduta.” (Apelação nº 1.0480.99.010335-4/001, 1ª Câmara Criminal do TJMG, Diário da Justiça de 15 de junho de 2004).

³²⁷ A operação jurídica exposta no texto principal diz respeito à técnica denominada “subsunção do fato à norma”, Segundo a qual cabe ao juiz verificar se o fato suscitado e demonstrado no processo enseja enquadramento no padrão legal, no modelo constante da lei vigente. Se a resposta for positiva, o juiz deve aplicar o comando legal e julgar o processo de acordo com o disposto na lei.

³²⁸ Cf. artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Vale ressaltar que tanto a revogação expressa quanto a revogação tácita dependem de lei igual ou de hierarquia superior: por exemplo, uma lei ordinária não tem força suficiente para revogar uma emenda constitucional; já uma emenda constitucional tem o condão de revogar uma lei ordinária.

Também é importante ressaltar que a revogação de uma lei não implica restabelecimento da lei anterior que fora revogada. Sem dúvida, em regra não há repriminção, conforme revela o § 3º do artigo 1º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”.

Estudados os aspectos mais importantes acerca das leis permanentes, passa-se à análise das denominadas “leis temporárias”.

As leis temporárias são exceções no Direito brasileiro. As leis temporárias têm vigência delimitada no tempo, como, por exemplo, a Lei nº 12.798, de 2013, que dispõe sobre “a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2013”. De fato, as denominadas “leis orçamentárias anuais” são leis temporárias, em razão da vigência restrita a determinado período.

Outro exemplo é encontrado na Lei nº 9.311, de 1996, que instituiu “a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – CPMF”, porquanto o artigo 20 delimitou a incidência da contribuição “sobre os fatos geradores verificados no período de tempo correspondente a treze meses, contados após decorridos noventa dias da data da publicação desta Lei, quando passará a ser exigida”. O mesmo se pode dizer da Lei nº 9.539, de 1997, tendo em vista o teor do artigo 1º, *in verbis*: “Art. 1º Observadas as disposições da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF incidirá sobre os fatos geradores ocorridos no prazo de vinte e quatro meses, contado a partir de 23 de janeiro de 1997”.

Também há artigos, incisos e parágrafos temporários, como constam da Lei nº 12.663, de 2012, “sobre as medidas relativas à Copa das Confederações FIFA 2013, à Copa do Mundo FIFA 2014 e à Jornada Mundial da Juventude - 2013, que serão realizadas no Brasil”.

Em suma, as leis podem ser classificadas em permanentes e temporárias. No mais das vezes, as leis são permanentes, com vigência até a superveniência

de outra lei que implique revogação total ou parcial, expressa ou tácita. Como exceção, as leis temporárias têm vigência delimitada no tempo. Salvo disposição em contrário, portanto, as leis são permanentes.

2.2. LEIS GERAIS E LEIS ESPECIAIS

À vista da matéria tratada e dos respectivos destinatários, as leis podem ser classificadas em gerais e especiais. São gerais as leis que versam sobre muitos institutos jurídicos e que têm alcance indeterminado. Já as leis que versam sobre um ou poucos institutos jurídicos ou que dizem respeito a um determinado grupo de pessoas são especiais.

O Código Civil, por exemplo, é uma lei geral: versa sobre inúmeros institutos jurídicos alusivos às pessoas em geral, tanto naturais quanto jurídicas, do nascimento até a morte das pessoas naturais, e da constituição até a extinção das pessoas jurídicas.

Em contraposição, o Decreto-lei nº 3.200, de 1941, e a Lei nº 5.891, de 1973, são leis especiais, porquanto versam sobre um instituto jurídico específico: o casamento entre parentes colaterais de terceiro grau. Os destinatários são igualmente específicos: parentes colaterais de terceiro grau, como tio e sobrinha, por exemplo³²⁹.

Na eventualidade de conflito ou de dúvida acerca da incidência de uma lei especial ou de uma lei geral, aquela deve ser aplicada dentro do restrito campo de incidência, em respeito ao princípio da especialidade. É o que também se infere do artigo 2º, § 2º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

Um exemplo pode facilitar a compreensão da teoria exposta. Tanto o Decreto-lei nº 3.200, de 1941, quanto a Lei nº 5.891, de 1973, versam sobre o casamento entre parentes colaterais de terceiro grau, de forma complementar: a Lei nº 5.891, de 1973, contém expressa referência e até mesmo determina a “observância do disposto no art. 2º Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941”. O Código de 2002 também dispõe sobre o casamento, mas o faz de forma

³²⁹ Por oportuno, vale lembrar o casamento do industrial Irineu Evangelista de Sousa, também conhecido pelos títulos de “Barão de Mauá” e “Visconde de Mauá”, com a sobrinha Maria Joaquina de Sousa, com numerosa descendência.

ampla, em relação às pessoas em geral, conforme se infere dos artigos 1.511 a 1.590, insertos no Subtítulo I, “Do Casamento”, no Título I do Livro IV daquele diploma. Segundo o disposto no artigo 1.521, inciso IV, do Código Civil, não podem contrair matrimônio os parentes colaterais “até o terceiro grau inclusive”. Em contraposição, o Decreto-lei nº 3.200, de 1941, e a Lei nº 5.891, de 1973, autorizam o casamento de parentes colaterais de terceiro grau, após a realização de “exame médico” que revele compatibilidade biológica, com a consequente demonstração de “não haver inconveniente, sob o ponto de vista da saúde de qualquer deles e da prole, na realização do matrimônio”.

À evidência, o Código Civil é posterior ao Decreto-lei nº 3.200, de 1941, e à Lei nº 5.891, de 1973, e também versa sobre o instituto do casamento, com expressa vedação ao casamento entre parentes colaterais de terceiro grau. Suscita-se, portanto, o seguinte questionamento: o Código de 2002 revogou o decreto-lei de 1941 e a lei de 1973?

Em virtude do princípio da especialidade e do disposto no § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, o questionamento enseja resposta negativa.

Sem dúvida, o Código Civil de 2002 não revogou o Decreto-lei nº 3.200, de 1941, nem a Lei nº 5.891, de 1973, porquanto aquele diploma é lei geral; e lei geral que não tem o condão de revogar lei especial – da mesma forma que lei especial não revoga lei geral. As leis geral e especial coexistem e devem ser aplicadas conforme as peculiaridades do caso concreto, que pode atrair a incidência de uma ou da outra.

Resolvida a questão acerca da coexistência e da vigência dos três diplomas legais, surge outra dúvida, em relação à problemática da incidência, ou seja, da lei aplicável no caso de uma habilitação de casamento subscreta por tio e sobrinha. Daí o segundo questionamento: qual lei deve ser aplicada: o Código Civil, por ser lei geral, ou o Decreto-lei nº 3.200, de 1941, e a Lei nº 5.891, de 1973, por serem leis especiais?

Em virtude do princípio da especialidade, as leis especiais prevalecem em relação às leis gerais³³⁰. De fato, a despeito da vedação estampada no inciso IV

³³⁰ Outro exemplo: “AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONHECIMENTO - BUSCA E APREENSÃO - DECRETO-LEI 911/69 - LEI ESPECÍFICA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Deve ser aplicado o Decreto-lei 911/69 aos pedidos de busca e apreensão do veículo alienado fiduciariamente, ao invés do

do artigo 1.521 do Código Civil de 2002, é possível o casamento de parentes colaterais de terceiro grau, após a realização de “exame médico” comprobatório da compatibilidade biológica e da inexistência de risco para a saúde dos nubentes e dos eventuais filhos. Na falta de exame médico ou negativo o resultado, entretanto, deve ser aplicada a lei geral, com a denegação do casamento entre os colaterais de terceiro grau. Como ressaltado, as leis geral e especial coexistem e a aplicação se dá conforme o caso concreto.

Outro exemplo: os prejudicados por danos causados por outras pessoas têm prazo prescricional de três anos para o acionamento do Poder Judiciário na busca da indenização, nos termos do artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil de 2002. Não obstante, quando o prejuízo é proveniente da União, de Estado-membro, de Município, do Distrito Federal ou de pessoas jurídicas que integram a Administração Pública indireta daqueles, o prazo é de cinco anos, tendo em vista o disposto no artigo do Decreto nº 20.910, de 1932, o qual não foi revogado pelo Código Civil de 2002, por ser legislação especial aplicável apenas às reparações devidas pela União, por Estado-membro, por Município, pelo Distrito Federal ou por pessoa jurídica da Administração Pública indireta³³¹.

Na hipótese examinada, portanto, o Código Civil é a lei geral e o Decreto nº 20.910, de 1932, é a lei especial que prevalece em relação ao Código de 2002.

Mais um exemplo: o Código Penal é uma lei geral, de regência dos crimes e das penas aplicáveis às pessoas maiores de dezoito anos; já o Estatuto da Criança e do Adolescente é uma lei especial de direitos e de relações jurídicas que envolvem crianças e adolescentes, como a internação por ato infracional equiparado a crime. Aliás, a referida distinção acerca da incidência da lei penal geral e da lei especial é extraída do artigo 228 da Constituição Federal, *in verbis*: “Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”³³².

CDC, uma vez que é princípio geral do Direito que a lei especial prepondera sobre a geral.” (Agravo nº 1.0024.08.069155-3/001, 14ª Câmara Cível do TJMG, Diário da Justiça de 5 de agosto de 2008).

³³¹ De acordo, na jurisprudência: “II - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual, nos termos do art. 1º do Decreto n. 20.910/32, o prazo prescricional para ajuizamento de ação de indenização contra a Fazenda Pública é de 5 anos, da data do fato ou ato do qual se originar o dano, não sendo aplicável, em razão do princípio da especialidade, o prazo trienal previsto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002.” (REsp nº 1.387.335/SC – AgRg, 1ª Turma do STJ, Diário da Justiça eletrônico de 09/11/2015).

³³² Não obstante, vale ressaltar que a superveniência da maioridade não gera a aplicação imediata do Código Penal nem implica extinção das medidas judiciais impostas à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, como bem revela a súmula nº 83 aprovada no Tribunal de Justiça de São Paulo: “A maioridade civil não importa em extinção da execução da medida socioeducativa”. É juridicamente possível, portanto,

Último exemplo: imagine-se que um criador de gado leiteiro tenha sofrido prejuízos decorrentes do sacrifício de animais de sua fazenda, em razão de um programa governamental de controle e erradicação de doenças animais do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, órgão do Poder Executivo da União. Inconformado, o criador prejudicado deseja acionar a União, em busca de indenização pelos prejuízos sofridos em razão do sacrifício de seus animais.

Diante do quadro fático, surge a dúvida em relação ao prazo disponível para o acionamento do Poder Judiciário, porque o artigo 1º do Decreto nº 20.910, de 1932, estabelece o prazo de cinco anos para o acionamento do Poder Judiciário na busca de indenização contra a União, Estado-membro, Município, Distrito Federal ou pessoas jurídicas da Administração Pública indireta, mas o artigo 7º da Lei nº 569, de 1948, fixa em cento e oitenta dias o prazo para o acionamento do Poder Judiciário na busca de indenização por prejuízos decorrentes do sacrifício de animais por agentes administrativos daquelas pessoas jurídicas.

A dúvida em relação ao prazo prescricional deve ser sanada à luz do princípio da especialidade, por força do qual prevalece a legislação especial em relação à lei geral. Na hipótese, a lei especial é a Lei nº 569, de 1948, cujo artigo 7º estabelece o prazo de cento e oitenta dias para a hipótese de acionamento do Poder Judiciário na busca de indenização por prejuízos sofridos em razão do sacrifício de animais para salvaguardar a saúde pública ou por interesse da defesa sanitária animal³³³.

que uma pessoa que alcançou a maioria ainda esteja submetida a medida judicial imposta em processo da competência da Justiça da Infância e da Juventude. A incidência da lei penal geral ou da lei especial deve ser apurada à luz da data do ato – criminoso ou infracional, respectivamente.

³³³ De acordo, na jurisprudência: “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. MEDIDAS DE DEFESA SANITÁRIA ANIMAL. ABATE DE ANIMAIS. INDENIZAÇÃO. PRESCRIÇÃO. LEI ESPECÍFICA. LEI Nº 569/1948, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.515/2007. *LEX SPECIALIS DERROGAT LEX GENERALIS*. 1. O Princípio da Especialidade (*lex specialis derogat lex generalis*) afasta a aplicação do art. 1º do Decreto 20.910/32, regra geral que disciplina a prescrição no Direito Administrativo (cobrança das dívidas Passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal), prevalecendo, *in casu*, a regra encartada no art. 7º da Lei nº 569/1948, com a redação dada pela Lei nº 11.515/2007. 2. O art. 1º da Lei nº 569/1948, com a redação dada pela Lei nº 11.515/2007, estabelece a indenizabilidade do prejuízo decorrente do sacrifício de animais doentes, *verbis*: ‘Art. 1º Sempre que, para salvaguardar a saúde pública ou por interesse da defesa sanitária animal, venha a ser determinado o sacrifício de animais doentes, destruição de coisas ou construções rurais, caberá ao respectivo proprietário indenização em dinheiro, mediante prévia avaliação’. 3. O art. 7º, da Lei nº 569/1948, com a redação dada pela Lei nº 11.515/2007, ao dispor sobre o prazo para o ajuizamento da ação indenizatória, determina: ‘Art. 7º O direito de pleitear a indenização prescreverá em 180 (cento e oitenta) dias, contados da data em que for sacrificado o animal ou destruída a coisa. (Redação dada pela Lei 11.515, de 2007)’” (REsp nº 1.184.775/PR, 1ª Turma do STJ, Diário da Justiça eletrônico de 18/05/2010). “3. A norma geral que disciplina a prescrição no Direito Administrativo - art. 1º do Decreto 20.910/32 -, relativa à cobrança das dívidas Passivas da União, dos Estados e dos Municípios, e de todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal cede regência ao art. 7º da Lei

Em suma, as leis podem ser gerais e especiais, com vigência simultânea, mas a lei geral só é aplicável a casos não cobertos pela legislação específica. Se o caso concreto estiver coberto na hipótese prevista na lei especial, esta deve ser aplicada. Na falta de perfeito enquadramento do caso concreto ao comando da lei especial, portanto, aplica-se a lei geral.

2.3. LEIS MATERIAIS E LEIS FORMAIS

Outra importante classificação é que distingue as leis em materiais e formais.

Sob o prisma material, “lei” é toda norma geral, abstrata e imperativa proveniente dos titulares dos poderes estatais, como o Presidente da República, os Deputados, os Senadores. A Constituição, as emendas constitucionais, as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos e as resoluções legislativas são leis materiais, tendo em vista o conteúdo daqueles atos estatais: normas gerais, abstratas e imperativas.

Por outro lado, há as leis formais, que são as leis propriamente ditas, elaboradas e aprovadas no Poder Legislativo³³⁴. A instituição de tipos penais, por exemplo, depende de lei formal³³⁵. Daí a impossibilidade da instituição de tipos penais por meio de medida provisória e, muito menos, por decreto ou regulamento executivo.

Outro exemplo também colhido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “Somente lei em sentido formal pode estabelecer o regime de recolhimento do ICMS por estimativa”³³⁶. Com efeito, o inciso I do artigo 150 da Constituição Federal assegura ao contribuinte a garantia de que a exigência e o aumento de tributo dependem de lei formal.

n. 569/48, norma específica que regula a matéria e de observância obrigatória, na ação em comento, em razão do princípio da especialidade.” (REsp nº 1.343.504/PR, 2ª Turma do STJ, Diário da Justiça eletrônico de 02/05/2014).

³³⁴ No mesmo diapasão, na doutrina: Luciano Amaro. Direito Tributário Brasileiro. 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 116.

³³⁵ De acordo, na jurisprudência: “TIPO PENAL – NORMATIZAÇÃO. A existência de tipo penal pressupõe lei em sentido formal e material.” (HC nº 108.715/RJ, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça eletrônico de 28 de maio de 2014).

³³⁶ Cf. RE nº 632.265/RJ, Plenário do STF, julgamento em 18 de junho de 2015.

2.4. LEIS FEDERAIS, ESTADUAIS, DISTRITAIS E MUNICIPAIS

As leis também são classificadas conforme o campo de incidência e o alcance territorial, tendo em vista o disposto no artigo 18 da Constituição Federal, *in verbis*: “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”. Daí a coexistência de leis federais, estaduais, distritais e municipais, provenientes da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, respectivamente.

As leis federais são as provenientes da União. São dotadas de maior alcance territorial, já que regem as relações e os atos jurídicos ocorridos em todo o território nacional, como, por exemplo, o Código Civil, o Código Penal, o Código Tributário Nacional, o Código de Defesa do Consumidor, a Consolidação das Leis do Trabalho.

À evidência, as leis federais são as mais relevantes no Estado brasileiro, tendo em vista a ampla competência material prevista no artigo 22, inciso I, da Constituição de 1988: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”. Há mais: outras tantas matérias passíveis de leis federais estão arroladas nos artigos 22 e 24 da Constituição.

Não obstante, deve-se afastar a falsa ideia de que as leis federais são superiores às leis estaduais, distritais e municipais. Na verdade, não há relação de hierarquia entre leis federais, estaduais, distritais e municipais. A rigor, há distribuição de competências legislativas na Constituição Federal; e, à evidência, são mais numerosas e mais importantes as matérias conferidas pelos constituintes de 1987 e 1988 em prol dos legisladores federais. Isso não significa, todavia, que as leis federais são superiores em relação às leis estaduais, distritais e municipais; são mais numerosas sob o prisma quantitativo, são mais importantes sob o prisma qualitativo, mas não são superiores, porquanto não há relação de hierarquia entre as leis federais, estaduais, distritais e municipais. Tanto quanto sutil, a distinção é relevantíssima.

Ainda em relação à legislação federal, também são consideradas leis federais *lato sensu* todas as espécies normativas arroladas no artigo 59 da Constituição Federal: “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”. E mais: em virtude do sentido amplo do vocábulo “lei”, é lícito afirmar que até mesmo a Constituição é uma lei federal; aliás, é a mais importante lei da República Federativa do Brasil.

Já as leis estaduais têm alcance limitado às relações e aos atos jurídicos que têm lugar no território do respectivo Estado-membro. Por exemplo, o Código Tributário do Estado de Minas Gerais só alcança as relações e os atos jurídicos tributários que ocorrem ou dizem respeito ao Estado de Minas Gerais. É o que também se dá com a Constituição do Estado de Minas Gerais, com o Código de Saúde do Estado de Minas Gerais e com o Código de Conduta Ética do Servidor Público e da Alta Administração Estadual, aplicáveis apenas no âmbito do Estado de Minas Gerais. As matérias passíveis de leis estaduais estão arroladas nos artigos 24 e 155 da Constituição Federal, sem prejuízo do artigo 125 da Constituição e do artigo 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que versam sobre a mais importante das leis estaduais: a Constituição estadual.

Mutatis mutandis, as leis distritais alcançam as relações e atos jurídicos praticados no território do Distrito Federal, como a Lei Orgânica do Distrito Federal, o Código Tributário do Distrito Federal e o Código de Edificações do Distrito Federal, por exemplo. Por oportuno, vale lembrar que as leis distritais podem versar sobre matérias de leis estaduais e municipais, em virtude do § 1º do artigo 32 da Constituição Federal: “§ 1º - Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios”. Daí por que o Código Tributário do Distrito Federal dispõe sobre a cobrança de impostos estaduais e municipais, conforme se infere do artigo 3º da Lei Complementar distrital nº 4, de 1994, *in verbis*: “Art. 3º - São impostos do Distrito Federal: I - Impostos sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU; II - Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA; III - Imposto sobre a Transmissão *Inter Vivos* de Bens Imóveis por Natureza ou Acessão Física e de Direitos Reais sobre Imóveis - ITBI; IV - Imposto sobre a Transmissão *Causa Mortis* ou Doação de Bens e Direitos - ITCD; V - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS; VI - Imposto sobre Serviços – ISS”.

De menor alcance, as leis municipais regem somente as relações e atos jurídicos dentro dos limites territoriais do respectivo Município. Por conseguinte, as leis municipais devem versar “sobre assuntos de interesse local” e “suplementar a legislação federal e estadual no que couber”, nos termos do artigo 30, incisos I e II, da Constituição de 1988, além, por óbvio, dos impostos devidos aos Municípios: IPTU, ITBI e ISS³³⁷.

Por fim, é importante ressaltar que diferentes leis podem coexistir em um mesmo território, em razão da organização político-administrativa do Estado brasileiro, compreendido pela União, pelos Estados-membros, pelo Distrito Federal e pelos Municípios. Assim, as relações e os atos jurídicos que ocorrem dentro do território do Município de Belo Horizonte estão sujeitos às respectivas leis municipais, às leis estaduais mineiras e também às leis federais, o que pode gerar dúvidas e até conflitos acerca da lei aplicável em cada caso concreto. As dúvidas e os conflitos são resolvidos à luz da hierarquia das leis e da distribuição constitucional das competências legislativas da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios. São os dois critérios que devem ser empregados na solução de dúvidas e conflitos entre duas ou mais leis federal, estadual, distrital ou municipal de aparente regência de uma determinada relação jurídica.

3. HIERARQUIA DAS LEIS E COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

Conforme exposto ao final do tópico anterior, a organização político-administrativa do Estado brasileiro possibilita a incidência simultânea de duas ou mais leis na regência de relações e atos jurídicos que têm lugar em um mesmo território. Surgem, portanto, e com muita frequência, dúvidas e até divergências acerca da lei aplicável: federal, estadual, distrital ou municipal. Dois critérios devem ser considerados na resolução dos conflitos entre diferentes leis: a hierarquia das leis e a distribuição constitucional das competências legislativas.

No que tange à hierarquia, a Constituição Federal é a denominada “Lei Maior” e prevalece em relação a qualquer outra lei. Sem dúvida, dentre todas as leis que formam o Direito positivo de um Estado soberano, é a Constituição a

³³⁷ Cf. artigos 30, inciso III, e 156 da Constituição Federal. A propósito, vale conferir a súmula nº 539 aprovada no Supremo Tribunal Federal: “É constitucional a lei do Município que reduz o imposto predial urbano sobre imóvel ocupado pela residência do proprietário, que não possua outro”.

mais importante e a que sempre predomina. Na eventualidade de conflito com alguma lei, prevalece a Constituição, com a declaração da inconstitucionalidade – e da conseqüente nulidade – da lei que lhe for contrária³³⁸.

Em segundo lugar, estão as emendas à Constituição Federal. As emendas constitucionais estão acima e prevalecem em relação às leis em geral, com exceção apenas da Constituição Federal. Por conseguinte, as emendas constitucionais supervenientes têm o condão de revogar as leis que lhes forem contrárias. Não obstante, na eventualidade de conflito com a Constituição Federal, as emendas também podem ser declaradas inconstitucionais e, portanto, nulas.

Em terceiro lugar, há as leis em geral: leis complementares, ordinárias e delegadas, em conjunto com as normas estatais equiparadas: medida provisória, decreto legislativo e resolução legislativa.

Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, não há hierarquia entre as leis complementares, ordinárias e delegadas. Também não há hierarquia entre as referidas leis e a medida provisória, o decreto legislativo e a resolução legislativa: cada espécie normativa tem o processo legislativo, a competência e o conteúdo delimitados na Constituição Federal, em razão da matéria. Daí a coexistência harmônica, de forma paralela, e não hierárquica. Por exemplo, na eventualidade de uma medida provisória tratar de assunto próprio de lei complementar, será inconstitucional – e, por conseguinte, nula – em razão da matéria, e não por suposta quebra de hierarquia.

Após as leis e normas equiparadas, há os decretos executivos regulamentadores e os regimentos internos dos tribunais judiciários, previstos nos artigos 84, inciso IV, segunda parte, e 96, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal, respectivamente. Dotados de generalidade, abstração e obrigatoriedade, são normas jurídicas secundárias ou “atos normativos”, conforme a expressão consagrada no artigo 97 da Constituição Federal.

Abaixo dos decretos executivos regulamentadores, há os atos administrativos normativos, como as instruções ministeriais³³⁹, e, por fim, os atos

³³⁸ Em regra, cabe ao Poder Judiciário a declaração da inconstitucionalidade das leis e de atos normativos, com destaque para a competência do Supremo Tribunal Federal.

³³⁹ Cf. artigo 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição Federal.

administrativos de cunho mais restrito, limitado e até mesmo individual, como as portarias.

Sob outro prisma, além da Constituição Federal, também há as Constituições dos Estados-membros, as quais prevalecem sobre as outras leis estaduais e municipais, quanto às relações e os atos jurídicos que têm lugar no território de cada Estado-membro. Por exemplo, a Constituição de Minas Gerais prevalece em relação às leis mineiras, às leis municipais de Belo Horizonte e dos demais Municípios situados no Estado de Minas Gerais.

Já o Distrito Federal e os Municípios não têm “Constituições” sob o prisma formal. Não obstante, são organizados e regidos por “leis orgânicas”, as quais prevalecem sobre as demais leis distritais e municipais, conforme o caso.

É certo que a Constituição Federal prevalece sobre todas as Constituições dos Estados-membros, a lei orgânica do Distrito Federal e as leis orgânicas dos diversos Municípios. Dentro de cada Estado-membro, a respectiva Constituição estadual prevalece sobre todas as leis estaduais e municipais, incluídas as leis orgânicas municipais. As leis orgânicas municipais prevalecem sobre as outras leis municipais pertinentes a cada Município. *Mutatis mutandis*, é o que também ocorre no Distrito Federal: a lei orgânica do Distrito Federal prevalece em relação às demais leis distritais. E, como já ressaltado, a Constituição Federal predomina em relação a toda e qualquer lei, incluídas as Constituições estaduais. Eis, em linhas gerais, a hierarquia das leis no Direito brasileiro.

Além da problemática que envolve a hierarquia das leis, também é importante analisar a distribuição constitucional das competências legislativas, conforme se infere dos artigos 22, 24 e 30 da Constituição Federal.

As leis federais são adequadas para as importantes matérias arroladas no artigo 22 da Constituição Federal³⁴⁰. Por exemplo, o inciso XX do artigo 22 revela

³⁴⁰ “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 do Distrito Federal e dos Territórios e da Defensoria Pública 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

que a matéria relativa a “sistemas de consórcios e sorteios” é exclusiva de lei federal. Daí a inconstitucionalidade de leis aprovadas em Estados-membros e no Distrito Federal sobre a referida matéria. Assim decidiram os Ministros do Supremo Tribunal Federal, nos termos da súmula vinculante nº 2: “É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias”. Em suma, as matérias constantes do artigo 22 da Constituição Federal só podem ser tratadas em leis federais³⁴¹.

No que tange às diversas matérias previstas no artigo 24 da Constituição, há possibilidade da coexistência de leis federais, estaduais e distritais. A lei federal deve versar sobre aspectos gerais, enquanto as leis estaduais e distritais devem tratar das especificidades e peculiaridades de cada Estado-membro ou do Distrito Federal. Na falta de lei federal, todavia, as leis estaduais e distritais podem versar tanto sobre aspectos gerais quanto específicos referentes às matérias arroladas no artigo 24 da Constituição³⁴².

No que tange especificamente às leis distritais, vale lembrar que são adequadas para as matérias afetas às leis estaduais e municipais. É o que revelam os artigos 24, 30 e 32 da Constituição de 1988, com destaque para o § 1º do artigo 32: “§ 1º - Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios”.

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

³⁴¹ As quais podem ser, por exemplo, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, conforme a competência legislativa prevista na Constituição Federal.

³⁴² “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”.

Quanto às leis municipais, devem versar “sobre assuntos de interesse local” e “suplementar a legislação federal e estadual no que couber”, conforme se infere do artigo 30, incisos I e II, da Constituição. A título de exemplificação, vale conferir a súmula vinculante nº 38 aprovada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal: “É competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial”. É o que também se infere da súmula ordinária nº 419 do Supremo Tribunal Federal: “Os Municípios têm competência para regular o horário do comércio local, desde que não infrinjam leis estaduais e federais válidas”³⁴³. Assim, lei municipal pode versar sobre o horário do funcionamento do comércio local, nos limites territoriais do Município, e em harmonia com as leis estaduais e federais aprovadas nas respectivas esferas de competência, como, por exemplo, a Consolidação das Leis do Trabalho, a Lei das Contravenções Penais, o Código Penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ainda a propósito das leis municipais, também podem versar sobre “os tributos de sua competência”, nos termos do inciso III do artigo 30 da Constituição Federal. Daí o exemplo estampado na súmula ordinária nº 539 aprovada no Supremo Tribunal Federal: “É constitucional a lei do Município que reduz o imposto predial urbano sobre imóvel ocupado pela residência do proprietário, que não possua outro”.

Por fim, é forçoso concluir que não há relação de hierarquia entre as leis federais, estaduais, distritais e municipais em geral: na eventualidade de uma lei municipal tratar de matéria afeta à lei estadual ou à lei federal, há inconstitucionalidade, com a conseqüente nulidade da lei municipal; mas a inconstitucionalidade se dá por usurpação de competência legislativa fixada na Constituição, e não por suposto desrespeito à hierarquia das leis. Só há inconstitucionalidade decorrente de quebra de hierarquia quando uma lei federal, estadual, distrital ou municipal está em conflito com a Constituição Federal, quando uma lei estadual ou municipal está em desacordo com a Constituição do respectivo Estado-membro ou quando uma lei distrital não se coaduna com a lei orgânica do Distrito Federal.

³⁴³ Em abono, na jurisprudência: “Os Municípios têm autonomia para regular o horário do comércio local, desde que não infrinjam leis estaduais ou federais válidas, pois a Constituição lhes confere competência para legislar sobre assuntos de interesse local.” (Agravo nº 622.405/MG – AgRg, 2ª Turma do STF, Diário da Justiça eletrônico de 14 de junho de 2007).

4. ESTRUTURA E ARTICULAÇÃO DAS LEIS

Em cumprimento ao disposto no parágrafo único do artigo 59 da Constituição Federal, os Deputados e os Senadores aprovaram e o Presidente da República sancionou a Lei Complementar nº 95, de 1998, que dispõe sobre “a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis”.

Em consequência da amplitude do conceito do termo “lei”, as disposições da Lei Complementar nº 95 são aplicáveis às emendas constitucionais, às leis em geral, “às medidas provisórias e demais atos normativos referidos no art. 59 da Constituição Federal, bem como, no que couber, aos decretos e aos demais atos de regulamentação expedidos por órgãos do Poder Executivo”³⁴⁴.

No que tange à estruturação das leis, o artigo 3º da Lei Complementar nº 95 determina que seja “em três partes básicas: I - parte preliminar, compreendendo a epígrafe, a ementa, o preâmbulo, o enunciado do objeto e a indicação do âmbito de aplicação das disposições normativas; II - parte normativa, compreendendo o texto das normas de conteúdo substantivo relacionadas com a matéria regulada; III - parte final, compreendendo as disposições pertinentes às medidas necessárias à implementação das normas de conteúdo substantivo, às disposições transitórias, se for o caso, a cláusula de vigência e a cláusula de revogação, quando couber”.

O artigo 4º da Lei Complementar nº 95 estabelece que a epígrafe deve ser grafada em caracteres maiúsculos, com a identificação numérica singular à lei e “formada pelo título designativo da espécie normativa, pelo número respectivo e pelo ano de promulgação”. A título de exemplificação, vale conferir a epígrafe da referida lei, *in verbis*: “LEI COMPLEMENTAR Nº 95, DE 26 DE FEVEREIRO DE 1998”.

Vale ressaltar que os números das leis complementares, ordinárias e delegadas seguem a sequência iniciada após o advento da Constituição de 1946, conforme revela o artigo 2º, § 2º, inciso II, da Lei Complementar nº 95, de 1998, *in verbis*: “§ 2º Na numeração das leis serão observados, ainda, os seguintes critérios: *omissis*; II - as leis complementares, as leis ordinárias e as leis delegadas terão numeração seqüencial em continuidade às séries iniciadas em 1946”. Já as emendas constitucionais e as medidas provisórias seguem a

³⁴⁴ Cf. artigos 1º, parágrafo único, e 2º, § 2º, incisos I e II, da Lei Complementar nº 95, de 1998.

sequência numérica iniciada em 1988, após o advento da atual Constituição Federal.

Após a epígrafe vem a ementa, que fica logo abaixo, à direita. Segundo o disposto no artigo 5º da Lei Complementar nº 95, de 1998, a ementa deve ser “grafada por meio de caracteres que a realcem e explicitará, de modo conciso e sob a forma de título, o objeto da lei”. A título de exemplificação, segue a ementa da referida lei, *in verbis*: “Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona”.

Após a ementa, há o preâmbulo, com a indicação do “órgão ou instituição competente para a prática do ato e sua base legal”, nos termos do artigo 6º da Lei Complementar nº 95, de 1998. Por oportuno, vale conferir o preâmbulo da referida lei, *in verbis*: “O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei Complementar:”

A propósito, da ementa também deveria constar a respectiva “base legal” exigida no artigo 6º da Lei Complementar nº 95, de 1998, vale dizer, os artigos 59, parágrafo único, e 84, inciso IV, primeira parte, da Constituição Federal.

Em seguida, vem o primeiro artigo, que “indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação”³⁴⁵. A título de exemplificação, vale conferir o artigo 1º da Lei Complementar nº 95, de 1998: “Art. 1º A elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis obedecerão ao disposto nesta Lei Complementar”.

O artigo é a unidade básica de toda e qualquer lei, “indicado pela abreviatura ‘Art.’, seguida de numeração ordinal até o nono e cardinal a partir deste”³⁴⁶.

Por oportuno, vale ressaltar que não há limite ao número de artigos nas leis: são admissíveis tantos artigos quantos forem necessários para a regulação da matéria objeto da lei. O Código Civil de 2002, por exemplo, contém mais de dois mil artigos.

A parte inicial do artigo é o *caput*, vale dizer, cabeça, que contém o comando principal do artigo, de forma ampla e geral. As especificações, as

³⁴⁵ Cf. artigo 7º da Lei Complementar nº 95, de 1998.

³⁴⁶ Cf. artigo 10, inciso I, da Lei Complementar nº 95, de 1998.

peculiaridades e as exceções são inseridas nos parágrafos, nos incisos, nas alíneas e nos itens. A propósito, vale conferir a seguinte lição colhida na doutrina: “O *caput* é a unidade básica da disposição, o núcleo do artigo, contendo a substância da norma, a regra geral, o princípio a respeito do assunto tratado. Os parágrafos, incisos e alíneas são desdobramentos do *caput*, divisões do artigo, que desenvolvem, restringem, explicitam a regra principal, da qual, obviamente, dependem”³⁴⁷.

Com efeito, cada artigo pode ser desdobrado “em parágrafos ou em incisos; os parágrafos em incisos, os incisos em alíneas e as alíneas em itens”³⁴⁸.

Os parágrafos são “representados pelo sinal gráfico ‘§’, seguido de numeração ordinal até o nono e cardinal a partir deste, utilizando-se, quando existente apenas um, a expressão ‘parágrafo único’ por extenso”³⁴⁹.

Já os incisos são “representados por algarismos romanos, as alíneas por letras minúsculas e os itens por algarismos arábicos”³⁵⁰.

É importante ter em mente, todavia, que o termo “dispositivo” pode ser empregado como sinônimo de todos eles: artigo, parágrafo, inciso, alínea e item. Todos são dispositivos legais³⁵¹.

Após a parte normativa, que contém o texto principal, com artigos, parágrafos, incisos, alíneas e itens destinados à regulação da matéria objeto da lei, vem a parte final, constituída pela cláusula de vigência e pela cláusula de revogação, quando couber.

Segundo o artigo 8º da Lei Complementar nº 95, de 1998, a “vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula ‘entra em vigor na data de sua publicação’ para as leis de pequena repercussão”.

Já o artigo 9º estabelece que as leis devem conter também a denominada “cláusula de revogação”, com a expressa indicação das “leis ou disposições legais revogadas”.

Por fim, eventual “inexatidão formal de norma elaborada mediante processo legislativo regular não constitui escusa válida para o seu

³⁴⁷ Silvio Rodrigues. Direito civil: direito das sucessões. Volume 7, 4ª tiragem, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 118.

³⁴⁸ Cf. artigo 10, inciso II, da Lei Complementar nº 95, de 1998.

³⁴⁹ Cf. artigo 10, inciso III, da Lei Complementar nº 95, de 1998.

³⁵⁰ Cf. artigo 10, inciso IV, da Lei Complementar nº 95, de 1998.

³⁵¹ Cf. artigo 12, parágrafo único, da Lei Complementar nº 95, de 1998.

descumprimento”³⁵². Assim, ainda que não observada a técnica legislativa determinada ao longo da Lei Complementar nº 95, de 1998, são válidas e devem ser observadas as leis aprovadas, sancionadas, promulgadas e publicadas após regular processo legislativo.

5. VIGÊNCIA E OBRIGATORIEDADE DAS LEIS

Nenhuma pessoa dotada de capacidade civil está livre de observar o disposto nas leis, nem mesmo os analfabetos e os estrangeiros. De nada adianta alegar o desconhecimento do teor da lei. É o que se infere do artigo 3º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. Basta que a lei tenha sido “oficialmente publicada” e já esteja “em vigor” para que o respectivo cumprimento seja obrigatório em relação a todas as pessoas capazes, independentemente do real conhecimento da norma jurídica estatal^{353,354}.

Se a lei contiver a cláusula “entra em vigor na data de sua publicação”³⁵⁵, como, por exemplo, a Lei nº 12.376, de 2010, a vigência tem início no mesmo dia da publicação oficial. Considera-se realizada a publicação oficial com a veiculação do inteiro teor da lei no Diário Oficial eletrônico ou no órgão oficial de imprensa da União, do Estado-membro, do Distrito Federal ou do Município, conforme o caso. Se não existir Diário Oficial eletrônico nem órgão oficial de imprensa no Município, a publicação se dá com a afixação do inteiro teor da lei na sede da prefeitura ou da câmara municipal, conforme o disposto na lei orgânica³⁵⁶.

³⁵² Cf. artigo 18 da Lei Complementar nº 95, de 1998.

³⁵³ De acordo, na jurisprudência: “Não procede a justificativa do servidor em eximir-se do cumprimento do prazo legal sob a alegação de que o desconhecia, nem há necessidade de se o divulgar no âmbito administrativo.” (REsp nº 404.628/DF, 6ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 19 de dezembro de 2002, p. 480). “Não colhe, igualmente, a justificativa de que a alienação se deu por ignorância da lei, pois ‘ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece’ (art. 3º da LICC).” (REsp nº 276.817/SP, 2ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 7 de junho de 2004, p. 179).

³⁵⁴ Não obstante, o Direito deveria ser objeto de disciplina obrigatória ao menos nos três anos do ensino médio, conforme sustentado no item 9 do capítulo II, para que os jovens tenham oportunidade, antes mesmo de alcançarem a maioridade civil e penal, de adquirir conhecimentos elementares acerca dos respectivos direitos e também das obrigações que devem observar na vida em sociedade.

³⁵⁵ Cf. artigo 8º da Lei Complementar nº 95, de 1998.

³⁵⁶ Em abono: “- Lei instituidora de tributo municipal onde não há órgão oficial de imprensa ou periódico. O ato inerente à publicação da lei se exaure com a sua afixação na sede da Prefeitura (Lei Orgânica do Município).” (RE nº 115.226/SP, 2ª Turma do STF, Diário da Justiça de 10 de junho de 1988, p. 14.406). “- Lei Municipal. Forma de publicação para efeito de vigência. Publicação por afixação, que atende ao artigo 55 da Lei Orgânica dos Municípios, ante a impossibilidade de publicação em órgão da imprensa local.” (RE nº 109.621/SP, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça de 19 de junho de 1987, p. 12.451).

Quando o termo inicial da vigência é fixado após o transcurso de determinado prazo, a lei só entra em vigor depois do decurso do lapso estabelecido, como ocorreu, por exemplo, com a Lei Complementar nº 95, de 1998, nos termos do artigo 19, *in verbis*: “Art. 19. Esta Lei Complementar entra em vigor no prazo de noventa dias, a partir da data de sua publicação”. O lapso entre a publicação da lei e o início da respectiva vigência é denominado “*vacatio legis*”. Embora já exista para o Direito, a lei ainda não tem eficácia e, por consequência, não é obrigatória para ninguém. A obrigatoriedade só se dá a partir do primeiro dia de vigência da lei.

Se a lei for omissa em relação ao início da vigência, “começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada”, no termos do artigo 1º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Já nos Estados estrangeiros, “a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia três meses depois de oficialmente publicada”³⁵⁷.

Vale ressaltar que a contagem do prazo referente ao período de vacância não segue a regra geral de exclusão do dia do início. Com efeito, segundo o § 1º do artigo 8º da Lei Complementar nº 95, de 1998, incluído por força da Lei Complementar nº 107, de 2001, a “contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral”. Assim, tanto o dia da publicação quanto o termo final do prazo fixado em dias, meses ou anos são computados no período de vacância, com o início da vigência da lei a partir do dia subsequente.

Por fim, se ocorrer nova publicação antes de a entrar a lei em vigor, destinada à correção do respectivo texto, o prazo referente ao período de vacância “começará a correr da nova publicação”, nos termos do § 3º do artigo 1º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Em contraposição, as correções a texto de lei já em vigor dependem e são consideradas decorrentes de “lei nova”³⁵⁸.

³⁵⁷ Artigo 1º, § 1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

³⁵⁸ Artigo 1º, § 4º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

6. EFICÁCIA DAS LEIS

A eficácia das leis deve ser examinada sob dois prismas: tempo e espaço. No que tange à eficácia da lei no tempo, incide o princípio da irretroatividade, com a consequente aplicabilidade às relações e aos atos jurídicos posteriores à vigência da lei, ressalvada a hipótese de lei penal mais favorável ao réu ou condenado, a qual é aplicável a todos os casos, tanto futuros quanto pretéritos. Já em relação ao espaço, prevalece a territorialidade, de modo que a lei alcança as relações e os atos jurídicos que têm lugar no território do respectivo Estado soberano. São, em suma, os dois enfoques da eficácia, que são objetos dos tópicos subsequentes.

6.1. IRRETROATIVIDADE

Sob o aspecto temporal, a lei alcança as relações e os atos jurídicos constituídos após a respectiva vigência. A eficácia da lei, portanto, está atrelada ao início da vigência. Por conseguinte, a lei nova não atinge o direito adquirido, o ato jurídico perfeito nem a coisa julgada. É o que se infere do artigo 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”. Tamanha é a importância da proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada que também mereceu consagração constitucional, nos termos do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal: “XXXVI - A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Daí a conclusão: a lei tem eficácia prospectiva^{359_360_361}, com a consequente preservação do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada³⁶².

³⁵⁹ Ou prospectiva, antes da vigência do Novo Acordo Ortográfico, a despeito da aceitação das duas formas na edição mais recente do Vocabulário Ortográfico da Academia Brasileira de Letras.

³⁶⁰ Vale dizer, para o futuro.

³⁶¹ De acordo, na jurisprudência: “NORMA LEGAL – VIGÊNCIA. A norma legal é editada para vigor de forma prospectiva, não alcançando situações jurídicas constituídas.” (RE nº 230.536/SP, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça eletrônico 5 de agosto de 2014”.

³⁶² Ressalvada, todavia, a exceção estampada no artigo 2º do Código Penal brasileiro: “Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. Com efeito, trata-se de exceção à regra da irretroatividade das leis, com a consequente aplicação retroativa de lei penal superveniente em favor de réu em processo criminal e de condenado por força de sentença ou acórdão com trânsito em julgado.

6.1.1. DIREITO ADQUIRIDO

Direito adquirido é a vantagem jurídica conquistada por uma pessoa que cumpriu todas as condições previstas na legislação até então vigente, independentemente do exercício e da concretização do benefício. Em abono, vale conferir o disposto no § 2º do artigo 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aquêles cujo comêço do exercício tenha têrmo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”³⁶³.

Imagine-se, por exemplo, que um professor sem o título de doutor foi aprovado em concurso público e tomou posse em determinada universidade federal, na qual exerce o magistério superior, tudo nos termos da legislação vigente. Na eventualidade da superveniência de lei que contenha a exigência do título de doutor para a posse no cargo de professor e o exercício do magistério superior, o docente aprovado e empossado à luz da legislação anterior não é alcançado, em virtude da existência de direito adquirido. Pouco importa se a nova lei entrou em vigor no dia subsequente à posse do referido docente desprovido do título de doutor: o professor poderá exercer o magistério superior ao longo de décadas, até a respectiva aposentadoria. O mesmo raciocínio é aplicável aos magistrados, aos professores e a outros tantos servidores públicos não concursados que foram empossados antes da exigência consubstanciada na aprovação em concurso público de provas e títulos: todos foram empossados à luz da legislação vigente, razão pela qual têm direito adquirido à permanência nos respectivos cargos públicos.

Mais um exemplo: segundo o artigo 48 da Lei nº 8.213, de 1991, a “aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher”. Imagine-se que uma mulher com 60 anos de idade e que já cumpriu todas as condições previstas na legislação vigente é surpreendida pela publicação de uma lei superveniente, com vigência imediata, que implica majoração da idade mínima para 65 anos, tal como ocorre em relação aos homens. Na hipótese imaginada, a nova lei que implicou

³⁶³ Conforme a redação original, de 1942.

equiparação etária não alcança a mulher de 60 anos que já tinha adquirido o direito à aposentadoria à luz da legislação anterior; e o fato de o direito não ter sido exercido até então é irrelevante. Sem dúvida, o direito à aposentadoria já foi incorporado ao patrimônio jurídico da referida mulher com 60 anos que cumpriu todas as condições estampadas na legislação pretérita, razão pela qual poderá exercê-lo mesmo após o início da vigência da lei nova, sem nenhum prejuízo³⁶⁴.

Em contraposição, uma outra mulher sem a idade mínima no momento do início da vigência da nova lei não tem direito à aposentadoria aos 60 anos, por não ter adquirido o respectivo direito. Nessa segunda hipótese, existia mera “expectativa de direito”, que não se consolidou como direito adquirido, em razão da superveniência de nova lei antes do implemento de todas as condições, especialmente da idade mínima exigida na legislação pretérita.

Daí a importância da distinção entre direito adquirido e mera expectativa de direito: apenas o direito adquirido está a salvo da eficácia de lei superveniente cuja vigência tem início após a conquista da vantagem jurídica decorrente do cumprimento de todas as condições previstas na legislação pretérita³⁶⁵.

6.1.2. ATO JURÍDICO PERFEITO

Ato jurídico perfeito é o constituído e concluído à luz da legislação vigente em determinado período. Em abono, vale conferir o disposto no § 1º do artigo 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”.

³⁶⁴ De acordo, na jurisprudência: “1. A garantia de preservação do direito adquirido, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, assegura ao seu titular também a faculdade de exercê-lo.” (RE nº 587.371/DF, Pleno do STF, Diário da Justiça eletrônico de 23 de junho de 2014).

³⁶⁵ Por oportuno, vale conferir o seguinte exemplo colhido na jurisprudência, em prol da acumulação de proventos oriundos de duas aposentadorias concretizadas antes do advento da Emenda Constitucional nº 20, de 1998: “SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS DE DOIS CARGOS PÚBLICOS CIVIS ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98. POSSIBILIDADE. DECISÃO RECORRIDA EM HARMONIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE. SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Esta Corte possui entendimento segundo o qual a ‘Constituição do Brasil de 1967, bem como a de 1988, esta na redação anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, não obstavam o retorno ao serviço público e a posterior aposentadoria, acumulando os respectivos proventos’ (MS nº 27.572, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 08/10/2008). 2. *In casu*, a primeira aposentadoria se deu em 1987, na vigência da Carta de 1967; e a segunda ocorreu em 1997, logo, antes da publicação da Emenda Constitucional nº 20/98. 3. O artigo 11 da EC nº 20/98, ao vedar a acumulação de aposentadorias em cargos inacumuláveis na ativa, não pode retroagir para ferir o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.” (RE nº 635.011/RJ – AgRg, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça eletrônico de 4 de outubro de 2012, sem os grifos no original).

Imagine-se, por exemplo, que uma lei nova estabeleça a exigência de assinaturas adicionais de duas testemunhas em cheques, notas promissórias e nos demais títulos de crédito, o que é dispensável e até mesmo impensável à vista da legislação cambial vigente³⁶⁶. Na eventualidade da superveniência de lei que contenha a exigência imaginada, todos os cheques, as notas promissórias e os demais títulos de crédito emitidos antes do início da vigência da nova lei são atos jurídicos perfeitos, válidos e eficazes, sob todos os prismas. A exigência imaginada, portanto, não implicaria nulidade nem ineficácia dos títulos anteriores, emitidos à luz da legislação pretérita, ainda que o vencimento, a cobrança e o pagamento sejam posteriores à vigência da eventual nova lei.

Outro exemplo: os pactos antenupciais subscritos pelos nubentes na vigência do Código Civil de 1916 devem ser respeitados mesmo depois do advento do Código Civil de 2002, ainda que os casamentos realizados sob a égide daquele diploma subsistam na vigência do último³⁶⁷.

Mais um exemplo: imagine-se um testamento confeccionado de acordo com as formalidades legais vigentes ao tempo da subscrição e do falecimento do testador. Na eventualidade da superveniência de lei com a majoração das formalidades, como o aumento do número de testemunhas ou a exigência de instrumento público no lugar de particular, por exemplo, o testamento é ato jurídico perfeito e tem plena eficácia, a despeito das exigências formais adicionais impostas por força da lei nova.

Em virtude do respeito devido ao ato jurídico perfeito, portanto, os atos constituídos e concluídos sob a égide da legislação anterior não podem ser prejudicados nem mitigados por leis supervenientes. Podem, todavia, sofrer restrições e até mesmo ser desconsiderados por força do advento de nova Constituição, proveniente do denominado “Poder Constituinte Originário”, que é

³⁶⁶ De acordo, na jurisprudência: “II. Aos títulos de crédito, assim reconhecidos em lei, dispensa-se a formalidade exigida aos contratos particulares, de assinatura de duas testemunhas, para que adquiram executividade.” (REsp n. 215.265/GO, 4ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 4 de fevereiro de 2002, p. 369).

³⁶⁷ De acordo, na jurisprudência: “DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. PACTO ANTENUPCIAL. SEPARAÇÃO DE BENS. MORTE DO VARÃO. VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL. ATO JURÍDICO PERFEITO. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. HERDEIRO NECESSÁRIO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. 1. O pacto antenupcial firmado sob a égide do Código de 1916 constitui ato jurídico perfeito, devendo ser respeitados os atos que o sucedem, sob pena de maltrato aos princípios da autonomia da vontade e da boa-fé objetiva.” (REsp nº 1.111.095/RJ, 4ª Turma do STJ, Diário da Justiça eletrônico de 11 de fevereiro de 2010, sem o grifo no original).

ilimitado e incondicionado; mas nunca por lei, seja ordinária, delegada ou complementar, nem mesmo por emenda constitucional.

6.1.3. COISA JULGADA

A coisa julgada é a proteção estatal conferida às decisões judiciais que contenham resolução do mérito das causas, após o decurso de todos os prazos recursais. É o que se infere do artigo 502 do Código de Processo Civil, *in verbis*: “Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”. No mesmo diapasão, vale conferir o disposto no § 3º do artigo 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”. Assim, se uma pessoa acionou o Poder Judiciário mediante processo no qual houve a prolação de sentença por parte do juiz, com o julgamento de procedência, e não houve interposição de recurso algum no prazo legal, o comando sentencial restou protegido pela coisa julgada. Ainda que alguma lei superveniente modifique o Direito Objetivo de regência da hipótese jurídica, não será aplicável ao caso concreto, em respeito à coisa julgada.

Não obstante, há uma exceção que implica retroatividade da lei superveniente. É o que se infere do disposto no inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal: “XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. De fato, a lei nova mais favorável ao réu ou ao condenado deve ser aplicada tanto no curso do processo penal quanto depois do trânsito em julgado. Nem mesmo a coisa julgada subsiste ao advento de lei benéfica ao condenado³⁶⁸⁻³⁶⁹.

³⁶⁸ Em abono: “*HABEAS CORPUS*. PENAL. PROCESSUAL PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E ESTUPRO. CONCURSO MATERIAL. SUPERVENIÊNCIA DE LEI MAIS BENIGNA. EFICÁCIA RETROATIVA DA NORMA PENAL. MATÉRIA NÃO APRECIADA NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO. APLICAÇÃO DA LEI MAIS FAVORÁVEL AO SENTENCIADO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA VARA DE EXECUÇÕES CRIMINAIS. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. I – *Habeas corpus* impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que não conheceu do agravo em recurso especial, sem adentrar no mérito da controvérsia relacionada à aplicação retroativa da Lei 12.015/2009. Não conhecimento do *writ*. II – Paciente condenado pelas práticas dos crimes de atentado violento ao pudor e estupro, em concurso material. Superveniência da Lei 12.015/2009, por meio da qual houve unificação das condutas. III – Eficácia retroativa de norma penal mais favorável ao sentenciado, *ex vi* do disposto no art. 5º, XL, da Constituição Federal. IV – Compete ao Juízo da Vara de Execuções Criminais a aplicação da novel legislação que, de qualquer modo, apresentar-se mais favorável àqueles que foram condenados com base na legislação revogada. Incidência da Súmula 611 do Supremo Tribunal Federal. V – *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para determinar ao Juízo da Vara de Execuções Criminais o exame da questão à luz da Lei 12.015/2009, que deve retroagir por se tratar de lei penal mais benéfica, nos termos do voto do relator.” (HC nº 116.904/SP, 2ª Turma do STF, Diário da Justiça eletrônico de 4 de outubro de 2013, sem o grifo no original).

³⁶⁹ A ação rescisória e a revisão criminal também são exceções ao instituto da coisa julgada, mas não dependem da superveniência de leis novas. A rigor, tanto a ação rescisória quanto a revisão criminal são

Em suma, a lei só tem eficácia no tocante às relações e aos atos jurídicos posteriores ao início da respectiva vigência, de modo que lei superveniente não atinge direito adquirido, ato jurídico perfeito, muito menos coisa julgada, salvo o advento de lei penal favorável ao réu ou ao condenado, porquanto a legislação benigna tem eficácias prospectiva e retroativa.

6.2. TERRITORIALIDADE

No que tange ao espaço, a lei incide sobre as relações e os atos jurídicos que têm lugar dentro do território do respectivo Estado soberano.

Quanto ao Estado brasileiro, o território nacional abrange todas as terras que constam no interior das fronteiras geográficas oficiais, os rios e os lagos interiores, com as respectivas ilhas fluviais e lacustres, o mar territorial, as ilhas oceânicas dos arquipélagos de Fernando de Noronha, Trindade e Martim Vaz, São Pedro e São Paulo, Abrolhos e o Atol das Rocas, os espaços aéreos correspondentes, assim como as embarcações e aeronaves referidas no § 1º do artigo 5º do Código Penal. Por conseguinte, as relações e os atos jurídicos constituídos ou praticados no interior do território nacional são regidos por força da legislação brasileira, a partir da Constituição Federal, somada às leis ordinárias, delegadas e complementares, federais, estaduais, distritais e municipais, conforme a distribuição das competências legislativas.

Além da regra consubstanciada na incidência da lei sobre relações e atos jurídicos que têm lugar no território nacional, há casos nos quais a legislação brasileira alcança até mesmo relações e atos praticados em território estrangeiro, conforme revela o artigo 7º do Código Penal³⁷⁰. Nesses casos

exceções à coisa julgada, nos termos da Constituição Federal, que autoriza a desconstituição de sentenças e outras decisões judiciais protegidas pela coisa julgada, em excepcionais casos de erros judiciais.

³⁷⁰ “Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: I - os crimes: a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República; b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público; c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço; d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil; II - os crimes: a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; b) praticados por brasileiro; c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados. § 1º - Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro. § 2º - Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições: a) entrar o agente no território nacional; b) ser o fato punível também no país em que foi praticado; c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena; e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável. § 3º - A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior: a) não foi pedida ou foi negada a extradição; b) houve requisição do Ministro da Justiça”.

excepcionais, todavia, a eficácia é relativa, porquanto a aplicação da legislação brasileira e a consequente exequibilidade das decisões judiciais proferidas no Brasil dependem da anuência do Estado estrangeiro. Sem dúvida, a eficácia da legislação brasileira só é absoluta nos limites do território nacional.

Sob outro prisma, a eficácia das diferentes leis brasileiras no território nacional também depende e está relacionada à organização político-administrativa do Estado brasileiro, composto pela União, pelos Estados-membros, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, todos com competências legislativas arroladas na Constituição Federal: as competências da União estão previstas no artigo 20; as competências concorrentes da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal constam do artigo 24; e as competências conferidas aos Municípios e ao Distrito Federal estão arroladas no artigo 30.

Em regra, as leis provenientes da União, também denominadas de “leis federais”, têm eficácia em todo o território nacional³⁷¹. Já as leis estaduais têm eficácia dentro do respectivo Estado-membro. Igual raciocínio é aplicável ao Distrito Federal. É o que também se dá em relação às leis municipais, com eficácia restrita apenas ao território do respectivo Município.

Na eventualidade de dúvida ou conflito acerca da incidência de duas ou mais leis, prevalece a de maior hierarquia, a começar pela Constituição Federal, e, na ausência de hierarquia entre as normas, a que estiver em consonância a com repartição constitucional das competências legislativas; e nas hipóteses de competência concorrente, as dúvidas e divergências encontram solução à luz dos §§ 1º, 2º, 3º e 4º do artigo 24 da Constituição Federal.

7. RECEPÇÃO DAS LEIS

A recepção é instituto jurídico de suma importância sempre que há o advento de nova Constituição, para que as leis pretéritas compatíveis com a Constituição superveniente continuem em vigor e a ter eficácia. Tanto quanto possível, preserva-se a legislação pretérita que for compatível com a nova Constituição, de modo a evitar um imenso vácuo normativo em relação aos direitos e obrigações civis, trabalhistas, empresariais, tributários, previdenciários, eleitorais não previstos na Constituição superveniente. Só são revogadas as

³⁷¹ Em regra, porque há leis provenientes da União com eficácia restrita ao território do Distrito Federal: cf. artigos 21, incisos XIII e XIV, e 22, inciso XVII, da Constituição Federal.

normas anteriores incompatíveis com a nova Constituição: não há declaração de inconstitucionalidade de normas antigas incompatíveis, mas, sim, a revogação pura e simples. As normas anteriores, portanto, podem ser recepcionadas ou revogadas em razão do advento de nova Constituição, no todo ou em parte, conforme a compatibilidade com a Constituição superveniente.

No momento da recepção também há o reenquadramento normativo. Daí a razão pela qual antigos decretos e decretos-leis compatíveis com a Constituição de 1988 foram recepcionados como leis federais ordinárias. Foi o que ocorreu, por exemplo, com o Decreto nº 24.643, de 1934 – Código de Águas, com o Decreto-lei nº 2.848, de 1940 – Código Penal, com o Decreto-lei nº 3.688, de 1941 – Lei das Contravenções Penais, e com o Decreto-lei nº 5.452, de 1943 – Consolidação das Leis do Trabalho. Todos foram recepcionados como leis ordinárias e assim são reconhecidos e aplicados hoje. Em suma, se o disposto na norma jurídica pretérita não afronta a nova Constituição, há o reenquadramento da antiga norma à luz da espécie legislativa compatível prevista na Constituição ulterior.

A recepção se dá de forma imediata, em virtude do advento de nova Constituição: todas as normas anteriores compatíveis são recepcionadas desde logo, com o reenquadramento normativo cabível e a subsistência da vigência e da eficácia das normas pretéritas.

Por fim, a recepção não se dá apenas em relação à Constituição Federal. *Mutatis mutandis*, o raciocínio também é aplicável quanto às Constituições estaduais e leis orgânicas municipais e do Distrito Federal, com a igual recepção das normas estaduais, municipais e distritais anteriores que forem compatíveis com as Constituições e leis orgânicas supervenientes.

8. INTERPRETAÇÃO DAS LEIS

As leis são constituídas por palavras e expressões que precisam ser desvendadas, porquanto as letras não têm a mesma precisão dos números. A busca do verdadeiro significado das leis ocorre mediante investigação metódica denominada “interpretação” ou “hermenêutica”, operação intelectual marcada pela consideração dos vários critérios existentes para identificar o sentido, o alcance e a finalidade dos vocábulos e comandos legais. Daí a coexistência de vários modos de interpretação: gramatical, histórico, lógico, sistemático,

teleológico e sociológico. Sob outro prisma, a interpretação pode ser autêntica, doutrinária e jurisprudencial, tendo em vista os sujeitos da interpretação: os legisladores, os doutrinadores e os magistrados. Em virtude da importância de todos na descoberta do sentido, do alcance e da finalidade dos preceitos legais, os sujeitos e os modos de interpretação merecem exame específico, nos tópicos que se seguem.

8.1. MODOS OU MEIOS DE INTERPRETAÇÃO

8.1.1. INTERPRETAÇÃO GRAMATICAL OU LITERAL

À luz do método gramatical ou literal, a interpretação das leis deve ser extraída à vista do significado de cada palavra na língua portuguesa. O Vocabulário Ortográfico da Academia Brasileira de Letras é importante fonte de consulta, na busca dos sentidos e dos sinônimos dos termos empregados nas leis.

A interpretação gramatical é, sem dúvida, o ponto de partida da hermenêutica jurídica. Embora seja o primeiro método a ser utilizado pelo hermeneuta, não é o mais importante, em razão da existência tanto de palavras equívocas quanto de expressões ambíguas nas leis em geral, somada à necessidade da consideração de outros aspectos de maior relevância: histórico, lógico, sistemático, teleológico e sociológico.

8.1.2. INTERPRETAÇÃO HISTÓRICA

A interpretação histórica é outro método a ser utilizado na busca do significado das leis, à luz da análise do processo legislativo e dos anais que contêm as discussões e as deliberações no seio do Poder Legislativo.

Os eventuais vetos parciais opostos pelo Presidente da República e os respectivos motivos também são úteis para a resolução de dúvidas acerca da interpretação das leis³⁷².

É igualmente importante a consulta à denominada “Exposição de Motivos” que acompanha os projetos legislativos.

³⁷² Cf. artigo 66, § 1º, da Constituição Federal: “§ 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”.

Os fundamentos também devem ser considerados na interpretação histórica. Fundamentos são os pilares sobre os quais a lei foi construída. São as bases teóricas e práticas que deram suporte ao legislador. Por exemplo, a Constituição Federal de 1988, que é a lei maior do Estado brasileiro, “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”. Eis os pilares eleitos pelos constituintes de 1987 e 1988 para a reconstrução do Estado brasileiro e a redação da respectiva lei maior. Daí a necessidade da interpretação da Constituição à vista as bases sobre as quais foi erguida. Assim deve ser a hermenêutica das leis em geral, com a consideração dos respectivos fundamentos, na busca do real significado dos textos estampados nos artigos, parágrafos, incisos, alíneas.

Todo o histórico legislativo, portanto, deve ser considerado pelo intérprete, pelo executor e pelo julgador, para a melhor compreensão das leis enquanto resultados de projetos legislativos e como frutos de discussões e deliberações parlamentares.

8.1.3. INTERPRETAÇÃO LÓGICA, CIENTÍFICA OU JURÍDICA

Já o método lógico é fundado no raciocínio técnico-jurídico, à vista dos conceitos consagrados nas ciências jurídicas.

Por exemplo, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, o termo jurídico “prédio” não é mero sinônimo de “edifício”. Deve-se afastar, portanto, na análise das leis, a interpretação literal, fundada apenas no vernáculo, na linguagem comum, a fim de se adotar a terminologia jurídica, segundo a qual “prédio” é toda e qualquer porção de terra, com ou sem edificações. Por conseguinte, os lotes, as casas, os edifícios de apartamentos, as fazendas e os terrenos em geral são prédios. Assim deve ser interpretado o termo jurídico

“prédio” estampado nos artigos 1.297, 1.298 e 1.300 do Código Civil brasileiro³⁷³ e no artigo 1º da Lei nº 10.419, de 2012, do Município de Belo Horizonte³⁷⁴.

Outro exemplo: o inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal estabelece que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. O termo jurídico “casa” alcança muito mais do que as casas propriamente ditas, mas também os apartamentos em edifícios, os quartos de hotel e até mesmo os escritórios, gabinetes e consultórios profissionais. Daí a importância da interpretação lógica, científica ou jurídica, com a análise das leis à luz dos conceitos próprios da ciência do Direito.

8.1.4. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA

O método sistemático consiste na análise dos dispositivos dentro da respectiva lei e do Direito positivo como um todo, já que os preceitos estão inseridos em um diploma que faz parte do ordenamento jurídico, à luz do qual é possível extrair o real sentido dos textos legais específicos.

Vale ressaltar que o método sistemático ocupa papel de destaque na hermenêutica jurídica, na busca do verdadeiro significado dos dispositivos legais, porquanto os respectivos textos devem ser analisados com a consideração também do contexto, como parte de um sistema. Examina-se, portanto, o todo no qual o dispositivo está inserido.

³⁷³ “Art. 1.297. O proprietário tem direito a cercar, murar, valar ou tapar de qualquer modo o seu prédio, urbano ou rural, e pode constringer o seu confinante a proceder com ele à demarcação entre os dois prédios, a aviventar rumos apagados e a renovar marcos destruídos ou arruinados, repartindo-se proporcionalmente entre os interessados as respectivas despesas”.

“Art. 1.298. Sendo confusos, os limites, em falta de outro meio, se determinarão de conformidade com a posse justa; e, não se achando ela provada, o terreno contestado se dividirá por partes iguais entre os prédios, ou, não sendo possível a divisão cômoda, se adjudicará a um deles, mediante indenização ao outro”.

“Art. 1.300. O proprietário construirá de maneira que o seu prédio não despeje águas, diretamente, sobre o prédio vizinho”.

³⁷⁴ “DISPÕE SOBRE A IMPLANTAÇÃO DE SISTEMA DE SEGURANÇA BASEADO EM MONITORAMENTO POR MEIO DE CÂMERAS DE VÍDEO NOS PRÉDIOS UTILIZADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E NAS PRAÇAS E PARQUES DE BELO HORIZONTE.

O Presidente da Câmara Municipal de Belo Horizonte, no uso de suas atribuições legais e atendendo ao que dispõe o § 6º, combinado com o § 8º do art. 92 da Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte, tendo sido rejeitado o Veto Total oposto pelo Excelentíssimo Senhor Prefeito à Proposição de Lei nº 279/11, promulga a seguinte Lei:

Art. 1º Os prédios utilizados pela administração pública municipal de Belo Horizonte, como escolas municipais, postos de saúde, entre outros, contarão com sistema de segurança baseado em monitoramento por meio de câmeras de vídeo nas áreas internas e externas de suas dependências, assim como as praças e parques públicos do Município”.

Por exemplo, o artigo 1.801 do Código Civil brasileiro que a pessoa que, a pedido do testador, “escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos” não podem ser nomeados herdeiros nem legatários. Por conseguinte, o escritor do testamento a pedido do testador, o cônjuge ou companheiro, os ascendentes e os irmãos do redator não podem ser beneficiários do testamento. Não há, todavia, no artigo 1.801, vedação alguma em relação aos descendentes da pessoa que escreveu o testamento a pedido do testador. Ora, é evidente que a proibição também deveria alcançar os descendentes do redator do testamento, até porque são parentes em linha reta. Sem dúvida, se os legisladores impuseram proibição em relação aos irmãos, que são parentes em linha colateral, com maior razão deveriam ter incluído os descendentes na vedação. À evidência, a interpretação literal do artigo 1.801 conduz a resultado ilógico, contraditório.

Não obstante, a interpretação sistemática resolve a incoerência, tendo em vista o disposto no parágrafo único do artigo 1.802 do Código Civil, *in verbis*: “Parágrafo único. Presumem-se pessoas interpostas os ascendentes, os descendentes, os irmãos e o cônjuge ou companheiro do não legitimado a suceder”. De fato, a referência aos “descendentes” “do não legitimado a suceder” resolve a incoerência constante do artigo 1.801. Daí a conclusão extraída da interpretação sistemática dos artigos 1.801 e 1.802, parágrafo único, do Código Civil: não podem ser beneficiários de testamento a pessoa que o escreveu a pedido do testador, nem o cônjuge ou companheiro, os ascendentes, os descendentes e os irmãos do redator³⁷⁵.

A interpretação sistemática é igualmente importante para a compreensão do alcance do § 3º do artigo 142 da Lei nº 8.112, de 1990, *in verbis*: “§ 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente”.

A leitura isolada do dispositivo conduz à conclusão de que a interrupção da prescrição da pretensão punitiva administrativa se dá até a decisão final proferida pela autoridade competente, sem limitação de tempo, já que o § 3º não estabeleceu prazo algum para o julgamento administrativo-disciplinar. É o

³⁷⁵ Com igual interpretação, na doutrina: Silvio Rodrigues. Direito civil: direito das sucessões. Volume 7, 26ª ed., revista e atualizada por Zeno Veloso, 4ª tiragem, Saraiva, 2007, p. 45.

raciocínio extraído da interpretação literal do § 3º do artigo 142 da Lei nº 8.112, de 1990.

Já os artigos 145, 152 e 167 da mesma Lei nº 8.112 revelam a existência de prazos para a conclusão tanto da sindicância quanto do processo administrativo disciplinar, com o igual estabelecimento de prazo para a prolação do julgamento pela autoridade administrativa competente.

À vista da interpretação sistemática, portanto, com a consideração do disposto em todos os dispositivos legais citados, é lícito concluir que não é infinita a interrupção da prescrição da pretensão punitiva administrativa. Na verdade, o § 3º do artigo 142 da Lei nº 8.112 deve ser interpretado à luz dos artigos 145, 152 e 167 do mesmo diploma legal, a fim de se saber quais são os prazos prescricionais aplicáveis em sindicâncias e processos administrativos disciplinares³⁷⁶.

Outro exemplo da importância da interpretação sistemática é extraído da Lei nº 5.700, de 1971, referente aos símbolos nacionais. Vale conferir, em primeiro lugar, o disposto no artigo 30, *in verbis*: “Art. 30. Nas cerimônias de hasteamento ou arriamento, nas ocasiões em que a Bandeira se apresentar em marcha ou cortejo, assim como durante a execução do Hino Nacional, todos devem tomar atitude de respeito, de pé e em silêncio, o civis do sexo masculino com a cabeça descoberta e os militares em continência, segundo os regulamentos das respectivas corporações”.

A interpretação literal conduz à conclusão de que todos devem permanecer em silêncio durante a execução do Hino Nacional. É o resultado da interpretação literal do artigo 30 da Lei nº 5.700, de 1971.

Não é, todavia, a melhor interpretação. Na verdade, a exigência da permanência em silêncio durante a execução do Hino Nacional diz respeito às cerimônias de hasteamento da Bandeira Nacional, como forma de saudação.

³⁷⁶ De acordo, na jurisprudência: “A prescrição é interrompida com a instauração do referido procedimento (art. 142, § 3º), não sendo definitiva, visto que após o prazo de 140 dias - prazo máximo para conclusão e julgamento (art. 152, c/c art. 167) - o prazo prescricional recomeça a correr por inteiro.” (Mandado de segurança nº 9.120/DF, 3ª Seção do STJ, Diário da Justiça eletrônico de 6 de novembro de 2015). “5. O termo inicial da prescrição da pretensão punitiva disciplinar estatal é a data do conhecimento do fato pela autoridade competente para instaurar o Processo Administrativo Disciplinar (art. 142, § 1º, da Lei 8.112/1990), a qual interrompe-se com a publicação do primeiro ato instauratório válido, seja a abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar (art. 142, § 3º, da Lei 8.112/1990). Esta interrupção não é definitiva, visto que, após o prazo de 140 dias (prazo máximo para conclusão e julgamento do PAD a partir de sua instauração (art. 152 c/c art. 167)), o prazo prescricional recomeça a correr por inteiro (art. 142, § 4º, da Lei 8.112/1990).” (Mandado de segurança nº 19.488/DF, 1ª Seção do STJ, Diário da Justiça eletrônico de 31 de março de 2015).

Com efeito, o *caput* do artigo 30 deve ser interpretado com a consideração do respectivo parágrafo único, *in verbis*: “Parágrafo único. É vedada qualquer outra forma de saudação”. À evidência, o parágrafo único revela que o artigo 30 dispõe sobre a saudação devida nas cerimônias de hasteamento da Bandeira Nacional, quando o Hino Nacional deve ser executado. Em abono, vale conferir o artigo 25, inciso II, da Lei nº 5.700, de 1971: “Art. 25. Será o Hino Nacional executado: *omissis*; II - Na ocasião do hasteamento da Bandeira Nacional, previsto no parágrafo único do art. 14”. Nesse caso, deve-se permanecer em silêncio durante a execução do Hino Nacional.

Nas demais hipóteses de execução do Hino Nacional, todavia, o silêncio não é obrigatório, conforme revela o § 1º do artigo 25: “§ 1º A execução será instrumental ou vocal de acordo com o cerimonial previsto em cada caso”. Na mesma esteira, o inciso III do artigo 24 dispõe sobre o canto do Hino Nacional: “Art. 24. A execução do Hino Nacional obedecerá às seguintes prescrições: *omissis*; III - Far-se-á o canto sempre em uníssono”. Se não bastassem, o artigo 34 também dispõe sobre o canto do Hino Nacional.

À evidência, o silêncio só é obrigatório no caso específico previsto no artigo 30, e não em todos os casos de execução do Hino Nacional. A interpretação sistemática do artigo 30, à luz dos artigos 24, 25 e 34, autoriza a conclusão de que aquele dispositivo contém uma exceção, na qual o silêncio é obrigatório durante a execução do Hino Nacional, por ocasião do hasteamento da Bandeira Nacional.

A interpretação sistemática do artigo 30, à luz do texto e também do contexto, com a consideração de outros dispositivos da mesma Lei nº 5.700, de 1971, afasta eventual equívoco interpretativo que poderia ocorrer à vista apenas da interpretação literal daquele preceito, de forma isolada. Daí a preferência pela utilização da interpretação sistemática em relação à interpretação gramatical.

8.1.5. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA

Outro importante método de hermenêutica jurídica é o teleológico, por meio do qual a interpretação é extraída à luz da finalidade da lei, com a maior valorização do escopo em relação à letra. Busca-se conferir à lei a interpretação que está em consonância com o respectivo fim. Questiona-se, portanto, sobre o

objetivo do legislador ao aprovar o texto legal. Vale mais a finalidade da lei do que o texto por si só.

8.1.6. INTERPRETAÇÃO SOCIOLÓGICA

O artigo 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e o artigo 8º do Código de Processo Civil consagram outro importante método de hermenêutica jurídica: a interpretação sociológica³⁷⁷.

Sem dúvida, os aspectos sociais devem ser considerados pelo hermeneuta, pelo administrador público e pelo julgador, na busca da interpretação da lei que melhor se coaduna com o bem comum, em prol da coletividade. Em abono, vale lembrar que a promoção do bem de todos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais são objetivos fundamentais do Estado brasileiro, conforme estampado no artigo 3º da Constituição Federal.

Por tudo, deve-se sempre ter em mente os fins sociais da lei objeto da interpretação, na busca da exegese que seja compatível com o artigo 3º da Constituição, com o artigo 5º da Lei de Introdução e com o artigo 8º do Código de Processo Civil.

8.1.7. CONCLUSÃO

À vista dos diferentes modos de interpretação das leis em geral, não só é possível, mas também é comum resultados diversos e até mesmo antagônicos à luz de um diploma legal. Tanto que são frequentes as divergências interpretativas entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, de modo a ensejar julgamentos proferidos por seis votos contra cinco. A pluralidade de interpretações é possível e até mesmo comum no Direito, porquanto as leis podem ser vistas sob diferentes prismas e interpretadas por diversos modos, válidos e legítimos. Por maior que seja a precisão técnica do hermeneuta, há possibilidade de interpretações e conclusões distintas, conforme o método empregado. É que o Direito não é ciência exata, como a Matemática e a Física.

³⁷⁷ “Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

“Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

8.2. SUJEITOS OU FONTES DA INTERPRETAÇÃO

No que tange aos sujeitos ou fontes, a interpretação pode ser autêntica, doutrinária ou jurisprudencial, conforme a origem do hermeneuta: legislador, doutrinador e magistrado, respectivamente.

8.2.1. INTERPRETAÇÃO AUTÊNTICA

A interpretação autêntica é a hermenêutica realizada pelo legislador, com a indicação, no bojo da lei, do conceito, do significado, do alcance ou do sentido do texto legal.

Por exemplo, os artigos 79 e 80 do Código Civil revelam o que são bens imóveis: “Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente. Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais: I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram; II - o direito à sucessão aberta”. Por consequência, ainda que o falecido tenha deixado apenas bens móveis, como automóveis, motocicletas, bicicletas ou documentos consubstanciados em títulos de crédito, a herança é considerada bem imóvel por força de lei.

O Código de Águas também contém exemplos de interpretação autêntica, conforme se infere dos artigos 9º, 16 e 89, *in verbis*: “Art. 9º Álveo é a superfície que as águas cobrem sem transbordar para o sólo natural e ordinariamente enxuto”. “Art. 16. Constituem ‘aluvião’ os acréscimos que sucessiva e imperceptivelmente se formarem para a parte do mar e das correntes, aquém do ponto a que chega o preamar médio, ou do ponto médio das enchentes ordinárias, bem como a parte do álveo que se descobrir pelo afastamento das águas”. “Art. 89. Consideram-se ‘nascentes’ para os efeitos deste Código, as águas que surgem naturalmente ou por indústria humana, e correm dentro de um só prédio particular, e ainda que o transponham, quando elas não tenham sido abandonadas pelo proprietário do mesmo”.

O artigo 204 do Código de Processo Civil de 2015 também contém exemplo de interpretação autêntica: “Art. 204. Acórdão é o julgamento colegiado proferido pelos tribunais”. Por conseguinte, os julgamentos proferidos nas Turmas e no Plenário do Supremo Tribunal Federal não são sentenças, mas, sim, acórdãos, a despeito do frequente equívoco encontrado na linguagem jornalística.

Outro importante exemplo de interpretação autêntica reside no artigo 5º da Lei nº 4.898, de 1965: “Art. 5º Considera-se autoridade, para os efeitos desta lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração”. Daí o amplo alcance da lei que trata dos “casos de abuso de autoridade”.

Outro exemplo de interpretação autêntica de grande aplicação na prática é encontrado no artigo 327 do Código Penal: “Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”.

Também vale conferir exemplo semelhante que consta do artigo 283 do Código Eleitoral, *in verbis*: “Art. 283. Para os efeitos penais são considerados membros e funcionários da Justiça Eleitoral: I - os magistrados que, mesmo não exercendo funções eleitorais, estejam presidindo Juntas Apuradoras ou se encontrem no exercício de outra função por designação de Tribunal Eleitoral; II - Os cidadãos que temporariamente integram órgãos da Justiça Eleitoral; III - Os cidadãos que hajam sido nomeados para as mesas receptoras ou Juntas Apuradoras; IV - Os funcionários requisitados pela Justiça Eleitoral. § 1º Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, além dos indicados no presente artigo, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 2º Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal ou em sociedade de economia mista”.

Já a Lei nº 8.112, de 1990, traz conceitos mais restritos de servidor público e de cargo público, para os fins de aplicação dos respectivos dispositivos, referentes a direitos e deveres dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. A propósito do conceito de servidor público, dispõe o artigo 2º da Lei nº 8.112: “Art. 2º Para os efeitos desta Lei, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público”. O conceito de cargo público consta do subsequente artigo 3º: “Art. 3º Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor. Parágrafo único. Os

cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão”.

Vale ressaltar a importância da interpretação autêntica na solução de casos concretos. Por exemplo, um estagiário de qualquer ente ou órgão público é “funcionário público” para os efeitos penais, razão pela qual está sujeito às penas previstas para os crimes contra a Administração Pública previstos no Código Penal brasileiro³⁷⁸.

Por outro lado, um estagiário de um órgão da União, de uma autarquia federal ou de uma fundação pública federal não é um servidor público para os fins da Lei nº 8.112, de 1990, razão pela qual não é beneficiário dos direitos previstos nessa lei. Daí a notória importância da interpretação autêntica para a resolução de inúmeros casos concretos que surgem diariamente na vida em sociedade, sejam no campo do Direito Administrativo, sejam na seara do Direito Penal.

Um último exemplo de interpretação autêntica reside no parágrafo único do artigo 12 da Lei Complementar nº 95, de 1998, *in verbis*: “Parágrafo único. O termo ‘dispositivo’ mencionado nesta Lei refere-se a artigos, parágrafos, incisos, alíneas ou itens”. Assim, o vocábulo “dispositivo” pode ser utilizado como sinônimo de artigo, parágrafo, inciso, alínea e de item de lei, como empregado ao longo deste compêndio.

À vista dos exemplos, é lícito concluir que há interpretação autêntica quando o legislador apresenta o conceito, o significado, o alcance ou o sentido do texto legal.

8.2.2. INTERPRETAÇÃO DOUTRINÁRIA

A interpretação doutrinária é a inteligência da lei realizada pelos juristas, professores e escritores renomados, em tratados, compêndios, teses, dissertações, artigos científicos e pareceres jurídicos.

³⁷⁸ De acordo, na jurisprudência: “PENAL. PECULATO. ESTAGIÁRIO DE EMPRESA PÚBLICA. FALSIDADE IDEOLÓGICA. DOSIMETRIA DA PENA. HONORÁRIO DE DEFENSOR DATIVO. 1. Trata-se de peculato, e não de estelionato, o crime cometido por estagiário da Caixa Econômica Federal, por ser este considerado funcionário público por equiparação, nos termos do § 1º do artigo 327 do Código Penal.” (Apelação nº 2003.71.00.015522/RS, 8ª Turma do TRF da 4ª Região, Diário Eletrônico de 16 de maio de 2007). “2. Nos termos do artigo 327, § 1º, do Código Penal, considera-se funcionário público o estagiário que exerce função em entidade paraestatal.” (*Habeas Corpus* nº 2000.04.01.090714-2, 2ª Turma do TRF da 4ª Região, Diário da Justiça de 25 de outubro de 2000, p. 515).

8.2.3. INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL

A interpretação jurisprudencial é a hermenêutica jurídica realizada nos tribunais judiciários, por juízes, desembargadores e ministros, nos julgamentos de processos e recursos, com a indicação do conceito, do alcance e do significado dos textos legais.

Merece destaque a interpretação jurisprudencial estampada em súmulas aprovadas nos tribunais judiciários, com destaque para o Supremo Tribunal Federal e, com maior razão, para as súmulas vinculantes aprovadas na Corte Suprema, em virtude da generalidade e da obrigatoriedade dos respectivos enunciados.

A propósito, vale relembrar o disposto na Súmula Vinculante nº 13: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

Por fim, é importante ressaltar que, além das súmulas vinculantes, dotadas de generalidade, abstração e obrigatoriedade como as leis, também há as súmulas comuns ou simplesmente súmulas, com interpretações jurisprudenciais que servem de orientação na aplicação das leis pelos hermeneutas, administradores públicos e magistrados em geral³⁷⁹.

³⁷⁹ A título de exemplificação, vale conferir as súmulas nºs 14, 15, 20, 346 e 473 aprovadas no Supremo Tribunal Federal, respectivamente: “Não é admissível, por ato administrativo, restringir, em razão da idade, inscrição em concurso para cargo público”. “Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo fôr preenchido sem observância da classificação”. “É necessário processo administrativo com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso”. “A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”. “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

9. LACUNAS DAS LEIS E INTEGRAÇÃO

As leis podem ser omissas, imperfeitas, incompletas. Já o Direito é pleno; e é fundamental que seja assim, para conferir segurança jurídica aos jurisdicionados. Para assegurar a completude do Direito, as omissões existentes nas leis devem ser supridas à luz da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do Direito, conforme determina o artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Com efeito, ainda que não exista lei de regência para algum caso concreto, o juiz deve julgar a causa objeto do processo, tendo em vista a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito. Eis, em suma, as fontes de integração das leis que garantem a necessária completude do Direito.

9.1. ANALOGIA

A analogia é a primeira fonte de integração prevista no artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Analogia significa semelhança. O instituto jurídico da analogia consiste, portanto, na sanção da omissão legal em relação a determinado caso concreto mediante a aplicação da lei de regência de hipótese semelhante.

Por exemplo, o inciso II do artigo 38 da Constituição Federal estabelece o “servidor público da administração direta, autárquica e fundacional” que for “investido no mandato de Prefeito” “será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração”. Nada dispõe, entretanto, em relação ao servidor público eleito Vice-Prefeito. Daí o questionamento: há possibilidade de acumulação da remuneração recebida na qualidade de servidor público com os subsídios destinados ao Vice-Prefeito? A questão foi julgada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, com a aplicação do disposto no inciso II do artigo 38 da Constituição também em relação ao Vice-Prefeito³⁸⁰. A

³⁸⁰ “1. Acumulação de vencimentos e subsídios: impossibilidade. O Vice-Prefeito não pode acumular a remuneração percebida como servidor público municipal (Escriturário III), e posteriormente como Secretário de Obras do Município, com os subsídios do cargo eletivo: firmou-se o entendimento do STF no sentido de que as disposições contidas no inciso II do art. 38 da Constituição Federal, relativas ao Prefeito, aplicam-se, por analogia, ao servidor público investido no mandato de Vice-Prefeito (ADIn 199, Pleno, Maurício Corrêa, DJ 7.8.1998).” (Agravo nº 476.390/MG, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça de 15 de abril de 2005, p. 14). “2.4. Servidor público investido no mandato de Vice-Prefeito. Aplicam-se-lhe, por analogia, as disposições contidas no inciso II do art. 38 da Constituição Federal.” (ADI nº 199/PE, Pleno do STF, Diário da Justiça de 7 de agosto de 1998, p. 19).

despeito da omissão dos constituintes de 1987 e 1988, o inciso II do artigo 38 da Constituição Federal é aplicável por analogia, em virtude da semelhança das duas hipóteses.

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal também evocaram a analogia para decidir sobre o direito de greve dos servidores públicos previsto no inciso VII do artigo 37 da Constituição Federal: “VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites estabelecidos em lei específica”. Diante da mora legislativa na aprovação da lei regulamentadora, e com as adaptações necessárias, os Ministros do Supremo Tribunal Federal reconheceram o direito de greve em prol dos servidores públicos, nos termos e nos limites da Lei nº 7.783, de 1989, que é o diploma de regência do direito de greve em favor dos empregados sujeitos à legislação trabalhista³⁸¹.

Outro exemplo: embora os artigos 1º e 2º do Decreto-lei nº 1.044, de 1969, versem sobre a realização de exercícios domiciliares “como compensação da ausência às aulas”, em prol de “alunos de qualquer nível de ensino, portadores de afecções congênitas ou adquiridas, infecções, traumatismo ou outras condições mórbidas”, deve-se conferir igual tratamento excepcional em favor de estudante impedido de frequentar as aulas por outro motivo alheio à sua vontade³⁸².

Mais um exemplo: embora o artigo 72 da Consolidação das Leis do Trabalho verse sobre “serviços permanentes de mecanografia (datilografia, escrituração ou cálculo)”, o preceito é aplicável por analogia ao trabalhador rural que exerce atividade repetitiva, como o cortador de cana, de modo a ensejar igual descanso por dez minutos ao final de cada período de noventa minutos de trabalho consecutivo³⁸³.

³⁸¹ Cf. ADI nº 3.235/AL, Pleno do STF, Diário da Justiça eletrônico de 11 de março de 2010: “6. O Supremo Tribunal Federal, nos termos dos Mandados de Injunção n.ºs 670/ES, 708/DF e 712/PA, já manifestou o entendimento no sentido da eficácia imediata do direito constitucional de greve dos servidores públicos, a ser exercido por meio da aplicação da Lei n.º 7.783/89, até que sobrevenha lei específica para regulamentar a questão”.

³⁸² Em abono, na jurisprudência: “I – É lícita a extensão, por analogia, dos benefícios assegurados pelo DL 1.044/69, a estudante que deixou de frequentar aulas, por se encontrar sob prisão preventiva, em razão de processo que resultou em absolvição.” (REsp nº 45.522/SP, 1ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 17 de outubro de 1994, p. 27.865).

³⁸³ Em abono, na jurisprudência: “1. TRABALHADOR RURAL. PAUSAS PREVISTAS NA NR-31 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ARTIGO 72 DA CLT. Não obstante a Norma Regulamentadora 31 não especifique os lapsos temporais e duração das pausas a serem usufruídos pelo trabalhador rural, mostra-se cabível a aplicação analógica do artigo 72 da CLT - que estabelece pausas de 10 minutos a cada 90 minutos de trabalho consecutivo, nos serviços permanentes de mecanografia - diante do permissivo contido nos artigos 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e 8º da CLT, os quais, especificamente, autorizam ao juiz decidir por analogia, em caso de

Como último exemplo, imagine-se que durante o anúncio das notas relativas à avaliação oral em um concurso público há a constatação de divergência entre a nota expressa em algarismos e a nota lançada por extenso, por parte de um examinador, em relação a um dos candidatos. Omissa a legislação específica, a divergência é passível de sanção à luz da analogia, com o aproveitamento da nota lançada por extenso, em virtude da aplicação da legislação de regência do cheque, conforme se infere do artigo 12 da Lei nº 7.357, de 1985: “Art. 12 Feita a indicação da quantia em algarismos e por extenso, prevalece esta no caso de divergência”. É o que também revela o primeiro parágrafo do artigo 6º do Decreto nº 57.663, de 1966, em relação à letra de câmbio: “Se na letra a indicação da quantia a satisfazer se achar por extenso e em algarismos, e houver divergência entre uma e outra, prevalece a que estiver feita por extenso”. Sem dúvida, a despeito da omissão da legislação específica e do edital de regência do concurso público, a divergência é passível de sanção à luz da analogia, com a aplicação do disposto na legislação cambial, em virtude da autorização constante do artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Não obstante, a aplicação da analogia comporta exceções: não pode ser evocada para a imposição de penas nem de tributos. É o que se infere do artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, *in verbis*: “XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”³⁸⁴. No mesmo diapasão, o § 1º do artigo 108 do Código Tributário estabelece que o “emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei”. Daí a conclusão: no que tange ao Direito Penal e ao Direito Tributário, a analogia só pode ser evocada e aplicada em favor do acusado e do contribuinte³⁸⁵. No mais, incide a analogia para a sanção das omissões das leis em geral.

omissão normativa.” (Recurso nº 2009-61.2010.5.15.0156, 5ª Turma do TST, Diário eletrônico da Justiça do Trabalho de 22 de novembro de 2013).

³⁸⁴ De acordo, na jurisprudência: “Não é possível abranger como criminosas condutas que não tenham pertinência em relação à conformação estrita do enunciado penal. Não se pode pretender a aplicação da analogia para abarcar hipótese não mencionada no dispositivo legal (analogia *in malam partem*). Deve-se adotar o fundamento constitucional do princípio da legalidade na esfera penal. Por mais reprovável que seja a lamentável prática da ‘cola eletrônica’, a persecução penal não pode ser legitimamente instaurada sem o atendimento mínimo dos direitos e garantias constitucionais vigentes em nosso Estado Democrático de Direito.” (INQ nº 1.145/PB, Pleno do STF, Diário da Justiça eletrônico de 3 de abril de 2008). Após o advento da Lei nº 12.550, de 2011, por força da qual houve o acréscimo do artigo 311-A ao Código Penal brasileiro, a hipótese foi tipificada como crime.

³⁸⁵ “2. Havendo regra concessiva da correção monetária para o caso em que o Fisco devolve ao contribuinte a quantia que este depositou para garantir as instâncias administrativa e judicial (Lei nº 4.357, de 16.7.1964, art. 7º, § 3º), justo é que tal norma seja invocada, por analogia (Cód. Trib. Nac., art. 108, I), para o fim de

9.2. COSTUME

Na falta de lei até mesmo em relação a hipóteses semelhantes, a omissão legal deve ser sanada à luz do costume. O costume deve ser aplicado, portanto, quando não existir lei para o caso concreto nem para hipótese assemelhada.

Tal como a lei, o costume também é norma jurídica, com a diferença de que não é proveniente do Estado, e sim da reiteração de certo comportamento ao longo do tempo, de modo que a respectiva conduta humana é considerada obrigatória na sociedade.

Um exemplo de aplicação do costume se dá em relação ao valor da retribuição em caso de prestação de serviços, quando o contrato civil for omisso. É o que se infere do artigo 596 do Código Civil: “Art. 596. Não se tendo estipulado, nem chegado a acordo as partes, fixar-se-á por arbitramento a retribuição, segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade”³⁸⁶.

Igual raciocínio é aplicável ao contrato civil de locação, conforme se infere do artigo 569, inciso II, do Código Civil: “Art. 569. O locatário é obrigado: *omissis*; II - a pagar pontualmente o aluguel nos prazos ajustados, e, em falta de ajuste, segundo o costume do lugar;”.

No que tange aos muros, cercas e tapumes divisórios de lotes, casas, sítios, fazendas e outros prédios urbanos e rurais, na falta de prévio acordo, os proprietários confinantes são “obrigados, de conformidade com os costumes da localidade, a concorrer, em partes iguais, para as despesas de sua construção e conservação”³⁸⁷.

Na falta de cláusula relativa à retribuição devida ao autor da obra, no contrato de edição, o valor será arbitrado “com base nos usos e costumes”, nos termos do artigo 57 da Lei nº 9.610, de 1998.

se conceder a correção monetária quando o Fisco devolve o indébito de natureza tributária.” (RE nº 81.412/SP, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça de 7 de março de 1980, p. 1.175).

³⁸⁶ Por exemplo: “AÇÃO DE ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CONTRATO ESCRITO - AUSÊNCIA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS - CRITÉRIOS - VALOR JUSTO - SENTENÇA MANTIDA. Não sendo realizado contrato escrito de prestação de serviços advocatícios e restando devidamente comprovada nos autos a referida prestação, para o arbitramento dos honorários advocatícios, deverão ser observados os critérios constantes na lei (art. 596 do Código Civil), ou seja, o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade, além dos parâmetros previstos no § 2º do art. 22 da Lei nº 8.906/94.” (Apelação nº 1.0433.07.211601-8/002, 14ª Câmara Cível do TJMG, Diário da Justiça de 24 de abril de 2009). “Diante da ausência de contrato escrito de prestação de serviços advocatícios, e restando devidamente comprovada nos autos a referida prestação, para o arbitramento dos honorários advocatícios, deverão ser observados os critérios constantes na lei (art. 596 do Código Civil), ou seja, o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade, além dos parâmetros previstos no § 2º do art. 22 da Lei nº 8.906/94, os quais foram devidamente observados na r. sentença.” (Apelação nº 1.0261.08.063169-8/001, 14ª Câmara Cível do TJMG, Diário da Justiça de 16 de dezembro de 2009).

³⁸⁷ Cf. artigo 1.297, § 1º, do Código Civil.

Em suma, o costume é a segunda fonte de Direito e a segunda fonte de integração, mas não prevalece quando há lei de regência para determinada conduta humana ou, ao menos, para hipótese semelhante, quando incide a analogia.

9.3. PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO

Na falta de leis e de costumes, incidem os princípios gerais de Direito. Os princípios gerais de Direito são proposições oriundas do Direito Natural, do Direito Romano ou do Direito Canônico que inspiram o legislador durante a construção do Direito Positivo, bem como orientam o julgador na resolução das causas constantes dos processos.

Importante exemplo de princípio geral de Direito revela que o juiz deve decidir em favor do acusado sempre que tiver dúvida acerca da autoria ou da materialidade do crime: *in dubio pro reo*³⁸⁸.

Outro importante princípio geral de Direito é aplicável às mais diversas relações e atos jurídicos, nos diferentes campos do Direito: a boa-fé é presumida³⁸⁹.

Também é princípio geral de Direito que a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza: *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*³⁹⁰.

No mesmo diapasão, há princípio geral de Direito que veda o comportamento contraditório nas relações e nos atos jurídicos: *venire contra factum proprium*.

³⁸⁸ De acordo, na jurisprudência: “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENAL MILITAR E PROCESSUAL PENAL MILITAR. CRIME DE HOMICÍDIO CULPOSO (CPM, ART. 206, § 2º, C/C ART. 33, II). APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO* POR CONSIDERAR QUE NÃO FORAM REUNIDAS PROVAS CAPAZES DE EMBASAR A SENTENÇA CONDENATÓRIA.” (Agravo nº 806.548/PR, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça eletrônico de 5 de outubro de 2011). “A ausência de provas do envolvimento em atividades criminosas ou da participação em organização criminosa deve ser interpretada em benefício do acusado e, por conseguinte, não é suficiente para afastar a aplicação da causa de redução da pena. Incidência do princípio da presunção de inocência e da regra do *in dubio pro reo*.” (HC nº 103.225/RN, 2ª Turma do STF, Diário da Justiça eletrônico de 21 de novembro de 2011).

³⁸⁹ Por exemplo: “1 A presunção de sinceridade do retomante, na ação de despejo, é desdobramento de presunção mais ampla, a de boa-fé, cuja aplicação, como princípio geral de direito, está autorizada pelo art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.” (Agravo nº 158.169/MG, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça de 3 de abril de 1998, p. 8). “- Ante a inexistência de prova sobre o conhecimento do terceiro-adquirente, quanto à insolvabilidade do réu-apelante, e, considerando-se que é princípio geral de direito que a boa-fé se presume, afasta-se a alegação de fraude à execução.” (Apelação nº 1.0024.10.038165-6/002, 13ª Câmara Cível do TJMG, Diário da Justiça eletrônico de 7 de fevereiro de 2013).

³⁹⁰ Por exemplo: “I - Na fiança, a sanção decorrente da falta de outorga uxória pressupõe iniciativa da parte prejudicada. Não detém legitimidade para arguí-la o cônjuge que deu causa à invalidação do ato, omitindo o fato de ser casado à data da prestação da fiança. Admiti-lo seria ferir o princípio geral do direito, consagrado na lei substantiva civil, segundo o qual a parte na relação jurídica não poder invocar a nulidade do ato que praticou, valendo-se da própria ilicitude para desfazer o negócio.” (Apelação nº 1.0707.04.079399-4/001, 13ª Câmara Cível do TJMG, Diário da Justiça de 15 de fevereiro de 2008).

A vedação ao enriquecimento sem causa também é princípio geral de Direito. Por exemplo, na eventualidade de rescisão de um contrato no início ou no curso do prazo estipulado, não é lícito a um contratante pretender receber as quantias referentes a todas as parcelas, como se o contrato tivesse sido concluído normalmente, no termo final pactuado³⁹¹.

A regra de que o acessório segue o principal é outro princípio geral de Direito. Por exemplo, os acessórios existentes em um automóvel durante a exposição e a negociação anteriores ao contrato verbal de alienação também devem constar do veículo no momento da tradição³⁹². Não pode o vendedor, portanto, retirar o pneu reserva antes de efetuar a entrega do veículo ao adquirente, já que o *accessorium sequitur suum principale*³⁹³.

Outro princípio geral de Direito revela que o devedor deve ter a cautela própria do homem médio tanto na identificação do verdadeiro credor quanto na exigência do recibo do cumprimento da obrigação: quem paga mal, paga duas vezes³⁹⁴.

O princípio da não autoincriminação revela que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo: *nemo tenetur se detegere*. Por conseguinte, o denominado “teste do bafômetro” e o exame de sangue não são obrigatórios para condutores de veículos automotores³⁹⁵. No mesmo diapasão, deve ser

³⁹¹ No mesmo diapasão: “Constitui princípio geral do direito a regra que veda o enriquecimento sem causa, daí porque parte das parcelas pagas pelo promitente comprador deve ser restituída pelo promissário vendedor.” (Apelação nº 478.245-0, 11ª Câmara Cível do TJMG, Diário da Justiça de 7 de maio de 2005). “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados posteriormente a sua vigência, além do princípio geral de direito da vedação ao enriquecimento sem causa, que impede a retenção de todos os valores pagos por ocasião da rescisão do contrato de compra e venda de imóvel.” (Apelação nº 1.0672.06.203721-9/001, 1ª Câmara Cível do TJMG, Diário da Justiça de 10 de junho de 2008).

³⁹² Vale dizer, transmissão ou entrega de bem móvel.

³⁹³ Em abono: “- Os acréscimos formados por depósitos e aterros naturais, ou pelo desvio das águas dos rios, ainda que estes sejam navegáveis, pertencem aos donos dos terrenos marginais. Permanece assim, a conhecida regra de que o acessório segue o principal.” (Apelação nº 1.0015.06.034272-0/001, 16ª Câmara Cível do TJMG, Diário da Justiça de 3 de julho de 2009). “- Tendo o contrato principal, ou seja, o de locação, se findado durante o trâmite da ação de despejo c/c cobrança de aluguéis, automaticamente também está findo o contrato de fiança, vez que cediço é que o acessório segue a natureza do principal.” (Apelação nº 398.427-6, 6ª Câmara Cível do TAMG, Diário da Justiça de 8 de outubro de 2003).

³⁹⁴ Em abono: “Cabe ao devedor, no momento do pagamento de seu débito, acerrar-se das cautelas necessárias à validade da quitação, diligenciando para que efetue a entrega da prestação devida àquele que é o verdadeiro credor, para que não se veja obrigado a pagar duas vezes pela mesma dívida, haja vista que no nosso ordenamento jurídico vigora o princípio segundo o qual ‘quem paga mal, paga duas vezes’”. (Apelação nº 1.0433.03.107061-1/001, 15ª Câmara Cível do TJMG, Diário da Justiça de 25 de maio de 2006).

³⁹⁵ Em abono: “*HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE SE EXTRAIR QUALQUER CONCLUSÃO DESFAVORÁVEL AO SUSPEITO OU ACUSADO DE PRATICAR CRIME QUE NÃO SE SUBMETE A EXAME DE DOSAGEM ALCOÓLICA. DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO: *NEMO TENETUR SE DETEGERE*. *Omissis*. 1. Não se pode presumir que a embriagues de quem não se submete a exame de dosagem alcoólica: a Constituição da República impede que se extraia qualquer conclusão desfavorável àquele que, suspeito ou acusado de praticar alguma infração penal,

respeitado o silêncio do acusado: ninguém pode ser obrigado a responder questionamentos de autoridades públicas, muito menos ser condenado em razão do silêncio³⁹⁶.

No que tange às frequentes dúvidas e divergências acerca da incidência de leis antagônicas, muitas vezes são resolvidas à luz do princípio da especialidade: a lei especial prevalece na eventualidade de conflito com lei geral³⁹⁷.

São inúmeros, portanto, os princípios gerais que asseguram a completude do Direito: ainda que a lei seja omissa e não exista costume algum a ser aplicado ao caso concreto, incidem os princípios gerais de Direito.

9.4. EQUIDADE

Equidade é a busca da solução mais justa para o caso concreto.

Não obstante, a equidade só pode ser evocada e aplicada aos casos previstos em lei, em razão da limitação imposta no parágrafo único do artigo 140 do Código de Processo Civil: “Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”. No mais, o juiz deve observar o disposto na lei, sempre à luz da interpretação sociológica determinada no artigo 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Não pode, entretanto, ultrapassar as raiais da lei e fazer as vezes de legislador, sem prévia autorização legal.

Um exemplo de autorização legal de aplicação da equidade reside no parágrafo único do artigo 723 do Código de Processo Civil: “Parágrafo único. O juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna”. Assim, o juiz pode proferir sentença com fundamento na equidade em processos que versem sobre alienação, arrendamento ou oneração de bens de crianças ou adolescentes, de órfãos e de interditos, de alienação de quinhão em coisa comum e de alienação, locação e administração de coisa comum, por exemplo.

exerce o direito de não produzir prova contra si mesmo: Precedentes.” (HC nº 93.916/PA, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça eletrônico de 26 de junho de 2008).

³⁹⁶ Em abono: “III. *Nemo tenetur se detegere*: direito ao silêncio. Além de não ser obrigado a prestar esclarecimentos, o paciente possui o direito de não ver interpretado contra ele o seu silêncio.” (HC nº 84.517/SP, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça de 19 de novembro de 2004).

³⁹⁷ Em abono: “AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONHECIMENTO - BUSCA E APREENSÃO - DECRETO-LEI 911/69 - LEI ESPECÍFICA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Deve ser aplicado o Decreto-lei 911/69 aos pedidos de busca e apreensão do veículo alienado fiduciariamente, ao invés do CDC, uma vez que é princípio geral do Direito que a lei especial prepondera sobre a geral.” (Agravo nº 1.0024.08.069155-3/001, 14ª Câmara Cível do TJMG, Diário da Justiça de 5 de agosto de 2008).

Outro exemplo consta do artigo 6º da Lei nº 9.099, de 1995, referente aos processos de competência dos Juizados Especiais: “Art. 6º O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum”.

Importante exemplo de possibilidade da aplicação da equidade reside no julgamento dos crimes dolosos contra a vida, de competência do júri, porquanto os cidadãos que atuam na qualidade de jurados podem decidir pela absolvição ou pela condenação do acusado de acordo com o sentimento pessoal de justiça de cada um deles³⁹⁸.

Ainda que excepcionalmente, o artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho também autoriza a prolação de julgamentos à luz da equidade, “na falta de disposições legais ou contratuais”.

No mais das vezes, portanto, não há possibilidade de julgamento por equidade; deve-se aplicar a lei à luz dos métodos de hermenêutica jurídica, com destaque para a interpretação sociológica. Na falta de lei aplicável ao caso concreto, deve-se recorrer à analogia. Se não existir lei nem mesmo para hipótese semelhante, deve-se aplicar o costume. Na falta de leis e de costumes, incidem os princípios gerais de Direito. Já a equidade só tem lugar quando o legislador autorizar a solução que considerada mais justa e adequada para o caso concreto. À evidência, trata-se de exceção no Direito brasileiro.

10. PROCESSO LEGISLATIVO

10.1. GENERALIDADES

O poder soberano do Estado brasileiro é exercido nos órgãos que integram “o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, nos termos do artigo 2º da Constituição Federal de 1988. Aos integrantes do Legislativo cabe a elaboração de normas jurídicas estatais e a fiscalização do efetivo cumprimento. À evidência, a principal função do Poder Legislativo é a legiferante, consubstanciada na elaboração e aprovação de normas jurídicas estatais sobre

³⁹⁸ De acordo, na jurisprudência: “Júri. O julgamento pelo Júri é o meio seguro de verificar se a legislação penal se conforma ao sentimento popular e permite a equidade, isto é, a justiça do caso concreto, a justiça que leva em conta todas as circunstâncias, previstas ou não na lei, para decidir.” (Apelação nº 690021407, 3ª Câmara Criminal do TJRS, julgamento em 31 de agosto de 1990).

condutas humanas gerais, abstratas e obrigatórias para o convívio social harmônico.

A função legiferante do Poder Legislativo se dá à vista do complexo processo legislativo previsto na Constituição Federal, especialmente nos artigos 59 a 69, com o reforço do disposto na Lei Complementar nº 95, de 1998, na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e nos regimentos internos da Câmara dos Deputados, do Senado da República e do Congresso Nacional³⁹⁹.

Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, o processo legislativo não está restrito à elaboração de leis propriamente ditas, como as leis ordinárias e as leis complementares. Na verdade, o processo legislativo compreende a elaboração das mais diversas espécies normativas arroladas no artigo 59 da Constituição Federal: as emendas à Constituição, as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos e as resoluções legislativas. Já a elaboração de nova Constituição Federal não é objeto do processo legislativo. Com efeito, a aprovação de nova Constituição Federal se dá por força do denominado “Poder Constituinte Originário”, que é incondicionado e ilimitado.

Em regra, o processo legislativo é composto por cinco fases ou etapas: a iniciativa, a aprovação, a sanção ou veto presidencial, a promulgação e a publicação. A regra, entretanto, não é absoluta, já que nem todas as espécies normativas estão sujeitas às cinco fases: por exemplo, não há sanção nem veto presidencial na tramitação das emendas à Constituição, das leis delegadas, dos decretos legislativos e das resoluções legislativas. A despeito das exceções, vale conferir cada uma das cinco etapas do processo legislativo padrão previsto na Constituição Federal.

³⁹⁹ No que tange às leis estaduais, além da Constituição Federal, da Lei Complementar nº 95, de 1998, e da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, também devem ser observados os ditames das Constituições estaduais e dos regimentos internos das Assembleias Legislativas, conforme o Estado-membro. Quanto às leis municipais, ainda é preciso observar o disposto na respectiva lei orgânica e no regimento interno da Câmara Municipal. Já em relação às leis distritais, além do disposto na Constituição Federal, na Lei Complementar nº 95, de 1998, na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, deve-se considerar também as determinações insertas na Lei Orgânica do Distrito Federal e no regimento interno da respectiva Câmara Legislativa. Para as todas as leis, todavia, deve-se observar, em primeiro lugar, o processo legislativo padrão que está previsto na Constituição Federal, aplicável diretamente às leis federais em geral e, por via reflexa, às leis estaduais, municipais e distritais.

10.2. INICIATIVA

A primeira fase do processo legislativo é a iniciativa, isto é, a legitimidade para apresentar proposta de projeto destinado à elaboração da norma jurídica estatal.

A iniciativa é variável de acordo com a espécie normativa. Por exemplo, o artigo 60 da Constituição contém o rol dos legitimados que podem apresentar projeto de emenda constitucional. Já o artigo 61 versa sobre a iniciativa de projeto de lei complementar e de lei ordinária. Por conseguinte, só os legitimados podem dar início ao processo legislativo, sob pena de inconstitucionalidade da emenda constitucional, da lei complementar, da lei ordinária, conforme a espécie normativa objeto do projeto apresentado.

Mutatis mutandis, o raciocínio também é aplicável em relação às normas jurídicas da competência legislativa dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios. A propósito, vale conferir a súmula nº 9 aprovada no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo: “É inconstitucional lei municipal de iniciativa do Poder Legislativo que disponha sobre matéria de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo”⁴⁰⁰. Outro exemplo é extraído da súmula nº 24 aprovada no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região: “É inconstitucional o art. 84 da Lei Orgânica Municipal de Tatuí que criou vantagens aos seus servidores municipais, em face da reserva constitucional prevista pelo art. 61, § 1º, inciso II, da CF/1988, que define a iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo”. Último exemplo, também proveniente de súmula aprovada no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região: “É inconstitucional o § 4º do art. 109 da Lei Orgânica Municipal de Penápolis, que criou vantagens aos seus servidores municipais celetistas, em face da reserva constitucional prevista pelo art. 61, § 1º, inciso II, da CF/1988, que define a iniciativa legislativa privativa do chefe do Poder Executivo”⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ Súmula nº 27 do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, aprovada por meio da Resolução Administrativa nº 5, de 13 de junho de 2012.

⁴⁰¹ Outros exemplos também colhidos na jurisprudência: “LEI ORGÂNICA MUNICIPAL. SERVIDOR PÚBLICO. REMUNERAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INICIATIVA LEGISLATIVA. É inconstitucional o art. 84 da Lei Orgânica Municipal de Tatuí que criou vantagens aos seus servidores municipais, em face da reserva constitucional prevista pelo art. 61, § 1º, inciso II, da CF/1988, que define a iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo.” (Súmula nº 24 do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região). “INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ORGÂNICA MUNICIPAL. REMUNERAÇÃO. CONSTATAÇÃO DE VÍCIO DE INICIATIVA LEGISLATIVA. RECONHECIMENTO. É inconstitucional o § 4º do art. 109 da Lei Orgânica Municipal de Penápolis, que criou vantagens aos seus servidores municipais celetistas, em face da reserva constitucional prevista pelo art. 61, § 1º, inciso II, da CF/1988, que define a iniciativa legislativa privativa do chefe do Poder Executivo.” (Súmula nº 27 da Súmula

10.3. APROVAÇÃO

A segunda fase do processo legislativo é a aprovação, proveniente da discussão e da votação.

No que tange ao Poder Legislativo da União, as discussões e votações geralmente ocorrem na Câmara e depois no Senado, que é, em regra, a “Casa revisora”, nos termos dos artigos 64 e 65 da Constituição Federal.

Não obstante, se a iniciativa do projeto partir de um ou mais Senadores⁴⁰², a discussão e a votação têm lugar primeiro no Senado; e só depois da aprovação no Senado é que o projeto segue para a Câmara dos Deputados. Ainda que excepcionalmente, portanto, o Senado pode atuar como “Casa iniciadora” e a Câmara como “Casa revisora”.

Na eventualidade de alguma emenda aprovada na votação ocorrida na “Casa revisora”, seja a Câmara, seja o Senado, há o retorno à “Casa iniciadora”, para nova discussão e votação do projeto emendado, conforme determina o parágrafo único do artigo 65 da Constituição Federal, *in verbis*: “Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora”.

A aprovação depende do número de turnos de votação e do número mínimo de votos conforme a espécie normativa objeto do projeto apresentado. Por exemplo, a aprovação de projeto de emenda constitucional depende de votações em dois turnos em cada uma das duas Casas do Congresso Nacional, e pelo menos três quintos dos votos dos Deputados ou Senadores em cada uma das quatro votações. Por conseguinte, são necessários ao menos 308 votos favoráveis em cada um dos dois turnos na Câmara e 49 votos favoráveis em cada um dos dois turnos no Senado; caso contrário, há a rejeição do projeto de emenda constitucional, com o consequente arquivamento.

Outro exemplo: segundo o artigo 69 da Constituição Federal, a aprovação de projeto de lei complementar ocorre após a votação em turno único em cada Casa do Congresso Nacional, desde que haja maioria absoluta em prol do projeto. Por conseguinte, são necessários pelo menos 257 votos favoráveis na

do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, aprovado por meio da Resolução Administrativa nº 5, de 13 de junho de 2012).

⁴⁰² Por exemplo, os projetos de lei complementar e de lei ordinária podem ser apresentados por um Senador isoladamente. Já o projeto de emenda constitucional só pode ser apresentado se a proposta estiver subscrita por pelo menos 27 Senadores, vale dizer, um terço dos membros do Senado.

Câmara dos Deputados e 41 votos favoráveis no Senado; caso contrário, há a rejeição do projeto de lei complementar, com o conseqüente arquivamento.

Mais um exemplo: no que tange ao projeto de lei ordinária, incide o artigo 47 da Constituição, razão pela qual a aprovação depende da presença da maioria absoluta dos Deputados e dos Senadores em cada Casa do Congresso, com a posterior votação favorável da maioria simples ou relativa, vale dizer, da maioria dos votantes. O número de votos para a aprovação, portanto, é variável: primeiro, porque depende do número de congressistas presentes no dia da votação em cada Casa Legislativa, desde que compareçam pelo menos 257 Deputados na Câmara e 41 Senadores no Senado; segundo, porque depende do número de parlamentares que efetivamente participaram da votação, com a desconsideração das eventuais abstenções⁴⁰³. Tem-se a maioria simples exigida no artigo 47 da Constituição quando há a maioria dos votantes, após a confirmação da presença da maioria absoluta dos parlamentares em cada Casa do Congresso.

Na eventualidade da aprovação em uma Casa de texto primitivo aprovado na outra Casa, mas com emendas de mérito, em relação ao conteúdo de artigo, inciso, parágrafo ou alínea, o projeto retorna à Casa originária, a fim de que as emendas sejam objeto de deliberação. Em outros termos, os congressistas da Casa originária devem discutir e votar apenas as emendas de mérito, de forma pontual, conforme se infere da combinação do parágrafo único do artigo 65 com o § 3º do artigo 64 da Constituição Federal. Já as emendas destinadas apenas à correção de redação, sem modificação alguma em relação ao conteúdo dos artigos, incisos, alíneas e parágrafos, dispensam retorno à Casa originária; não são, portanto, consideradas verdadeiras emendas.

Concluídas as votações com a aprovação do projeto nas duas Casas do Congresso, há o envio ao Presidente da República, para sanção ou veto, nos termos do artigo 66 da Constituição Federal. É a terceira fase do processo legislativo.

⁴⁰³ Assim, na jurisprudência: “PROCESSO LEGISLATIVO. QUÓRUM DE INSTALAÇÃO *VERSUS* QUÓRUM DE DELIBERAÇÃO. CRITÉRIO DE MAIORIA SIMPLES. NÚMERO DE VOTANTES.” (Apelação nº 1.0476.06.002851-3/002, 2ª Câmara Cível do TJMG, Diário da Justiça de 24 de novembro de 2006, sem o grifo no original).

10.4. SANÇÃO OU VETO

O Chefe do Executivo pode sancionar ou vetar o projeto, no todo ou em parte, conforme autoriza o § 1º do artigo 66 da Constituição Federal. Não obstante, o veto não pode atingir palavras específicas nem expressões isoladas; ainda que seja parcial, o veto só pode atingir artigo, inciso, alínea ou parágrafo por inteiro⁴⁰⁴.

O Presidente da República tem prazo de quinze dias úteis para sancionar ou vetar o projeto aprovado no Congresso Nacional, contados da data do recebimento. Se o Presidente da República deixar o prazo correr *in albis*, há sanção tácita do projeto, *ex vi* do § 3º do artigo 66 da Constituição Federal.

Na eventualidade de o Presidente da República opor veto ao projeto, deve comunicar os respectivos motivos ao Presidente do Senado, dentro das quarenta e oito horas previstas no § 1º do artigo 66 da Constituição Federal. Podem ser dois os motivos – autônomos e independentes entre si – do veto presidencial ao projeto: “inconstitucional ou contrário ao interesse público”. Não obstante, os congressistas têm competência constitucional para julgar os motivos e rejeitar o veto presidencial, conforme o caso.

Na qualidade de Presidente do Congresso Nacional, cabe ao Presidente do Senado convocar sessão conjunta, dentro de trinta dias do recebimento da comunicação presidencial referente ao veto ao projeto, a fim de que os Deputados e os Senadores possam deliberar acerca da manutenção ou da rejeição do veto, conforme o disposto nos artigos 57, § 3º, inciso IV, e 66, § 4º, ambos da Constituição Federal.

Se o Presidente do Senado não designar sessão conjunta do Congresso Nacional dentro de trinta dias do recebimento dos motivos do veto, incide o § 6º do artigo 66 da Constituição Federal, *in verbis*: “§ 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final”.

Designada a sessão conjunta pelo Presidente do Senado, cabe ao Congresso Nacional avaliar se as razões do veto presidencial são fundadas, ou não. Se fundadas as razões do Presidente da República, o veto é mantido; se

⁴⁰⁴ Cf. artigo 66, § 2º, da Constituição Federal.

infundadas, o veto presidencial é rejeitado, conforme o livre convencimento dos Deputados e dos Senadores em relação aos motivos do veto.

Ainda à vista do § 4º do artigo 66, o veto presidencial só é rejeitado se assim votarem a maioria absoluta dos Deputados⁴⁰⁵ e dos Senadores⁴⁰⁶, em votações distintas, na mesma sessão do Congresso Nacional. Vale ressaltar a deliberação ocorria “em escrutínio secreto” até o advento da Emenda Constitucional nº 76, de 2013, por força da qual as votações passaram a ser abertas⁴⁰⁷.

Na eventualidade de o veto total ao projeto subsistir, por não ter sido alcançada a maioria absoluta prevista no § 4º do artigo 66, há o arquivamento do projeto.

Já na hipótese de veto parcial ao projeto, se não for alcançada a maioria absoluta necessária para rejeitar o veto, os artigos, incisos, alíneas e parágrafos vetados não subsistem, mas os dispositivos não atingidos pelo veto presidencial subsistem e seguem para promulgação, a qual se dá apenas em relação à parte do projeto que não foi vetada.

Em contraposição, alcançada a maioria absoluta tanto dos Deputados quanto dos Senadores em prol da rejeição do veto presidencial, afasta-se o veto e o projeto originário aprovado no Congresso Nacional é enviado ao Presidente da República, para promulgação, em quarenta e oito horas.

Se o Presidente da República permanecer silente, a promulgação deve ser efetuada pelo Presidente do Senado, nas quarenta e oito horas subsequentes. Decorrido o prazo, a promulgação cabe ao Vice-Presidente do Senado, tudo nos termos do § 7º do artigo 66 da Constituição Federal. Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, as competências arroladas nos §§ 5º e 7º do artigo 66 não são sucessivas, mas concorrentes, motivo pelo qual a promulgação pode se dar pelo Presidente da República até mesmo depois do decurso do prazo inicial de quarenta e oito horas.

Vale ressaltar que a fase de sanção ou veto é própria do processo legislativo das leis complementares e ordinárias; não há sanção nem veto em

⁴⁰⁵ Em números, 257 Deputados.

⁴⁰⁶ Em números, 41 Senadores.

⁴⁰⁷ Para que não reste dúvida, vale conferir a atual redação do § 4º do artigo 66, já sem a abolida expressão “em escrutínio secreto”: “§ 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”.

relação aos projetos de emenda constitucional, de lei delegada, de decreto legislativo nem de resolução legislativa.

Finda a terceira fase, passa-se ao exame da promulgação, quarta etapa do processo legislativo.

10.5. PROMULGAÇÃO

A promulgação é o ato de reconhecimento da existência de nova norma jurídica aprovada no Congresso Nacional e não vetada pelo Presidente da República, quando depender de sanção.

Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, a promulgação é ato vinculado: aprovado o projeto no Congresso e não oposto veto pelo Presidente, é obrigatória a promulgação, nos prazos estabelecidos no § 7º do artigo 66 da Constituição, *in verbis*: “§ 7º - Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos § 3º e § 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo”^{408,409}.

A regra, portanto, é a promulgação pelo Chefe do Poder Executivo. Não obstante, há espécies normativas que não são promulgadas pelo Presidente da República, como, por exemplo, as emendas constitucionais, passíveis de promulgação pelas Mesas da Câmara e do Senado, tendo em vista a exceção constante do § 3º do artigo 60 da Constituição.

Promulgadas a lei complementar e a lei ordinária, pelo Presidente da República, e a emenda constitucional, pelas Mesas da Câmara e do Senado, por exemplo, há o reconhecimento oficial da existência e da obrigatoriedade da nova norma jurídica. Apesar da existência, a norma promulgada ainda não tem eficácia, porquanto depende da publicação, à vista da qual o início da vigência da espécie normativa é aferido, conforme o caso.

⁴⁰⁸ Vale lembrar que não há transferência de competência do Presidente da República para o Presidente do Senado e, em seguida, para o Vice-Presidente do Senado. A solução mais razoável é a extraída da interpretação teleológica: o decurso do prazo de quarenta e oito horas implica competência concorrente para a promulgação, motivo pelo qual o Presidente da República ainda pode promulgar a lei mesmo depois do decurso do prazo previsto no § 7º do artigo 60 da Constituição. Não obstante, o Presidente do Senado também poderá fazê-lo e, decorrido igual prazo, até mesmo o Vice-Presidente do Senado pode promulgar a lei complementar ou ordinária.

⁴⁰⁹ A inércia do Presidente da República pode ensejar responsabilização política, tendo em vista o disposto no artigo 85, *caput* e inciso VI, da Constituição Federal.

10.6. PUBLICAÇÃO, VIGÊNCIA E EFICÁCIA

A publicação é a última fase do processo legislativo, essencial para dar conhecimento a todas as pessoas, ainda que de forma ficta, após a veiculação do texto da nova norma jurídica no órgão oficial de comunicação do Estado brasileiro: o Diário Oficial da União⁴¹⁰.

Após a publicação, ninguém pode alegar desconhecimento da norma jurídica, tendo em vista o disposto no artigo 3º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, *in verbis*: “Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

Como já anotado, a publicação também é essencial para a eficácia das normas jurídicas. Com efeito, as normas só têm eficácia após a publicação e o eventual decurso do prazo fixado, quando entram em vigor e passam a ser de observância obrigatória para todos que estiverem no território nacional.

Na falta de previsão específica, as normas jurídicas entram em vigor no território brasileiro após o decurso de quarenta e cinco dias da publicação no órgão oficial⁴¹¹⁻⁴¹².

Nada impede, entretanto, que a vigência seja imediata, a partir da própria publicação, se assim estabelecer algum dispositivo da nova norma jurídica.

Publicada e vigente uma nova norma jurídica, há a imediata revogação da norma anterior de igual hierarquia acerca da mesma matéria, no todo (“ab-rogação”) ou em parte (“derrogação”), conforme o caso⁴¹³.

Não obstante, a superveniência de uma norma jurídica de maior alcance não tem o condão de revogar anterior norma jurídica específica. Assim, por exemplo, o Decreto-lei nº 3.200, de 1941, e a Lei nº 5.891, de 1973, que dispõem sobre a excepcional possibilidade de casamento entre parentes colaterais de terceiro grau com compatibilidade biológica que afaste risco à descendência, não foram revogados pelo artigo 1.521, inciso IV, Código Civil de 2002, que veda o casamento entre parentes colaterais de terceiro grau como regra geral. O

⁴¹⁰ As normas jurídicas estaduais, distritais e municipais são igualmente publicadas nos veículos de comunicação oficial dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme o caso. Na falta de Diário Oficial específico, as normas devem ficar disponíveis ao público por meio da afixação de fotocópias no edifício-sede da Câmara dos Vereadores e/ou da Prefeitura dos Municípios desprovidos de órgão oficial, conforme o disposto em cada lei orgânica municipal.

⁴¹¹ Cf. artigo 1º, *caput*, do Decreto-lei nº 4.657, de 1942.

⁴¹² Em contraposição, a vigência e a eficácia das leis brasileiras no exterior ocorrem três meses depois da publicação no Diário Oficial. Por conseguinte, é possível a coexistência da vigência e da eficácia tanto da lei revogada quanto da nova lei durante algum tempo.

⁴¹³ Cf. artigo 2º, § 1º, do Decreto-lei nº 4.657, de 1942.

princípio da especialidade assegura a subsistência da norma especial, em conjunto com a norma geral contrária.

Outro problema importante envolve saber se a revogação de uma norma jurídica revogadora de norma anterior ressuscita a vigência e a eficácia da norma primitiva.

No mais das vezes, a revogação de uma norma revogadora de norma pretérita não revigora a primeira lei revogada, salvo disposição em contrário na norma ulterior que implicou revogação da norma revogadora da norma primitiva. No mais das vezes, portanto, não há repristinação, conforme se infere do artigo 2º, § 3º, do Decreto-lei nº 4.657, de 1942. Assim, por exemplo, se uma lei de 2015 revogou expressamente uma lei de 2014 que, por sua vez, tinha revogado uma lei de 2013, esta continua revogada, a despeito da revogação da lei de 2014 por força da lei de 2015. No caso, a repristinação da lei de 2013 dependeria de disposição expressa da lei de 2015.

O problema é ainda mais complexo quando a lei julgada inconstitucional implicou revogação de lei anterior. Daí o questionamento: há repristinação na eventualidade da revogação de lei por outra que é julgada inconstitucional? A questão enseja resposta positiva, como bem assentado na súmula nº 17 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: “A decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma porque nula *ex tunc*, alcança todos os atributos que uma lei constitucional seria capaz de congrega, inclusive torna ineficaz a cláusula expressa ou implícita de revogação da disposição aparentemente substituída, mantendo vigente, como se alteração não tivesse havido, a legislação anterior, à qual se confere efeitos repristinatórios”⁴¹⁴. Sem dúvida, como o julgamento da inconstitucionalidade de uma lei implica eliminação do ordenamento jurídico, como se jamais tivesse existido, há o restabelecimento da vigência e da eficácia da lei anterior revogada pela lei inconstitucional.

Estudados os aspectos gerais das cinco fases ou etapas do processo legislativo, passa-se ao exame de cada uma das espécies normativas arroladas no artigo 59 da Constituição Federal.

⁴¹⁴ Cf. Uniformização de Jurisprudência na Apelação nº 2005.030499-6, Diário da Justiça Eletrônico nº 116, de 18 de dezembro de 2006, p. 1.

11. EMENDA CONSTITUCIONAL

11.1. CONCEITO

Os constituintes de 1987 e 1988 conferiram autorização aos congressistas para efetuarem as reformas necessárias na Constituição, em prol da atualização do texto constitucional original à luz das evoluções sociais, econômicas, tecnológicas, culturais. Daí o denominado “Poder Constituinte Derivado Reformador”, destinado à elaboração de novos dispositivos constitucionais, por meio de emendas, consoante o disposto no § 2º do artigo 60 da Constituição Federal.

Com efeito, a Constituição de 1988 pode ser alterada por meio de emenda aprovada nas duas Casas do Congresso, em dois turnos de votação em cada uma delas, após a manifestação favorável mediante votos equivalentes ou superiores a três quintos dos Deputados e Senadores, tudo em virtude do “Poder Constituinte Derivado Reformador” consagrado no artigo 60 da Constituição Federal.

11.2. CLÁUSULAS PÉTREAS

A regra da mutabilidade da Constituição Federal não é absoluta, em razão das vedações arroladas no § 4º do artigo 60, no qual residem as denominadas “cláusulas pétreas”, “disposições intangíveis” ou “matérias irreformáveis”, quais sejam: o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes Constitucionais; os direitos e as garantias fundamentais; e a federação como forma de Estado⁴¹⁵.

Além das vedações expressas arroladas no § 4º do artigo 60, também há vedações implícitas, extraídas da interpretação teleológica da Constituição Federal e dos respectivos princípios norteadores. Por exemplo, não é juridicamente possível emenda constitucional cujo objeto seja a reforma do § 4º do artigo 60, para reduzir o número de incisos ou de hipóteses de intangibilidade neles contidas. Outro exemplo: não é juridicamente possível emenda constitucional cujo objeto seja a simplificação do procedimento de reforma da

⁴¹⁵ Em contraposição, a forma republicana de governo não é “cláusula pétrea”, tanto que o artigo 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias autorizou o plebiscito de 1993, quando o povo brasileiro pode optar pela subsistência da república ao invés da monarquia.

Constituição que consta do § 2º do artigo 60, que também é intangível. Na mesma esteira, o § 1º do artigo 60 não pode ser objeto de emenda constitucional, para afastar a vedação de reforma da Constituição em momentos de crise institucional, como no caso de intervenção federal, de estado de defesa e de estado de sítio. As denominadas “cláusulas pétreas”, portanto, não são apenas as extraídas da interpretação literal do rol do § 4º do artigo 60 da Constituição.

Na eventualidade de ser aprovada e promulgada uma emenda constitucional violadora de matéria intangível, há possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, tanto em controle concentrado perante o Supremo Tribunal Federal, quanto de forma incidental, no controle difuso exercido pelos juízes em geral, nos julgamentos dos casos concretos objetos de processos individuais.

Não obstante, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, não há impedimento total e absoluto à modificação da Constituição em relação às matérias intangíveis. Na verdade, a intangibilidade implica proteção das matérias, e não vedação às emendas constitucionais. Em outros termos, a vedação prevista no § 4º do artigo 60 diz respeito à abolição e à redução das cláusulas pétreas. Nada impede, todavia, a ampliação, como se deu, por exemplo, com a inclusão do inciso LXXXVIII no artigo 5º, por força da Emenda Constitucional nº 45, de 2004. Como houve ampliação do rol dos direitos e garantias fundamentais, a Emenda nº 45 não contrariou o disposto no artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição. Daí a conclusão: as cláusulas pétreas não podem ser abolidas nem mitigadas, mas podem ser ampliadas mediante emenda constitucional.

Além das vedações materiais – explícitas e implícitas –, também há as vedações circunstanciais e temporais previstas nos §§ 1º e 5º do artigo 60, respectivamente.

À vista do § 1º do artigo 60, a Constituição não pode ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa nem de estado de sítio. Trata-se de vedação de natureza circunstancial, em razão de situação excepcional na qual a Constituição não pode ser emendada, tendo em vista o momento de instabilidade institucional. A Constituição, portanto, não pode ser emendada durante crises institucionais ensejadoras de decretação de

intervenção federal, de estado de defesa e de estado de sítio pelo Presidente da República, com fundamento nos artigos 36, 136 e 137, respectivamente.

Por fim, o § 5º proíbe a emenda da Constituição na mesma sessão legislativa na qual foi rejeitada proposta anterior sobre a matéria. Trata-se de vedação de natureza temporal: não há possibilidade de a Constituição ser emendada no mesmo ano legislativo no qual houve a rejeição de proposta de emenda constitucional sobre a mesma matéria.

11.3. INICIATIVA

No que tange ao procedimento de reforma, a Constituição só pode ser emendada mediante proposta de iniciativa do Presidente da República, de pelo menos um terço dos parlamentares de alguma das Casas do Congresso Nacional, ou de mais da metade das Assembleias Legislativas dos Estados-membros – e do Distrito Federal –, após a aprovação pela maioria relativa dos respectivos membros.

Ainda em relação à iniciativa prevista no artigo 60, é concorrente, razão pela qual a proposta de emenda pode ser apresentada por um ou mais legitimados arrolados nos incisos I, II e III⁴¹⁶.

11.4. DISCUSSÃO, VOTAÇÃO E APROVAÇÃO

Apresentada a proposta por algum dos legitimados do artigo 60 da Constituição, o projeto será objeto de discussão e votação em dois turnos, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, observados os interstícios⁴¹⁷ previstos nos Regimentos Internos da Câmara e do Senado: cinco sessões⁴¹⁸ ordinárias entre o primeiro e o segundo turnos na Câmara dos Deputados, e cinco dias úteis entre o primeiro e o segundo turnos no Senado.

Com efeito, há as discussões e os dois turnos de votação em uma Casa, com a observância do interstício regimental; aprovado o projeto, há o envio para a outra Casa.

⁴¹⁶ A propósito, vale conferir o Projeto de Emenda Constitucional nº 73, de 2005, que propõe a alteração dos artigos 14 e 49 da Constituição Federal e o acréscimo do artigo 14-A, em prol da adoção do importante instituto da *recall election*, vale dizer, da reconvocação de eleições para presidente, governador e prefeito (<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=43710&tp=1>).

⁴¹⁷ Vale dizer, intervalo, período mínimo de tempo.

⁴¹⁸ Vale dizer, reuniões.

Em regra, as discussões e votações têm início na Câmara dos Deputados, salvo se o projeto for de autoria de Senadores, quando as discussões e votações começam no Senado. Aplica-se, portanto, por analogia, a regra estampada no *caput* do artigo 64 da Constituição Federal.

À vista do § 2º do artigo 60 da Constituição Federal, a emenda só é aprovada se obtiver pelo menos três quintos dos votos nas quatro votações. Por conseguinte, são necessários pelo menos 308 votos favoráveis em cada turno de votação na Câmara dos Deputados e ao menos 49 votos favoráveis em cada turno de votação no Senado. Caso não seja alcançada a maioria qualificada de três quintos em alguma das Casas Legislativas, há a rejeição do projeto de emenda constitucional, com o arquivamento da proposta e a proibição da rediscussão da matéria na mesma sessão legislativa, *ex vi* do § 5º do artigo 60 da Constituição.

11.5. PROMULGAÇÃO E PUBLICAÇÃO

Após a aprovação, a emenda é promulgada pelos congressistas integrantes das Mesas da Câmara e do Senado, mediante a subscrição conjunta pelos Presidentes, Vice-Presidentes e Secretários das duas Casas do Congresso Nacional.

Vale ressaltar que cada emenda à Constituição é promulgada com o respectivo número de ordem, conforme a sequência numérica iniciada a partir de 1988.

Após a promulgação, há a publicação da emenda constitucional no Diário Oficial, a qual tem vigência e eficácia imediatas, a partir da publicação, salvo disposição em contrário no texto da própria emenda⁴¹⁹.

À evidência, tanto a promulgação quanto a publicação das emendas são da competência dos congressistas que integram as Mesas da Câmara e do Senado, e não do Presidente da República. O processo legislativo das emendas constitucionais, portanto, é resumido a quatro fases: iniciativa, aprovação, promulgação e publicação. Não há sanção presidencial, nem há participação do Presidente da República na promulgação e na publicação das emendas

⁴¹⁹ Com efeito, mesmo que omisso o texto da emenda constitucional em relação ao início da vigência, prevalece o entendimento segundo o qual as emendas constitucionais não estão submetidas ao prazo de *vacatio* de quarenta e cinco dias previsto no artigo 1º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

constitucionais. Quando muito, o Presidente da República participa do processo legislativo na fase denominada “iniciativa”, porquanto o Presidente pode apresentar proposta de emenda à Constituição.

11.6. EMENDA *VERSUS* CONSTITUIÇÃO E EMENDA *VERSUS* LEIS

Como já ressaltado, as emendas podem ser julgadas inconstitucionais caso alguma formalidade prevista no artigo 60 não seja observada ou se houver votação e aprovação sobre matéria irreformável. Assim, na eventualidade de a emenda confrontar a Constituição, na parte protegida pela imutabilidade ou na parte relativa ao processo legislativo de emenda, prevalece o disposto na Constituição.

Ressalvada a aludida hipótese de inconstitucionalidade, as emendas aprovadas, promulgadas e publicadas no Congresso Nacional passam a integrar a Constituição, a compor o texto constitucional vigente, motivo pelo qual as emendas constitucionais prevalecem sobre as demais espécies normativas arroladas no artigo 59 e podem até mesmo revogar leis complementares, ordinárias e delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções incompatíveis a Constituição emendada.

Sem dúvida, na eventualidade de a emenda contrariar lei ou ato normativo equiparado, prevalece o disposto na emenda, com a revogação da lei ou do ato normativo incompatível.

11.7. TRATADO EQUIPARADO A EMENDA CONSTITUCIONAL

Em virtude do advento da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, por força da qual houve o acréscimo do § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, os tratados internacionais consagradores de direitos humanos aprovados na Câmara dos Deputados e no Senado da República, em dois turnos de votação em cada Casa do Congresso, por pelo menos três quintos dos parlamentares, são equiparados às emendas constitucionais. Com efeito, os tratados internacionais referentes a direitos humanos não são emendas constitucionais, mas têm igual força no ordenamento jurídico brasileiro, desde que aprovados em ambas as Casas Legislativas, em dois turnos de votação em cada uma delas, por pelo menos três quintos dos respectivos congressistas.

11.8. EMENDA CONSTITUCIONAL DE REVISÃO

Outro assunto correlato é o previsto no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: a Revisão Constitucional. A Revisão Constitucional ocorreu em 1994, após o transcurso de cinco anos da promulgação da Constituição de 1988, quando foram promulgadas seis emendas constitucionais de revisão, aprovadas pela maioria absoluta dos congressistas, reunidos em sessão unicameral, tudo nos termos do artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁴²⁰.

Embora tenha o mesmo escopo (reformular a Constituição) e a mesma força (para modificar e passar a integrar a Constituição), a emenda de revisão não se confunde com a emenda constitucional, já que o processo legislativo e o *quorum* para a aprovação da emenda de revisão são diferentes: na Revisão Constitucional ocorrida em 1994, as duas Casas do Congresso Nacional foram reunidas em sessão unicameral, com apenas um turno de votação e a aprovação das emendas de revisão ocorreu por deliberação da maioria absoluta dos congressistas, sem distinção entre Deputados e Senadores.

À evidência, o processo legislativo e o *quorum* para a aprovação de emenda constitucional são mais complexos: dois turnos de votação distintos na Câmara e no Senado, e pelo menos três quintos dos parlamentares de cada Casa, em cada turno de votação.

Por fim, vale ressaltar que não há mais possibilidade de aprovação de emenda de revisão, porquanto o disposto no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias já foi cumprido e exaurido em 1994, quando da realização da Revisão Constitucional.

12. LEI COMPLEMENTAR

12.1. CONCEITO

Lei complementar é a lei de regulamentação da Constituição que depende da aprovação pela maioria absoluta dos parlamentares de cada uma das Casas do Congresso Nacional, sobre matéria expressamente indicada na Constituição.

⁴²⁰ Vale ressaltar que o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias tem igual força e natureza jurídica de norma constitucional.

É o que se denomina “Princípio da Reserva Constitucional de Lei Complementar”.

12.2. PRINCÍPIO DA RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR

À vista do princípio da reserva constitucional de lei complementar, só há necessidade de aprovação de lei pela maioria absoluta dos congressistas de ambas as Casas Legislativas nos casos expressos na Constituição Federal⁴²¹. A título de exemplificação, depende de lei complementar a regulamentação:

- do imposto sobre grandes fortunas⁴²²;
- da proteção do emprego e da indenização do trabalhador contra despedida arbitrária ou sem justa causa⁴²³;
- dos casos de inelegibilidade por improbidade administrativa⁴²⁴;
- da criação, da incorporação, da fusão e do desmembramento de Estados⁴²⁵;
- do período para a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios pelas Assembleias Legislativas dos Estados⁴²⁶;
- da autorização para que os Estados possam legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas no artigo 22 da Constituição⁴²⁷;

⁴²¹ Em abono, na jurisprudência: “2. O conteúdo da lei complementar não é arbitrário, mas a própria Lei Maior prevê as hipóteses em que a disciplina se dará por essa via legislativa.” (AR nº 1.264/RJ, Pleno do STF, Diário da Justiça de 31 de maio de 2002, p. 41).

⁴²² Cf. artigo 153, inciso VII, da Constituição Federal: “Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: *omissis*; VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.” (sem o grifo no original).

⁴²³ Cf. artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal: “I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;” (sem o grifo no original).

⁴²⁴ Cf. artigo 14, § 9º, da Constituição Federal: “§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.” (sem o grifo no original). Daí a justificativa para a aprovação da Lei Complementar nº 135, de 2010, também conhecida como “Lei da Ficha Limpa”.

⁴²⁵ Cf. artigo 18, § 3º, da Constituição Federal: “§ 3º - Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar.” (sem o grifo no original).

⁴²⁶ Cf. artigo 18, § 4º, da Constituição Federal: “§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.” (sem o grifo no original).

⁴²⁷ Cf. artigo 22, parágrafo único, da Constituição: “Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.” (sem o grifo no original).

- da fixação de normas para cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, na busca do equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional⁴²⁸;
- das áreas de atuação das fundações públicas⁴²⁹;
- das condições para a integração de regiões em desenvolvimento e da composição dos organismos regionais que executarão os planos regionais integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social⁴³⁰;
- do número total de Deputados da Câmara e da representação de cada Estado-membro e do Distrito Federal⁴³¹;
- do Estatuto da Magistratura⁴³²;
- do limite das despesas com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, com a exoneração de servidores públicos não estáveis e até mesmo a perda de cargo de servidores públicos estáveis⁴³³;

⁴²⁸ Cf. artigo 23, parágrafo único, da Constituição: “Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.” (sem o grifo no original).

⁴²⁹ Cf. artigo 37, inciso XIX, da Constituição Federal: “XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;” (sem grifo no original).

⁴³⁰ Cf. artigo 43, § 1º, da Constituição Federal: “Art. 43. Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais. § 1º - Lei complementar disporá sobre: I - as condições para integração de regiões em desenvolvimento; II - a composição dos organismos regionais que executarão, na forma da lei, os planos regionais, integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social, aprovados juntamente com estes.” (sem o grifo no original).

⁴³¹ Cf. artigo 45, §1º, da Constituição Federal: “Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal. § 1º - O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados.” (sem o grifo no original).

⁴³² Cf. artigo 93, *caput*, da Constituição: “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:” (sem o grifo no original).

⁴³³ Cf. artigo 169 da Constituição: “Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar. § 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista. § 2º Decorrido o prazo estabelecido na lei complementar referida neste artigo para a adaptação aos parâmetros ali previstos, serão imediatamente suspensos todos os repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que não observarem os referidos limites. § 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no *caput*, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências: I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança; II - exoneração dos servidores não estáveis. § 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde

– do sistema financeiro nacional⁴³⁴.

Eis, portanto, alguns dos mais importantes exemplos de matérias reservadas à lei complementar.

Ainda em relação às matérias passíveis de lei complementar, o inciso III do § 1º do artigo 62 da Constituição impede que sejam objeto de medida provisória. Com efeito, não pode ser editada medida provisória para tratar de matéria passível de lei complementar, sob pena de inconstitucionalidade.

Por fim, o § 1º do artigo 68 da Constituição estabelece que as matérias passíveis de lei complementar não podem ser objeto de delegação dos congressistas em favor do Presidente da República.

12.3. INICIATIVA

No que tange à iniciativa, o projeto de lei complementar pode ser apresentado por todos os legitimados indicados no *caput* do artigo 61 da Constituição Federal: a iniciativa das leis complementares cabe a todos os congressistas, em conjunto ou isoladamente, bem assim às Comissões da Câmara dos Deputados, do Senado e do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos em geral, por meio de iniciativa popular, com a apresentação na Câmara dos Deputados de projeto subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído em pelo menos cinco unidades da Federação⁴³⁵, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada uma delas^{436,437}.

que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal. § 5º O servidor que perder o cargo na forma do parágrafo anterior fará jus a indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço. § 6º O cargo objeto da redução prevista nos parágrafos anteriores será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos. § 7º Lei federal disporá sobre as normas gerais a serem obedecidas na efetivação do disposto no § 4º.” (sem os grifos no original).

⁴³⁴ Cf. artigo 192 da Constituição: “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.” (sem o grifo no original).

⁴³⁵ Vale dizer, Estados-membros e Distrito Federal. Sem dúvida, apesar de o texto constitucional utilizar o termo “Estados”, a interpretação analógica autoriza a extensão ao Distrito Federal.

⁴³⁶ Cf. artigo 13 da Lei nº 9.709, de 1998: “Art. 13. A iniciativa popular consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, 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”.

⁴³⁷ Por exemplo, a Lei Complementar nº 135, de 2010, também conhecida como “Lei da Ficha Limpa”, teve origem em projeto de iniciativa popular.

Em regra, a iniciativa é concorrente, com a possibilidade da apresentação de projeto por qualquer um dos legitimados. Há hipóteses, todavia, de iniciativa exclusiva, como as arroladas no § 1º do artigo 61 da Constituição Federal. A propósito, merece destaque a exceção prevista no *caput* do artigo 93 da Constituição, à vista do qual o Estatuto da Magistratura deve ser aprovado mediante lei complementar de iniciativa exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

12.4. DISCUSSÃO, VOTAÇÃO E APROVAÇÃO

No mais das vezes, os projetos de lei complementar são apresentados à Câmara dos Deputados, para discussão e votação na Casa dos representantes do povo, tendo em vista a regra estampada no artigo 64 da Constituição Federal: “A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados”. A regra, todavia, não é absoluta: os projetos de lei complementar de iniciativa de Senadores e de Comissões do Senado são discutidos e votados no Senado; e só depois de aprovados no Senado seguem para a Câmara dos Deputados.

No que tange aos projetos de iniciativa do Presidente da República, não há unanimidade na doutrina acerca da incidência dos §§ 1º, 2º, 3º e 4º do artigo 64 da Constituição Federal. De fato, a divergência doutrinária reside na aplicabilidade do regime de urgência previsto no § 1º do artigo 64 aos projetos de lei complementar, ou não.

A despeito da inexistência de preceito específico em relação ao alcance do § 1º do artigo 64, a interpretação sistemática autoriza a conclusão em prol da aplicabilidade do regime de urgência aos projetos de lei complementar – e não só aos projetos de lei ordinária. A uma, porque o artigo 64 está inserido na subseção que dispõe sobre as leis em geral, sem distinção alguma em relação à espécie de lei. A duas, porque o artigo 64 está inserido na mesma subseção do artigo 61, preceito que é explícito acerca da legitimidade do Presidente da República para a “iniciativa das leis complementares e ordinárias”. A três, em respeito ao princípio de hermenêutica segundo o qual o intérprete não deve fazer distinção que não esteja explicitada no texto da norma jurídica: *ubi lex non distinguit, nec interpres distinguere debet*. Sob todos os prismas, portanto, é lícito concluir que o disposto nos §§ 1º, 2º, 3º e 4º do artigo 64 não fica restrito aos

projetos de leis ordinárias, mas também incide em relação aos projetos de leis complementares, o que permite ao Presidente da República solicitar a adoção do regime de urgência quando da apresentação do projeto na Câmara dos Deputados.

Como já anotado, a aprovação de lei complementar depende do voto da maioria absoluta dos parlamentares de cada uma das Casas do Congresso Nacional, em cumprimento ao disposto no artigo 69 da Constituição Federal. Maioria absoluta é o primeiro número inteiro acima da metade. Como a Câmara tem 513 Deputados, são necessários pelo menos 257 votos a favor da aprovação da proposta de lei complementar. Já o Senado da República tem 81 Senadores, o que exige ao menos 41 votos em prol da aprovação da proposta.

Vale ressaltar que o conceito de maioria absoluta independe do número de presentes durante a discussão e a votação do projeto em cada Casa Legislativa. Pouco importa, portanto, se estão presentes os 513 Deputados que integram a Câmara ou, por exemplo, 400 Deputados; a maioria absoluta é fixa, vale dizer, 257 Deputados, porquanto é obtida à vista do número total de Deputados que compõem a Câmara. *Mutatis mutandis*, o raciocínio também é aplicável ao Senado, composto por 81 Senadores, motivo pelo qual a maioria absoluta é alcançada com votos favoráveis de 41 Senadores, independentemente do número de presentes durante a discussão e a votação do projeto de lei complementar.

Na eventualidade de aprovação em uma Casa do Congresso do texto primitivo aprovado na outra, mas com emendas, o projeto retorna à Casa originária, a fim de que as emendas sejam objeto de deliberação. Após o retorno do projeto à Casa originária, os respectivos parlamentares devem discutir e votar as emendas, de forma pontual, conforme se infere da combinação do parágrafo único do artigo 65 com o § 3º do artigo 64 da Constituição Federal.

Findas as votações específicas acerca das emendas, com a aprovação do texto final do projeto, há o envio ao Presidente da República, para sanção ou veto.

12.5. SANÇÃO OU VETO, PROMULGAÇÃO E PUBLICAÇÃO

Conforme já exposto, aprovado o projeto de lei complementar em ambas as Casas Legislativas, há o envio ao Presidente da República, para sanção ou veto, em cumprimento ao disposto no artigo 66 da Constituição Federal.

Após a sanção, há a promulgação da lei complementar pelo Presidente da República, o qual também determina a publicação no Diário Oficial da União. No que tange ao número a ser conferido à lei complementar no momento da promulgação, as leis complementares seguem “numeração seqüencial em continuidade às séries iniciadas em 1946”⁴³⁸, após o advento da Constituição de 1946.

Por fim, na eventualidade de inércia do Presidente da República, incide o artigo 66, § 7º, da Constituição Federal. Com efeito, se o Presidente da República não promulgar a lei complementar nas quarenta e oito horas posteriores à sanção, aplica-se o disposto no § 7º do artigo 66. *Mutatis mutandis*, o dispositivo também é aplicável na hipótese de inércia do Presidente da República em determinar a publicação no Diário Oficial.

12.6. LEI COMPLEMENTAR VERSUS LEI ORDINÁRIA

Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, não há hierarquia entre as leis complementares e as leis ordinárias. É equívoco imaginar, portanto, que as leis complementares estão acima das leis ordinárias. Na verdade, o que há na Constituição Federal é a reserva de algumas matérias à aprovação por maioria absoluta, exigência própria da lei complementar. As demais matérias podem ser objeto de deliberação mediante maioria simples, com a aprovação de lei ordinária. Assim, a Constituição revela tanto as matérias que são passíveis de regulamentação por lei complementar quanto as que exigem mera lei ordinária, por exclusão. Por consequência, o que há são diferentes campos de incidência da lei complementar e da lei ordinária, e não hierarquia entre as duas espécies normativas⁴³⁹.

Não obstante, na eventualidade de uma lei complementar ter sido aprovada para dispor sobre matéria passível de lei ordinária, não há

⁴³⁸ Cf. artigo 2º, § 2º, inciso II, da Lei Complementar nº 95, de 1998.

⁴³⁹ Em abono, na jurisprudência: “Inexistente, também, relação hierárquica necessária entre lei complementar e lei ordinária (arts. 59 e 69 da Constituição)” (RE nº 459.492/DF – AgRg, 2ª Turma do STF, Diário da Justiça Eletrônico de 5 de fevereiro de 2009).

inconstitucionalidade alguma; mas também não há necessidade de outra lei complementar para revogar a anterior. Nada impede, portanto, que uma lei ordinária revogue uma lei complementar que, sem necessidade, foi aprovada para dispor sobre matéria que não exige votação por maioria absoluta⁴⁴⁰.

13. LEI ORDINÁRIA

13.1. CONCEITO

A lei ordinária é a norma jurídica comum, padrão. É a norma jurídica aprovada no Congresso Nacional nos inúmeros casos nos quais os constituintes determinaram a regulamentação da Constituição “nos termos da lei”, pura e simples. A lei ordinária, portanto, é a norma jurídica de regência dos direitos e das obrigações em geral, própria para todas as matérias que não exigem outra espécie normativa.

13.2. INICIATIVA

No que tange à iniciativa, o projeto de lei ordinária pode ser apresentado por qualquer um dos legitimados indicados no *caput* do artigo 61 da Constituição Federal.

De fato, tal como se dá em relação às leis complementares, a iniciativa das leis ordinárias cabe a todos os parlamentares, em conjunto ou isoladamente, bem assim às Comissões da Câmara dos Deputados, do Senado e do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos em geral, mediante iniciativa popular, exercida por meio da apresentação de projeto

⁴⁴⁰ Foi o que ocorreu na seguinte hipótese julgada no Supremo Tribunal Federal: “PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. COFINS. ISENÇÃO. POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO POR LEI ORDINÁRIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I - A revogação, por lei ordinária, da isenção da COFINS concedida pela LC 70/91 às sociedades civis de prestação de serviços profissionais, é constitucionalmente válida, porquanto a Lei 9.430/96 veiculou matéria constitucionalmente reservada à legislação ordinária. Precedentes. II - Ausência de violação ao princípio da hierarquia das leis, consoante orientação fixada desde o julgamento da ADC 1/DF, Rel. Min^o Moreira Alves.” (Agravo n^o 618.255/RS – AgRg, 1^a Turma do STF, Diário da Justiça Eletrônico de 27 de novembro de 2008). No mesmo diapasão, ainda na jurisprudência: “TRIBUTÁRIO. SOCIEDADE CIVIL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS. CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS. REVOGAÇÃO DE ISENÇÃO POR LEI ORDINÁRIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a revogação da isenção do recolhimento da Cofins concedida pela Lei Complementar n^o 70/91 por lei ordinária não afronta o princípio da hierarquia das leis.” (Agravo n^o 412.748/RJ – AgRg, 1^a Turma do STF, Diário da Justiça Eletrônico de 28 de junho de 2007).

à Câmara dos Deputados, subscrito por pelo menos um por cento do eleitorado nacional, distribuído em cinco ou mais Estados-membros, incluído o Distrito Federal, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de pelo menos cinco unidades da Federação brasileira⁴⁴¹.

Ainda em relação à iniciativa popular, está regulamentada nos artigos 13 e 14 da Lei nº 9.709, de 1998. O *caput* do artigo 13 da Lei nº 9.709 reforça a regra segundo a qual o projeto de lei federal deve ser apresentado à Câmara dos Deputados: “Art. 13. A iniciativa popular consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados”⁴⁴². O projeto de lei de iniciativa popular só pode versar sobre um assunto, conforme determina o § 1º, *in verbis*: “§ 1º O projeto de lei de iniciativa popular deverá circunscrever-se a um só assunto”. Constatada alguma impropriedade de técnica legislativa ou de redação no projeto, os Deputados devem efetuar as correções necessárias, conforme determina o § 2º do artigo 13 da Lei nº 9.709, de 1998. Sem dúvida, o projeto de lei de iniciativa popular não pode ser rejeitado por simples vício de forma.

Em regra, a iniciativa da lei ordinária é concorrente, com a possibilidade da apresentação do projeto por qualquer um dos legitimados mencionados no *caput* do artigo 61 da Constituição Federal. Não obstante, há hipóteses de iniciativa exclusiva, como as arroladas no § 1º do artigo 61, *in verbis*: “§ 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

⁴⁴¹ Além da iniciativa popular de lei federal, seja ordinária, seja complementar, também há a iniciativa popular de lei municipal, prevista no artigo 29, inciso XIII, da Constituição Federal, em virtude da qual cidadãos iguais ou superiores a cinco por cento do eleitorado podem propor projetos de leis municipais. No que tange aos Estados-membros, a possibilidade e as condições da iniciativa popular de lei estadual estão previstas nas respectivas Constituições.

⁴⁴² Daí a conclusão, o projeto de lei proveniente de iniciativa popular deve ser dirigido à Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, e não do Congresso Nacional.

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”.

Na eventualidade de o projeto ser apresentado por quem não tem legitimidade em relação à matéria, a lei ordinária correspondente é inconstitucional. Trata-se de raciocínio aplicável ao processo legislativo de todas as leis ordinárias: federais, estaduais, distritais e municipais. Daí o acerto da súmula nº 9 aprovada no Tribunal de Justiça do Espírito Santo: “É inconstitucional lei municipal de iniciativa do Poder Legislativo que disponha sobre matéria de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo”.

Vale ressaltar que o vício de iniciativa não é passível de sanção em fase posterior do processo legislativo, ainda que o legitimado natural manifeste anuência em relação ao projeto proposto por outrem. Com efeito, hoje prevalece a orientação jurisprudencial segundo a qual a sanção presidencial não sana o vício de iniciativa quando o projeto só poderia ter sido apresentado pelo Presidente da República, como nas hipóteses arroladas no § 1º do artigo 61 da Constituição Federal. Daí a insubsistência da súmula nº 5 do Supremo Tribunal Federal⁴⁴³, declarada superada no Plenário do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista o advento da Constituição de 1988⁴⁴⁴.

13.3. DISCUSSÃO, VOTAÇÃO E APROVAÇÃO

A segunda fase do processo legislativo da lei ordinária é a aprovação, após a discussão e a votação do respectivo projeto. No mais das vezes, os projetos de lei ordinária são apresentados na Câmara dos Deputados, para que a discussão e a votação ocorra em primeiro lugar na Casa dos representantes do povo. É a regra que consta do artigo 64 da Constituição: “A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo

⁴⁴³ “A sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo.” (súmula aprovada em 13 de dezembro de 1963).

⁴⁴⁴ “A SANÇÃO DO PROJETO DE LEI NÃO CONVALIDA O VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE RESULTANTE DA USURPAÇÃO DO PODER DE INICIATIVA. - A ulterior aquiescência do Chefe do Poder Executivo, mediante sanção do projeto de lei, ainda quando dele seja a prerrogativa usurpada, não tem o condão de sanar o vício radical da inconstitucionalidade. Insubsistência da Súmula nº 5/STF. Doutrina. Precedentes.” (ADI nº 2.867/ ES, Pleno do STF, Diário da Justiça de 9 de fevereiro de 2007, p. 16, sem os grifos no original). “Diploma legal que, tendo resultado de projeto de lei de autoria de parlamentar, viola a iniciativa privativa do Chefe do Executivo para leis que disponham sobre aumento de remuneração de servidores, em vício de inconstitucionalidade formal não convalidado pela sanção, não mais sendo aplicável a Súmula 5 desta Corte. Precedentes. Ação julgada procedente.” (ADI nº 1.438/DF, Pleno do STF, Diário da Justiça de 8 de novembro de 2002, p. 21, sem os grifos no original).

Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados”. Não obstante, os projetos de lei ordinária de iniciativa de Senadores e de Comissões do Senado são discutidos e votados em primeiro lugar no Senado; e só depois seguem para a Câmara, se aprovados no Senado.

Ainda em relação à discussão, votação e aprovação do projeto de lei ordinária, incide a regra do artigo 47 da Constituição, razão pela qual a aprovação depende da presença da maioria absoluta dos Deputados e dos Senadores em cada Casa do Congresso, com a posterior votação favorável da maioria simples, vale dizer, da maioria dos votantes, com a desconsideração de eventuais abstenções. O número, portanto, é variável: primeiro, porque depende do número de congressistas presentes no dia da votação em cada Casa Legislativa, desde que compareçam pelo menos 257 Deputados na Câmara e 41 Senadores no Senado; segundo, porque depende do número de parlamentares votantes, com a desconsideração das eventuais abstenções⁴⁴⁵. Alcançada a maioria dos votantes, com a presença da maioria absoluta dos parlamentares no turno único de votação em cada uma das Casas do Congresso, tem-se a maioria simples exigida no artigo 47 da Constituição, com a consequente aprovação do projeto de lei ordinária.

Estudada a teoria referente ao artigo 47 da Constituição Federal, é conveniente examinar um exemplo, tendo em vista a Câmara, composta por 513 Deputados. Com a presença de 257 parlamentares, já há a maioria absoluta necessária para a votação de projeto de lei ordinária. Diante da abstenção de 8 Deputados, apenas 249 participam da votação. Se 125 Deputados votarem a favor do projeto, há a aprovação na Câmara, porquanto foi alcançada a maioria simples, tendo em vista a presença da maioria absoluta e que as abstenções são desconsideradas. Por conseguinte, ainda que exista um número fixo em relação à maioria absoluta na Câmara, vale dizer, 257 Deputados, o mesmo não se pode dizer em relação à maioria simples ou relativa, a qual é variável à vista do número de abstenções dos parlamentares presentes. Não há, portanto, como fixar um número mínimo de votos para a formação da maioria simples ou relativa, a

⁴⁴⁵ Assim, na jurisprudência: “PROCESSO LEGISLATIVO. QUÓRUM DE INSTALAÇÃO *VERSUS* QUÓRUM DE DELIBERAÇÃO. CRITÉRIO DE MAIORIA SIMPLES. NÚMERO DE VOTANTES. EXCLUSÃO DO PRESIDENTE E DAS ABSTENÇÕES, NO CÔMPUTO DA MAIORIA. VÍCIO INEXISTENTE. VALIDADE FORMAL DA NORMA. SENTENÇA REFORMADA, NO REEXAME NECESSÁRIO.” (Apelação nº 1.0476.06.002851-3/002, 2ª Câmara Cível do TJMG, Diário da Justiça de 24 de novembro de 2006).

despeito de serem fixos os números de membros da Câmara (513) e da respectiva maioria absoluta (257).

Além da regra consubstanciada na discussão e votação no Plenário de cada Casa Legislativa, o inciso I do § 2º do artigo 58 autoriza a discussão e a votação terminativa em comissão parlamentar, com a dispensa da deliberação plenária^{446,447,448} – ressalvada a possibilidade de interposição de recurso suscrito por pelo menos um décimo dos membros da Casa Legislativa, hipótese na qual o projeto segue obrigatoriamente para votação no Plenário da Câmara ou do Senado, conforme o caso.

Na Câmara, portanto, o recurso para o Plenário precisa ser suscrito por pelo menos 52 deputados, além de ser interposto dentro do prazo regimental de “cinco sessões”⁴⁴⁹. Já o recurso para o Plenário do Senado precisa ser suscrito por pelo menos 9 senadores e interposto no prazo regimental de “cinco dias úteis”⁴⁵⁰.

Em regra, não há prazo constitucional nem regimental para a deliberação sobre os projetos de lei ordinária nas Casas do Congresso Nacional. Não obstante, o Presidente da República pode requerer a adoção de regime de urgência para os projetos de lei ordinária de sua iniciativa, conforme autoriza o § 1º do artigo 64 da Constituição Federal: “§ 1º - O Presidente da República

⁴⁴⁶ Em abono, vale conferir o disposto no artigo 91 do Regimento Interno do Senado: “Art. 91. Às comissões, no âmbito de suas atribuições, cabe, dispensada a competência do Plenário, nos termos do art. 58, § 2º, I, da Constituição, discutir e votar: I – projetos de lei ordinária de autoria de Senador, ressalvado projeto de código; II – projetos de resolução que versem sobre a suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (Const., art. 52, X). § 1º O Presidente do Senado, ouvidas as lideranças, poderá conferir às comissões competência para apreciar, terminativamente, as seguintes matérias: I – tratados ou acordos internacionais (Const., art. 49, I); II – autorização para a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais em terras indígenas (Const., art. 49, XVI); III – alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares (Const., art. 49, XVII); IV – projetos de lei da Câmara de iniciativa parlamentar que tiverem sido aprovados, em decisão terminativa, por comissão daquela Casa; V – indicações e proposições diversas, exceto: a) projeto de resolução que altere o Regimento Interno; b) projetos de resolução a que se referem os arts. 52, V a IX, e 155, §§ 1º, IV, e 2º, IV e V, da Constituição; c) proposta de emenda à Constituição.” (sem o grifo no original).

⁴⁴⁷ Por exemplo, o Projeto de Lei do Senado nº 141, de 2011, relativo ao direito de resposta do ofendido por matéria jornalística, foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado em caráter terminativo.

⁴⁴⁸ Ainda em relação à exceção prevista no artigo 58, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, as deliberações nas comissões parlamentares são tomadas por maioria simples, desde que presente a maioria absoluta, com a observância, portanto, da regra consagrada no artigo 47 da Constituição.

⁴⁴⁹ Cf. artigo 58, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno da Câmara: “Art. 58. Encerrada a apreciação conclusiva da matéria, a proposição e respectivos pareceres serão mandados à publicação e remetidos à Mesa até a sessão subsequente, para serem anunciados na Ordem do Dia. § 1º Dentro de cinco sessões da publicação referida no caput, poderá ser apresentado o recurso de que trata o art. 58, § 2º, I, da Constituição Federal. § 2º Durante a fluência do prazo recursal, o avulso da Ordem do Dia de cada sessão deverá consignar a data final para interposição do recurso.” (sem o grifo no original).

⁴⁵⁰ Cf. artigo 91, §§ 3º e 4º, do Regimento Interno do Senado.

poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa”. Trata-se de procedimento sumário ou abreviado para a discussão e votação de projetos de lei ordinária de iniciativa do Presidente da República.

Na eventualidade de solicitação da adoção do regime previsto no § 1º do artigo 64 pelo Presidente da República, cada Casa do Congresso Nacional deve concluir a votação do projeto de lei ordinária no prazo de quarenta e cinco dias, sob pena de sobrestamento de todas as deliberações legislativas na respectiva Casa, até que se ultime a votação do projeto submetido ao regime de urgência. Na verdade, não são todas as deliberações legislativas que ficam suspensas, porquanto o § 2º do artigo 64 autoriza – e até determina – o prosseguimento das deliberações legislativas sujeitas a prazo constitucional, como ocorre, por exemplo, com as medidas provisórias.

Ainda em relação ao regime de urgência, vale ressaltar que o prazo previsto no § 2º do artigo 64 não corre durante o recesso parlamentar, nem alcança os projetos de lei ordinária que versam sobre códigos. É o que se infere do § 4º do mesmo artigo 64: “§ 4º - Os prazos do § 2º não correm nos períodos de recesso do Congresso Nacional, nem se aplicam aos projetos de código”.

À vista do artigo 65 da Constituição, o projeto de lei ordinária só é enviado à sanção presidencial quando o texto é aprovado nas duas Casas Legislativas, em turnos únicos de votação na Câmara e no Senado. No caso de aprovação em uma Casa do Congresso do texto primitivo aprovado na outra, mas com emendas de mérito, o projeto retorna à Casa originária, a fim de que as emendas sejam objeto de deliberação. Em outros termos, os congressistas da Casa originária devem discutir e votar apenas as emendas, de forma pontual, conforme se infere da combinação do parágrafo único do artigo 65 com o § 3º do artigo 64 da Constituição Federal: “§ 3º - A apreciação das emendas do Senado Federal pela Câmara dos Deputados”.

Ainda a respeito do tema, questiona-se se os projetos de lei ordinária submetidos ao regime de urgência e aprovados na Câmara podem sofrer emendas no Senado. A resposta é positiva, já que o § 3º do artigo 64 autoriza a apresentação e a aprovação de emendas ao texto originário da Câmara, mas exige que os Deputados apreciem as emendas dos Senadores no prazo de dez dias, com a observância do disposto no § 2º, sob pena de incidência da regra da suspensão das demais deliberações legislativas.

Em contraposição, se o projeto de lei ordinária sofrer rejeição em alguma das Casas do Congresso, há o respectivo arquivamento, sem prejuízo de a respectiva matéria ser objeto de novo projeto de lei ordinária, na sessão legislativa subsequente, por iniciativa de qualquer um dos legitimados previstos no artigo 61 da Constituição Federal.

Na verdade, o artigo 67 da Constituição também autoriza a apresentação de novo projeto de lei ordinária na mesma sessão legislativa na qual houve a rejeição, desde que a proposta seja subscrita por tantos Deputados ou Senadores que formem a maioria absoluta da respectiva Casa. Ainda que excepcionalmente, a matéria cujo projeto foi rejeitado pode ser objeto de novo projeto, desde que subscrito pela maioria absoluta dos congressistas de uma das Casas Legislativas.

13.4. SANÇÃO, PROMULGAÇÃO E PUBLICAÇÃO

Aprovado o projeto em ambas as Casas do Congresso, com ou sem emendas, há o envio ao Presidente da República, para a sanção, a promulgação e a publicação da lei ordinária, conforme estudado no anterior tópico 10.

Vale ressaltar que o número da lei ordinária sancionada e promulgada deve ser conferido de acordo com a sequência numérica “em continuidade às séries iniciadas em 1946”⁴⁵¹. Com efeito, houve o início de uma nova série de leis federais logo após o advento da Constituição de 1946. A Lei nº 1, por exemplo, foi publicada no Diário Oficial da União de 5 de outubro de 1946. Hoje já há mais de treze mil leis ordinárias federais que regulamentam as diversas matérias arroladas nos artigos 22 e 24 da Constituição Federal.

14. MEDIDA PROVISÓRIA

14.1. CONCEITO

A medida provisória é o ato de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo que gera norma jurídica temporária sobre assuntos relevantes e urgentes, com força de lei ordinária. Publicada no Diário Oficial, a medida

⁴⁵¹ Cf. artigo 2º, § 2º, inciso II, da Lei Complementar nº 95, de 1998.

provisória tem eficácia desde logo, mas por tempo determinado: cento e vinte dias, conforme revelam os §§ 3º e 7º do artigo 62 da Constituição Federal.

14.2. VEDAÇÕES

O Presidente da República não pode dispor sobre todas as matérias que julgar conveniente, tendo em vista o extenso rol de vedações que consta do § 1º do artigo 62 da Constituição Federal.

Com efeito, por mais relevantes e urgentes que sejam as matérias, o Presidente não pode editar medidas provisórias sobre nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos, Direito Eleitoral, Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Processual Civil, organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, planos plurianuais, diretrizes orçamentárias⁴⁵², detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro, matéria passível de lei complementar e matéria já disciplinada em projeto de lei ordinária aprovado no Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto pelo Presidente.

Além das muitas vedações materiais arroladas no § 1º do artigo 62 da Constituição, o § 10 traz mais uma proibição ao Presidente da República: é vedada a edição de medida provisória na mesma sessão legislativa para tratar de matéria objeto de anterior medida que tenha sido rejeitada em alguma das Casas do Congresso ou que tenha perdido a eficácia por decurso de prazo.

14.3. PROCEDIMENTO E EFICÁCIA

Editada a medida provisória, o Presidente da República deve submetê-la desde logo ao Congresso Nacional, para discussão e votação acerca da conversão em lei ou da rejeição da medida. Com efeito, segundo o § 1º do artigo 2º da Resolução nº 1, de 2002, o Presidente da República deve enviar o texto da medida provisória no mesmo dia da publicação no Diário Oficial: “§ 1º No dia da publicação da Medida Provisória no Diário Oficial da União, o seu texto será enviado ao Congresso Nacional, acompanhado da respectiva Mensagem e de documento expondo a motivação do ato”.

⁴⁵² Ressalvada a exceção que consta do § 3º do artigo 167 da Constituição Federal, hipótese na qual o Presidente da República pode editar medida provisória destinada à abertura de créditos extraordinários para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, calamidade pública, comção interna, por exemplo.

Recebida a documentação relativa à medida provisória, o Presidente do Congresso Nacional deve indicar doze Deputados e doze Senadores para a constituição da “Comissão Mista” referida no § 9º do artigo 62 da Constituição Federal, com competência para a emissão de parecer antes da apreciação da medida provisória nos Plenários da Câmara e do Senado, em sessões distintas. Vale ressaltar que a inexistência da “Comissão Mista” referida no § 9º do artigo 62 da Constituição Federal implica inconstitucionalidade da eventual lei ao final aprovada no Congresso Nacional, em razão do vício no processo legislativo.

Por força do artigo 62, § 8º, da Constituição Federal, a primeira deliberação sobre a medida provisória ocorre na Câmara dos Deputados: “§ 8º As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados”.

De fato, a primeira deliberação se dá no Plenário da Câmara dos Deputados, com a apreciação preliminar dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência da medida provisória, bem assim da adequação orçamentária, conforme revelam o artigo 62, §§ 5º e 9º, da Constituição Federal, e o artigo 8º, *caput*, da Resolução nº 1, de 2002.

Se a maioria dos Deputados “decidir no sentido do não atendimento dos pressupostos constitucionais ou da inadequação financeira ou orçamentária”, a medida provisória é rejeitada e arquivada⁴⁵³. Vale lembrar, por oportuno, que o Presidente da República não pode reeditar, na mesma sessão legislativa, medida provisória sobre matéria versada em anterior medida provisória que tenha sido rejeitada ou tenha perdido a eficácia por decurso de prazo⁴⁵⁴.

Em contraposição, se a maioria dos Deputados aprovar a medida provisória na apreciação preliminar, passa-se à discussão e votação de imediato, com a análise do mérito da matéria na mesma sessão.

A Câmara deve deliberar sobre a medida provisória no prazo de quarenta e cinco dias, sob pena de sobrestamento das demais deliberações em tramitação no Plenário da Casa. É o que determinam o § 6º do artigo 62 da Constituição Federal e o artigo 9º da Resolução nº 1, de 2002: “Art. 9º Se a Medida Provisória não for apreciada em até 45 (quarenta e cinco) dias contados de sua publicação no Diário Oficial da União, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que

⁴⁵³ Cf. artigo 8º, parágrafo único, da Resolução nº 1, de 2002, do Congresso Nacional.

⁴⁵⁴ Cf. artigo 62, § 10, da Constituição Federal.

se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas do Plenário da Casa em que estiver tramitando”.

Aprovada na Câmara dos Deputados, a medida provisória segue para o Senado, a fim de que seja igualmente discutida e votada no Plenário, com a observância dos mesmos procedimento e prazo previstos nos §§ 5º e 6º do artigo 62 da Constituição e nos artigos 8º e 9º da Resolução nº 1, de 2002, sob pena de igual sobrestamento das demais deliberações.

No que tange à eficácia das medidas provisórias, subsiste por sessenta dias, prorrogáveis por mais sessenta dias, uma única vez, de forma automática, conforme revelam o artigo 62, §§ 3º e 7º, da Constituição Federal, e o artigo 10, *caput*, da Resolução nº 1, de 2002: “Art. 10. Se a Medida Provisória não tiver sua votação encerrada nas 2 (duas) Casas do Congresso Nacional, no prazo de 60 (sessenta) dias de sua publicação no Diário Oficial da União, estará automaticamente prorrogada uma única vez a sua vigência por igual período”.

Na eventualidade de prorrogação, a qual se dá “automaticamente”, cabe ao Presidente do Congresso Nacional realizar a comunicação mediante ato a ser publicado no Diário Oficial, tudo conforme o disposto no § 1º do artigo 10 da Resolução nº 1, de 2002, *in verbis*: “§ 1º A prorrogação do prazo de vigência de Medida Provisória será comunicada em Ato do Presidente da Mesa do Congresso Nacional publicado no Diário Oficial da União”. À evidência, não é o ato do Presidente do Congresso que ocasiona a prorrogação da medida provisória; trata-se de simples ato de comunicação da prorrogação automática por força da Constituição Federal.

Vale ressaltar que tanto o primeiro prazo de sessenta dias quanto o subsequente prazo de sessenta dias de prorrogação são suspensos durante os períodos de recesso parlamentar, *ex vi* do § 4º do artigo 62 da Constituição; e na eventualidade de convocação extraordinária do Congresso durante o recesso, as medidas provisórias em vigor são “automaticamente incluídas na pauta da convocação”, por força do § 8º do artigo 57 da Constituição.

Decorrido *in albis* o prazo constitucional de cento e vinte dias, a medida provisória perde a eficácia em definitivo, desde a edição, mas o Congresso

Nacional deve aprovar decreto legislativo no prazo máximo de sessenta dias, para disciplinar as relações jurídicas decorrentes da medida provisória⁴⁵⁵.

Na eventualidade de nova inércia do Congresso Nacional, com o decurso *in albis* também do prazo de sessenta dias destinado à edição do decreto legislativo, as relações jurídicas constituídas sob a égide da medida provisória são preservadas sob a regência do texto original editado pelo Presidente da República, conforme revelam o artigo 62, § 11, da Constituição Federal, e o artigo 11, § 2º, da Resolução nº 1, de 2002: “§ 2º Não editado o decreto legislativo até 60 (sessenta) dias após a rejeição ou a perda de eficácia da Medida Provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante a sua vigência conservar-se-ão por ela regidas”.

Por ser temporária e transitória, a medida provisória não tem o condão de revogar eventual lei ordinária contrária, mas apenas de suspender a eficácia da lei durante os cento e vinte dias previstos na Constituição Federal. Só há efetiva revogação se o Congresso Nacional converter a medida provisória em lei.

Aprovada a medida provisória e preservado o texto presidencial original no Congresso Nacional, há a conversão em lei desde logo, com a promulgação e a publicação pelo Presidente do Congresso Nacional, tudo nos termos do artigo 12 da Resolução nº 1, de 2002, *in verbis*: “Art. 12. Aprovada Medida Provisória, sem alterações de mérito, será o seu texto promulgado pelo Presidente da Mesa do Congresso Nacional para publicação, como lei, no Diário Oficial da União”. No caso em comento, não há envio ao Presidente da República para sanção ou veto. Sem dúvida, a lei proveniente da aprovação integral do texto original de medida provisória é promulgada e publicada pelo Presidente do Congresso Nacional, sem sanção nem outra forma de participação do Presidente da República, o que é lógico e razoável, já que o Presidente da República é o autor do texto da medida provisória aprovada integralmente no Congresso.

O mesmo não se dá quando há parcial aprovação da medida provisória, com alteração do texto original. Na verdade, quando há modificação do texto original, não há aprovação da medida provisória em si, mas a aprovação de projeto de lei de conversão da medida provisória, o qual deve ser enviado à sanção do Presidente da República, já que essa hipótese não se confunde com

⁴⁵⁵ Cf. artigo 62, §§ 3º e 11, da Constituição Federal, e artigo 11 da Resolução nº 1, de 2002, do Congresso Nacional.

a estudada no parágrafo anterior. Sem dúvida, ao contrário do artigo 12 da Resolução nº 1, de 2002, que corretamente dispensa a sanção presidencial no caso de aprovação integral do texto original da medida provisória, o artigo 13 exige o envio à sanção do Presidente da República na hipótese de aprovação de projeto de conversão da medida em lei: “Art. 13. Aprovado projeto de lei de conversão será ele enviado, pela Casa onde houver sido concluída a votação, à sanção do Presidente da República”.

Ainda em relação à hipótese de aprovação de projeto de lei de conversão, com a conseqüente modificação do texto original da medida provisória, vale ressaltar que a redação primitiva da medida provisória subsiste “integralmente em vigor”, até que o projeto de lei de conversão seja sancionado ou vetado pelo Presidente da República⁴⁵⁶.

Em contraposição, rejeitada a medida provisória em alguma das Casas do Congresso, há o imediato arquivamento. Sem dúvida, ainda que tenha sido aprovada na Câmara dos Deputados, a posterior rejeição da medida provisória no Senado ocasiona o arquivamento, com a impossibilidade de reedição de nova medida sobre a matéria na mesma sessão legislativa⁴⁵⁷.

Resta saber a quem compete comunicar a rejeição da medida provisória ao Presidente da República.

À vista do artigo 14 da Resolução nº 1, de 2002, cabe ao Presidente da Casa na qual se deu o arquivamento comunicar a rejeição da medida provisória ao Presidente da República. Na verdade, além de comunicar imediatamente a rejeição ao Presidente da República, o Presidente da Casa na qual se deu a rejeição também deve fazer publicar ato declaratório no Diário Oficial, conforme determina o artigo 14 da Resolução nº 1, de 2002: “Art. 14. Rejeitada Medida Provisória por qualquer das Casas, o Presidente da Casa que assim se pronunciar comunicará o fato imediatamente ao Presidente da República, fazendo publicar no Diário Oficial da União ato declaratório de rejeição de Medida Provisória”.

⁴⁵⁶ Cf. artigo 62, § 12, da Constituição Federal.

⁴⁵⁷ Cf. artigo 62, § 10, da Constituição Federal.

14.4. MEDIDA PROVISÓRIA ESTADUAL

A despeito da omissão da Constituição Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal já reconheceram a compatibilidade do instituto da “medida provisória estadual” com a Constituição Federal, tendo em vista os princípios federativo e da simetria, desde que a Constituição do respectivo Estado-membro autorize o Governador a adotar medida provisória. Não obstante, as restrições previstas na Constituição Federal à edição de medidas provisórias pelo Presidente também devem ser reproduzidas na Constituição do Estado, com igual limitação, portanto, à atividade legiferante provisória do Governador⁴⁵⁸.

14.5. MEDIDA PROVISÓRIA MUNICIPAL

Na esteira da discussão acerca da adoção de medida provisória por Governador de Estado, o mesmo problema surge em relação aos Prefeitos, com igual questionamento: os Prefeitos podem editar medidas provisórias municipais?

Em primeiro lugar, é preciso reconhecer que Desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo emitiram pronunciamento contrário à edição de medidas provisórias municipais – e também estaduais⁴⁵⁹.

Ainda que muito respeitável a interpretação assentada no Tribunal de Justiça de São Paulo, tudo indica que o silêncio da Constituição Federal pode ser sanado à luz dos princípios federativo e da simetria, desde que prevista e autorizada a edição da medida na Constituição do Estado e na Lei Orgânica do Município.

⁴⁵⁸ “1. Podem os Estados-membros editar medidas provisórias em face do princípio da simetria, obedecidas as regras básicas do processo legislativo no âmbito da União (CF, artigo 62).” (ADI nº 425/TO, Pleno do STF, Diário da Justiça de 19 de dezembro de 2003, p. 19).

⁴⁵⁹ Colhe-se do acórdão da relatoria do Desembargador CARLOS ORTIZ: “No mérito, é de se considerar que, estabelecida a medida provisória como providência excepcional em caso de urgência e relevância, não se pode reputar processo legislativo inserido dentre os que se inspiram nos princípios constitucionais a serem necessariamente observados pelos Municípios. A excepcionalidade da medida conduz à restrição relativamente ao seu agente, ou seja, só o Presidente da República poderá editá-la, não o Governador do Estado, ou o Município. Em caso contrário, aí sim estariam burlados os princípios constitucionais, a partir da independência e harmonia dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (art. 2º da CF). Observe-se que as determinantes de urgência e relevância no plano estadual ou municipal não são quase nunca as mesmas do plano federal, como as relativas ao sistema econômico, por exemplo, que sugerem a adoção das medidas. Seria temerário que se pudesse deixar a arbítrio de alcaides, a edição de medidas provisórias nos Municípios, mesmo que houvesse autorização legislativa federal, estadual ou municipal” (ADI nº 11.643-0/0, sem o grifo no original).

15. LEI DELEGADA

Lei delegada é a espécie normativa com força de lei ordinária elaborada pelo Chefe do Poder Executivo, após a delegação da competência legiferante no Congresso Nacional, por meio de resolução, à vista do artigo 68, *caput* e § 2º, da Constituição Federal.

Não obstante, os constituintes de 1987 e 1988 impuseram significativos limites às matérias passíveis de delegação, o que explica o reduzido número de leis delegadas em relação às demais espécies normativas: apenas treze leis delegadas foram publicadas até hoje.

Sem dúvida, o § 1º do artigo 68 da Constituição Federal impõe vedação à delegação de competências exclusivas do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados e do Senado, das matérias reservadas à lei complementar, além de outras importantes matérias: organização, carreira e garantias dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, nacionalidade, cidadania, direitos individuais, direitos políticos, direitos eleitorais, planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

Ademais, ao aprovarem a resolução de delegação, os Congressistas também podem impor limites adicionais à extensão do conteúdo e aos termos do exercício da delegação, bem como condicionar a promulgação da lei à prévia apreciação no Congresso⁴⁶⁰.

No que tange à iniciativa do processo legislativo de lei delegada, é exclusiva do Presidente da República, único legitimado para “solicitar a delegação ao Congresso Nacional”, conforme estabelece o *caput* do artigo 68 da Constituição Federal. A iniciativa, portanto, cabe apenas ao Presidente da República, por meio de “solicitação” de delegação ao Congresso.

Após a iniciativa presidencial, há discussão e votação no Congresso, com a incidência da regra do artigo 47 da Constituição, motivo pelo qual a resolução de delegação é aprovada mediante o voto da maioria simples dos Deputados e dos Senadores, desde que presente a maioria absoluta dos parlamentares nas respectivas Casas.

Se a resolução contiver condição à promulgação da lei delegada à prévia votação no Congresso Nacional, há a deliberação em sessão única, com igual

⁴⁶⁰ Cf. artigo 68, § 2º, da Constituição Federal.

incidência da regra da aprovação mediante maioria simples ou relativa. Vale ressaltar que os Deputados e Senadores não podem modificar o texto original submetido à apreciação pelo Presidente da República, nem mesmo quando a promulgação da lei delegada está condicionada, por força da resolução, à aprovação do projeto no Congresso, porquanto o § 3º do artigo 68 da Constituição proíbe toda e “qualquer emenda”.

No que tange à fase de sanção ou veto, não há no processo legislativo da lei delegada, nem mesmo quando o Congresso Nacional determina a apreciação do respectivo projeto. Com efeito, se o texto presidencial não pode sofrer “qualquer emenda” por força do disposto no § 3º do artigo 68, não há razão lógica nem jurídica para que o projeto aprovado no Congresso retorne à Presidência da República, para sanção.

Embora não exista sanção presidencial, cabe ao Presidente da República promulgar e fazer publicar as leis delegadas, com a observância da sequência numérica iniciada após o advento da Constituição de 1946. A propósito, a última lei delegada publicada foi a Lei Delegada nº 13, de 1992, que instituiu “Gratificações de Atividade para os servidores civis do Poder Executivo”.

Vale ressaltar que os Congressistas podem sustar leis delegadas que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa, tendo em vista o disposto no artigo 49, inciso V, da Constituição Federal. A eventual sustação de lei delegada se dá mediante decreto legislativo, com eficácia *ex nunc*, vale dizer, a partir da publicação do decreto promulgado no Congresso Nacional.

Por fim, é de se lamentar o esquecimento do instituto da lei delegada por parte dos Chefes do Poder Executivo da União, nas últimas décadas, com a notória preferência pela edição de medidas provisórias sobre muitas matérias que ficariam melhor alocadas em lei delegadas, com a vantagem da existência de deliberação prévia por parte dos Congressistas, após a solicitação presidencial.

16. DECRETO LEGISLATIVO

Decreto legislativo é a espécie normativa proveniente do Poder Legislativo da União, para a disciplina das matérias sujeitas à competência exclusiva do Congresso Nacional.

Por exemplo, os §§ 3º e 11 do artigo 62 da Constituição conferem ao Congresso Nacional a atribuição de aprovar decreto legislativo para disciplinar as relações jurídicas decorrentes de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido a eficácia por decurso de prazo.

Outro exemplo: o inciso I do artigo 49 confere ao Congresso Nacional competência exclusiva para resolver definitivamente sobre tratados, acordos e convenções internacionais mediante decreto legislativo⁴⁶¹.

Outro exemplo mencionado linhas atrás: o inciso V do artigo 49 da Constituição confere ao Congresso Nacional competência exclusiva para sustar leis delegadas mediante decreto legislativo.

Mais um exemplo: o inciso XV do artigo 49 confere ao Congresso Nacional competência exclusiva para autorizar referendo e convocar plebiscito mediante “decreto legislativo”⁴⁶².

Apresentado o projeto de decreto legislativo, passa-se à discussão e à votação no Congresso Nacional, com a incidência da regra estampada no artigo 47 da Constituição Federal. Assim, basta o voto da maioria simples ou relativa dos Deputados e Senadores para a aprovação do projeto.

Após a aprovação do projeto, há a promulgação e a publicação do decreto legislativo pelo Presidente do Congresso Nacional, já que a espécie normativa não depende de sanção do Presidente da República.

Por fim, é importante ressaltar que o decreto legislativo não se confunde com o decreto-lei, instituto existente durante regimes políticos totalitário e autoritário marcados pela usurpação, por parte do Chefe do Poder Executivo, da função legiferante própria do Poder Legislativo, como ocorreu nos períodos de 1937 a 1945 e de 1964 a 1985. Com o restabelecimento e o fortalecimento do Poder Legislativo em virtude do advento da Constituição de 1988, o instituto do decreto-lei foi abolido do Direito brasileiro, sem prejuízo da recepção dos muitos decretos-leis que foram publicados naqueles períodos e que não são incompatíveis com a Constituição vigente.

⁴⁶¹ Daí o Decreto Legislativo nº 54, de 1964, por meio do qual o Congresso Nacional ratificou a adesão do Brasil à Convenção de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias.

⁴⁶² Cf. artigo 3º da Lei nº 9.709, de 1998.

17. RESOLUÇÃO LEGISLATIVA

Resolução legislativa – ou simplesmente “resolução” – é a espécie normativa proveniente do Senado, da Câmara dos Deputados ou do Congresso Nacional, destinada às matérias de competência exclusiva de alguma das Casas do Legislativo ou do próprio Congresso, independentemente de sanção presidencial. Por conseguinte, a promulgação e a publicação da resolução são atribuições do Presidente da Câmara, do Senado ou do Congresso, conforme o caso.

Um importante exemplo de resolução reside no § 2º do artigo 68 da Constituição Federal: a delegação para que o Presidente da República possa elaborar lei delegada se dá mediante resolução aprovada no Congresso.

Outro exemplo: à vista do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, a resolução é a espécie normativa adequada para a suspensão total ou parcial de lei ou ato normativo declarado inconstitucional em controle difuso realizado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Vale ressaltar que a resolução senatorial não tem o condão de revogar a lei ou o ato normativo declarado inconstitucional no Supremo Tribunal Federal: há mera suspensão da eficácia da lei ou do ato normativo, até que posterior lei ou ato normativo de igual hierarquia revogue o que foi declarado inconstitucional em apreciação incidental em processo individual julgado no Supremo Tribunal Federal⁴⁶³.

No que tange à iniciativa, cabe a todos os Deputados e Senadores, em conjunto ou isoladamente, conforme a resolução seja da competência da Câmara, do Senado ou do Congresso Nacional.

A discussão e a aprovação têm lugar na Câmara, no Senado ou no Congresso, conforme o caso, com a incidência da regra estampada no artigo 47 da Constituição Federal. Basta o voto da maioria simples ou relativa dos parlamentares da respectiva Casa Legislativa, para a aprovação do projeto.

Após a aprovação do projeto, há a promulgação e a publicação da resolução pelo Presidente da Câmara, do Senado ou do Congresso, conforme o caso, porquanto tal espécie normativa também não depende de sanção nem conta com participação alguma do Presidente da República.

⁴⁶³ Em contraposição, não há necessidade de resolução senatorial no caso de julgamento em controle concentrado, em processos de ação direta de inconstitucionalidade, de ação declaratória de constitucionalidade ou de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

18. TRATADO INTERNACIONAL

O artigo 84, inciso VIII, da Constituição Federal, revela a consagração do sistema dualista no Direito brasileiro. Assim, os tratados internacionais são celebrados e subscritos pelo Presidente da República ou por autoridade executiva delegada, como o Ministro das Relações Exteriores, com a posterior submissão ao Congresso Nacional, para ratificação ou “referendo”, mediante decreto legislativo.

Após a aprovação do decreto legislativo no Congresso, ainda cabe ao Presidente da República promulgar e fazer publicar decreto executivo, quando há a efetiva incorporação do tratado ao ordenamento jurídico brasileiro, como ocorreu, por exemplo, com a Convenção de Genebra de 1930: após a adesão do “Govêrno brasileiro” em 1942, o Congresso Nacional aprovou o Decreto Legislativo nº 54, de 1964, e o Presidente da República promulgou o Decreto nº 57.663, de 1966⁴⁶⁴.

No que tange à hierarquia, os tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro têm força de lei ordinária federal, conforme se infere dos artigos 102, inciso III, alínea “b”, e 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal. Sem dúvida, os dispositivos revelam que os constituintes de 1987 e 1988 equiparam os tratados internacionais às leis ordinárias federais⁴⁶⁵.

Por fim, vale relembrar que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos podem ter força de emenda constitucional, desde que aprovados no Congresso Nacional à vista do processo legislativo próprio das emendas, após os votos favoráveis de pelo menos três quintos dos parlamentares das duas Casas do Congresso, em dois turnos de votação tanto na Câmara quanto no Senado, tudo nos termos do artigo 5º, § 3º, combinado com o artigo 60, § 2º, da Constituição Federal.

⁴⁶⁴ “1)- O Pleno do Supremo Tribunal Federal já decidiu unanimemente que tem eficácia imediata no país a Convenção Internacional aprovada pelo Congresso em Decreto Legislativo e promulgada por decreto do Presidente da República (RE 71.154, na RTJ 58/70). 2)- A Lei Uniforme sobre Cambiais e Promissórias está vigente no Brasil, porque o Decreto Legislativo nº 54/1964 aprovou, e o Decreto Executivo nº 57.663 de 24/01/66, promulgou a Convenção de Genebra, da qual se originou esse diploma.” (RE nº 76.236/MG, Pleno do STF, RTJ, vol. 67, p. 601).

⁴⁶⁵ De acordo, na doutrina: Moacyr Amaral Santos. Primeiras linhas de direito processual civil. Volume III, 15ª ed., 1995, p. 159. Na precisa lição do Ministro do Supremo Tribunal Federal e Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, “os tratados e as leis se equiparam. Os tratados são leis”. No mesmo diapasão, na jurisprudência: “Tratado Internacional. Lei ordinária. Hierarquia. O tratado internacional situa-se formalmente no mesmo nível hierárquico da lei, a ela se equiparando.” (REsp nº 73.376/RJ, 3ª Turma do STJ).

19. REGIMENTO INTERNO

A despeito da omissão no artigo 59 da Constituição Federal, os constituintes de 1987 e 1988 conferiram ao Congresso, à Câmara, ao Senado, ao Supremo Tribunal Federal e aos tribunais em geral competência para a elaboração de “regimento interno”⁴⁶⁶.

Regimento interno é espécie normativa de natureza secundária, destinada à disciplina das atribuições internas do Congresso, do Senado, da Câmara, do Supremo Tribunal Federal, dos tribunais em geral e até mesmo de outros órgãos públicos⁴⁶⁷.

À evidência, trata-se de norma *interna corporis*, destinada à organização dos trabalhos internos no Congresso, nas respectivas Casas, no Supremo Tribunal Federal, nos tribunais e órgãos públicos em geral.

Em razão da natureza doméstica, o regimento é aprovado internamente, sem a participação do Presidente da República, motivo pelo qual é promulgado e publicado pelo Presidente do Congresso, do Senado, da Câmara, do Supremo Tribunal Federal ou do tribunal ou órgão público, conforme o caso.

Por ser norma jurídica de estatura inferior, o regimento interno deve estar em consonância com a Constituição Federal e com a legislação aplicável, sob pena de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, respectivamente. Daí a necessidade da observância do disposto na Constituição e nas leis⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶Cf. artigos 51, inciso III, 52, inciso XII, 57, inciso II, e 96, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal.

⁴⁶⁷ Por exemplo, a regência interna da Fundação Universidade Federal de Viçosa se dá à luz do respectivo regimento.

⁴⁶⁸ Cf. artigos 59, parágrafo único, e 96, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal, e Lei Complementar nº 95, de 1998.

CAPÍTULO VI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

1. CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos fundamentais são direitos constitucionais superiores, eleitos pelos constituintes para inclusão no bojo da Constituição com destaque em relação aos demais direitos. Em outros termos, os direitos fundamentais são os direitos constitucionais considerados especiais pelos constituintes, porquanto revelam a identidade e a ideologia do Estado constituído ou reconstruído⁴⁶⁹.

2. GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são estudados à vista do progressivo reconhecimento em diferentes momentos históricos. Daí a explicação para a consagrada expressão “gerações dos direitos fundamentais”.

Os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos civis e os direitos políticos, reconhecidos com o advento da Revolução Francesa.

Verificadas, em seguida, as sérias desigualdades sociais provenientes da omissão estatal, há o avanço em prol do reconhecimento dos direitos sociais, quais sejam, o direito ao trabalho, o direito à seguridade social, considerados direitos fundamentais de segunda geração.

O crescimento populacional e a superveniência da denominada “sociedade de consumo” fez surgir os direitos difusos, em prol de um grupo indeterminado de pessoas, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado⁴⁷⁰ e os direitos dos consumidores⁴⁷¹. São os direitos fundamentais de terceira geração.

A preocupação com a preservação dos direitos das minorias ocasionou o surgimento dos direitos fundamentais de quarta geração, em prol da pluralidade e da isonomia substancial⁴⁷².

Por fim, vale ressaltar que o advento dos direitos de uma nova geração não significa prejuízo aos já conquistados, porquanto há verdadeira coexistência

⁴⁶⁹ Por exemplo, o Estado brasileiro foi constituído em 1824, após a independência em 1822, e reconstruído em 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988, quando houve a edificação de um Estado Democrático de Direito pelos constituintes de 1987 e 1988.

⁴⁷⁰ Cf. artigo 225 da Constituição Federal.

⁴⁷¹ Cf. artigo 5º, inciso XXXII, e 170, inciso V, da Constituição Federal.

⁴⁷² Cf. artigos 3º e 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal.

dos direitos fundamentais das diferentes gerações, com o acréscimo de novos aos já reconhecidos. Sem dúvida, os direitos fundamentais alcançados por uma geração são somados, de forma sucessiva, aos obtidos pela geração subsequente.

3. DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

O artigo 5º da Constituição dispõe sobre os direitos fundamentais, mas também sobre as garantias fundamentais, conforme os termos do Título II: “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

De fato, os constituintes de 1987 e 1988 consagraram direitos materiais essenciais, mas também estipularam os meios de proteção daqueles.

Os direitos materiais considerados essenciais pelos constituintes são os direitos fundamentais, como os direitos à vida⁴⁷³, à propriedade⁴⁷⁴, de herança⁴⁷⁵, à intimidade⁴⁷⁶, à imagem⁴⁷⁷, à inviolabilidade do domicílio⁴⁷⁸, à liberdade religiosa⁴⁷⁹.

Já as formas, os meios e os instrumentos que os constituintes deixaram à disposição para a proteção e a efetivação daqueles direitos são as garantias fundamentais, como, por exemplo, o acesso ao Poder Judiciário⁴⁸⁰ e ao juiz natural⁴⁸¹, a instituição do júri⁴⁸², o *habeas corpus*⁴⁸³, o mandado de segurança⁴⁸⁴, o mandado de injunção⁴⁸⁵, o *habeas data*⁴⁸⁶, a ação popular⁴⁸⁷.

Em suma, as garantias são as formas, os meios, os instrumentos conferidos às pessoas na busca da proteção e da efetivação dos direitos fundamentais, que são os direitos substanciais, materiais, propriamente ditos.

⁴⁷³ Cf. artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.

⁴⁷⁴ Cf. artigo 5º, *caput* e inciso XXII, da Constituição Federal.

⁴⁷⁵ Cf. artigo 5º, inciso XXX, da Constituição Federal.

⁴⁷⁶ Cf. artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.

⁴⁷⁷ Cf. artigo 5º, X, da Constituição Federal.

⁴⁷⁸ Cf. artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

⁴⁷⁹ Cf. artigo 5º, incisos VI, VII e VIII, da Constituição Federal.

⁴⁸⁰ Cf. artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

⁴⁸¹ Cf. artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal.

⁴⁸² Cf. artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal.

⁴⁸³ Cf. artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal.

⁴⁸⁴ Cf. artigo 5º, incisos LXIX e LXX, da Constituição Federal.

⁴⁸⁵ Cf. artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal.

⁴⁸⁶ Cf. artigo 5º, inciso LXXII, da Constituição Federal.

⁴⁸⁷ Cf. artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal.

4. BENEFICIÁRIOS DOS DIREITOS E DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

No que tange ao alcance, o *caput* do artigo 5º da Constituição revela que tanto os brasileiros (natos e naturalizados) quanto os estrangeiros residentes no Brasil são beneficiários dos direitos e das garantias fundamentais⁴⁸⁸.

Não obstante, os Ministros do Supremo Tribunal Federal firmaram correta interpretação extensiva do artigo 5º da Constituição, a fim de conferir os direitos e as garantias fundamentais até mesmo aos estrangeiros sem residência no país⁴⁸⁹.

Segundo o Direito brasileiro, portanto, todas as pessoas humanas são beneficiárias dos direitos e das garantias constitucionais à luz do Direito brasileiro.

5. RELATIVIDADE DOS DIREITOS E DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Todos os direitos são relativos, até mesmo dos direitos fundamentais, tendo em vista a possibilidade de conflito entre diferentes direitos fundamentais em casos concretos⁴⁹⁰.

Com efeito, se existissem direitos absolutos, seria impossível solucionar casos concretos nos quais há manifesto conflito entre direitos fundamentais

⁴⁸⁸ De acordo, na jurisprudência: “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS - ESTRANGEIROS - A teor do disposto na cabeça do artigo 5º da Constituição Federal, os estrangeiros residentes no País têm jus aos direitos e garantias fundamentais.” (HC nº 74.051/SC, 2ª Turma do STF, Diário da Justiça de 20 de setembro de 1996, p. 34.538).

⁴⁸⁹ Assim, na jurisprudência: “ESTRANGEIRO NÃO DOMICILIADO NO BRASIL - IRRELEVÂNCIA - CONDIÇÃO JURÍDICA QUE NÃO O DESQUALIFICA COMO SUJEITO DE DIREITOS E TITULAR DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS” (HC nº 94.016/SP, 2ª Turma do STF, Diário da Justiça eletrônico nº 38).

⁴⁹⁰ Assim bem decidiu o Supremo Tribunal Federal no denominado “Caso Escola Base”, quando o Relator, Ministro CELSO DE MELLO, ao julgar o Agravo de Instrumento n. 496.406/SP, mediante decisão publicada na página 41 do Diário da Justiça de 10 de agosto de 2006, resolveu caso concreto marcado pelo conflito entre o direito fundamental à liberdade de informação (artigo 5º, IV, XII e XIV, da Constituição) e o direito fundamental à honra e à imagem pessoais (artigo 5º, V e X, da Constituição). Por oportuno, o Professor MANOEL JORGE E SILVA NETO também evoca precedente jurisprudencial em prol da doutrina dos limites imanentes dos direitos fundamentais: “MANDADO DE SEGURANÇA – SIGILO BANCÁRIO – VIOLAÇÃO – GARANTIA CONSTITUCIONAL – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – LIMITES IMANENTES – A garantia do sigilo bancário não é absoluta, porém, como qualquer restrição a direito fundamental constitucionalmente previsto, a quebra deve ser plenamente justificada, demonstrando adequabilidade dos meios escolhidos em face do fim previsto. A relativização de direito fundamental acarreta conflito de interesses que exige a imposição de certos limites a ambos para que possam coexistir. São os limites imanentes, que podem ser estabelecidos pelo legislador ou, na ausência de regulação, pelo juiz, em face do caso concreto, de forma a evitar os efeitos catastróficos de cláusulas gerais permissivas de uma ação estatal que vise restringir direitos fundamentais. Segurança concedida. (TRT 9ª Região, MS n. 00166-2002 – (25224-2002) – Rela. Juíza Marlene T. Fuverki Suguiumatsu, DJPR 08.11.2002)” (Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2006, p. 466, nota 10).

antagônicos, como ocorreu no julgamento proferido no Supremo Tribunal Federal em relação à publicação de biografias não autorizadas de artistas e outras personalidades brasileiras. À vista do princípio da proporcionalidade, os Ministros da Corte Suprema sopesaram os direitos estampados nos incisos IV, V, IX, X e XIV do artigo 5º da Constituição Federal, na busca de interpretação intermediária para não baldar nenhum dos direitos contrapostos, conforme se infere da conclusão do julgamento, *in verbis*: “a) em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas); b) reafirmar o direito à inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa, nos termos do inc. X do art. 5º da Constituição da República, cuja transgressão haverá de se reparar mediante indenização”⁴⁹¹.

À evidência, não há direitos absolutos, nem mesmo os fundamentais, já que até mesmo o direito à vida é passível de exceções: o aborto é legítimo para “salvar a vida da gestante”, “se a gravidez resulta de estupro” ou em caso de feto anencéfalo; e a pena de morte é admissível “em caso de guerra declarada”, para alguns crimes militares, nos termos dos artigos 5º, inciso XLVII, alínea “a”, e 84, inciso XIX, da Constituição de 1988, e dos artigos 55, alínea “a”, 56, 57, 355 e seguintes do Código Penal Militar brasileiro.

Da mesma forma, as garantias constitucionais também são passíveis de exceção. Basta lembrar o § 1º do artigo 217 da Constituição Federal: “§ 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei”. Outro exemplo de relativização de garantia constitucional é encontrado no § 2º do artigo 142 da Constituição: “§ 2º Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares”. Mais um exemplo: a garantia do júri não subsiste no caso de crime cujo acusado está sujeito a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal⁴⁹².

⁴⁹¹ Cf. ADI nº 4.815/DF, Pleno do STF, unânime, julgamento em 10 de junho de 2015.

⁴⁹² De acordo, na jurisprudência: “AÇÃO PENAL. QUESTÕES DE ORDEM. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA IMPUTADO A PARLAMENTAR FEDERAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL VERSUS COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. NORMA CONSTITUCIONAL ESPECIAL.

Em suma, tanto os direitos fundamentais quanto as garantias fundamentais são relativos.

6. NATUREZA DO ROL DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, tendo em vista a extensão do rol inserto no artigo 5º da Constituição Federal, com setenta e oito incisos, o rol dos direitos e garantias fundamentais não é taxativo, porquanto o § 2º prevê a possibilidade de outros direitos e garantias consagrados em tratados firmados e ratificados pelo Brasil, por intermédio daqueles que exercem mandatos eletivos nos Poderes Executivo e Legislativo da União. Daí a conclusão: é exemplificativo o rol do artigo 5º da Constituição Federal, em virtude da possibilidade jurídica da superveniência de outros direitos e garantias fundamentais mediante tratados internacionais incorporados ao Direito brasileiro.

7. DIREITO À VIDA

O primeiro direito fundamental assegurado no *caput* do artigo 5º é o direito à vida, com a inclusão do nascituro. Daí a impossibilidade da pena de morte, ressalvada a exceção prevista na Constituição brasileira: “não haverá penas: a) de morte, salvo o caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;”⁴⁹³.

Ademais, a legitimidade do aborto para “salvar a vida da gestante”, “se a gravidez resulta de estupro” e em caso de feto anencéfalo também são evidentes exceções ao direito à vida no Direito brasileiro.

Há mais. Na eventualidade de conflito com outro direito constitucional fundamental, o direito à vida pode ser mitigado. Por exemplo, o inciso VI do artigo 5º da Constituição assegura a liberdade de consciência e de crença, passível de evocação por pessoa que afirma ser Testemunha de Jeová, para impedir a realização de transfusão de sangue ou de outro tratamento médico, desde que

PREVALÊNCIA. RENÚNCIA AO MANDATO. ABUSO DE DIREITO. NÃO RECONHECIMENTO. EXTINÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF PARA JULGAMENTO. REMESSA DOS AUTOS AO JÚZO DE PRIMEIRO GRAU. 1. O réu, na qualidade de detentor do mandato de parlamentar federal, detém prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, onde deve ser julgado pela imputação da prática de crime doloso contra a vida. 2. A norma contida no art. 5º, XXXVIII, da Constituição da República, que garante a instituição do júri, cede diante do disposto no art. 102, I, b, da Lei Maior, definidor da competência do Supremo Tribunal Federal, dada a especialidade deste último. Os crimes dolosos contra a vida estão abarcados pelo conceito de crimes comuns. Precedentes da Corte.” (Ação Penal nº 333/PB, Pleno do STF, Diário da Justiça Eletrônico de 10 de abril de 2008).

⁴⁹³ Artigo 5º, inciso XLVII, letra “a”, *in fine*, da Constituição.

seja maior, com capacidade civil plena e tenha emitido manifestação incontestável acerca da recusa. A propósito, vale conferir o correto enunciado nº 403 aprovado na Quinta Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, *in verbis*: “O Direito à inviolabilidade de consciência e de crença, previsto no art. 5º, VI, da Constituição Federal, aplica-se também à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão do tratamento ou da falta dele, desde que observados os seguintes critérios: a) capacidade civil plena, excluído o suprimento pelo representante ou assistente; b) manifestação de vontade livre, consciente e informada; e c) oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante”.

Em suma, até mesmo o direito à vida, o primeiro e mais importante direito fundamental consagrado na Constituição brasileira, não é absoluto.

8. DIREITO À IGUALDADE

O *caput* e o inciso I do artigo 5º da Constituição Federal asseguram a isonomia entre homens e mulheres.

Não basta, entretanto, a igualdade formal; deve-se ter em vista a igualdade real, substancial ou material, proveniente da máxima aristotélica segundo a qual os iguais devem ser tratados igualmente, mas os desiguais devem ser tratados desigualmente, na exata medida da desigualdade⁴⁹⁴.

A propósito da igualdade substancial, é importante considerar e respeitar as diferenças fisiológicas entre homens e mulheres, como na hipótese do inciso L do artigo 5º da Constituição, que assegura às presidiárias a possibilidade de amamentação dos filhos.

Ainda em relação ao direito à igualdade, vale ressaltar que o inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição consagra a garantia da assistência judiciária, prestada pelo Estado em prol dos jurisdicionados sem condições financeiras para a contratação de advogados autônomos e para o custeio das despesas processuais. Trata-se instrumento jurídico-constitucional de concretização do

⁴⁹⁴ De acordo, na jurisprudência: “A concreção do princípio da igualdade reclama a prévia determinação de quais sejam os iguais e quais os desiguais. O direito deve distinguir pessoas e situações distintas entre si, a fim de conferir tratamentos normativos diversos a pessoas e a situações que não sejam iguais.” (ADI nº 3.305/DF, Pleno do STF, Diário da Justiça de 24 de novembro de 2006, p. 60). “II. - Princípio isonômico: a sua realização está no tratar iguais com igualdade e desiguais com desigualdade.” (RE nº 154.027/ SP, 2ª Turma do STF, Diário da Justiça de 20 de fevereiro de 1998, p. 22).

direito à igualdade, sob o prisma real, substancial, porquanto visa a assegurar o acesso ao Judiciário em favor dos hipossuficientes.

Por fim, na esteira da regra consagrada no artigo 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal, o *caput* do artigo 14 garante a isonomia em relação ao voto, “com valor igual para todos”, de modo que a cada pessoa corresponda um voto: *one person, one vote*.

9. DIREITO À LEGALIDADE

O inciso II do artigo 5º da Constituição brasileira assegura a autonomia da vontade, nos limites da lei: ninguém pode ser obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Por exemplo, não há lei que obrigue o recebimento de pagamento mediante cheque. Daí a possibilidade de o credor da obrigação recusar pagamento por meio de cheque, em virtude da prevalência da autonomia da vontade. As pessoas em geral podem, portanto, fazer tudo o que não estiver vedado na lei ou não for obrigação legal.

Já as autoridades públicas e os agentes administrativos só podem fazer o que estiver previsto ou autorizado em lei. Na eventualidade de descumprimento de lei por parte de autoridade pública ou agente administrativo, o particular ameaçado ou lesado pode acionar o Poder Judiciário por meio de mandado de segurança; e na eventualidade de desrespeito à legislação quanto à exigência de probidade administrativa, o cidadão pode acionar o Poder Judiciário mediante ação popular.

O conceito de legalidade, portanto, é variável: os particulares podem fazer tudo o que não for vedado ou não for obrigação legal; já as autoridades públicas e os agentes administrativos só podem fazer o que estiver previsto ou autorizado em lei, em estrito cumprimento à legislação.

10. DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL

O inciso III do artigo 5º assegura a integridade física e moral, com a proibição da tortura, cuja prática configura crime inafiançável, por força do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal. Trata-se de direito assegurado a todos, incluídos os presos⁴⁹⁵.

⁴⁹⁵ Cf. artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal.

11. DIREITO DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO: LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O inciso IV do artigo 5º da Constituição brasileira consagra o direito de manifestação do pensamento, com o reforço do inciso IX, que assegura a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença das autoridades públicas, e do artigo 220, *caput* e § 2º, da mesma Constituição⁴⁹⁶.

Um exemplo do direito consagrado nos incisos IV e IX do artigo 5º da Constituição é extraído da súmula nº 25 aprovada no Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais: “Críticas dirigidas à Administração Municipal não caracterizam ofensa à honra de candidato à reeleição”.

Não obstante, a Constituição veda o anonimato, ou seja, a livre manifestação do pensamento pressupõe a respectiva identificação do autor⁴⁹⁷.

Assegura-se ao autor, todavia, “o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”⁴⁹⁸.

Por fim, eventuais inverdades, ofensas descabidas e excessos de linguagem ensejam direito de resposta e podem gerar indenização, com fundamento nos incisos V e X do artigo 5º, conforme decidido pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “a) em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas); b) reafirmar o direito à inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa,

⁴⁹⁶ De acordo, na jurisprudência: “A Constituição de 1988 em seu artigo 220 estabeleceu que a liberdade de manifestação do pensamento, de criação, de expressão e de informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerá qualquer restrição, observado o que nela estiver disposto. 2. Limitações à liberdade de manifestação do pensamento, pelas suas variadas formas. Restrição que há de estar explícita ou implicitamente prevista na própria Constituição.” (ADI nº 869/DF, Pleno do STF, Diário da Justiça de 4 de junho de 2004, p. 28).

⁴⁹⁷ Assim, na jurisprudência: “ANONIMATO - NOTÍCIA DE PRÁTICA CRIMINOSA - PERSECUÇÃO CRIMINAL - IMPROPRIEDADE. Não serve à persecução criminal notícia de prática criminosa sem identificação da autoria, consideradas a vedação constitucional do anonimato e a necessidade de haver parâmetros próprios à responsabilidade, nos campos cível e penal, de quem a implemente.” (HC nº 84.827/TO, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça de 23 de novembro de 2007, p. 79).

⁴⁹⁸ Artigo 5º, inciso XIV, *in fine*, da Constituição Federal.

nos termos do inc. X do art. 5º da Constituição da República, cuja transgressão haverá de se reparar mediante indenização”⁴⁹⁹.

12. DIREITOS DE RESPOSTA E DE INDENIZAÇÃO

O inciso V do artigo 5º assegura o direito de resposta ao gravame causado à moral e à imagem, além da respectiva indenização pelos eventuais danos material e moral.

Com efeito, embora o inciso IV reconheça a liberdade de manifestação de pensamento, o inciso V assegura os direitos de resposta e de indenização, como bem assentaram os Ministros do Superior Tribunal de Justiça na súmula nº 221: “São civilmente responsáveis pelo ressarcimento do dano, decorrente da publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação”.

Em suma, eventual excesso cometido no exercício do direito de manifestação do pensamento pode ensejar o direito de resposta e o direito à indenização pelos danos causados à moral e à imagem da pessoa ofendida.

13. DIREITO DE LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA, DE CRENÇA E DE CULTO

Os incisos VI, VII e VIII do artigo 5º asseguram o direito de liberdade de consciência, de crença e de culto, nos limites da lei⁵⁰⁰.

Sem dúvida, o Estado brasileiro é laico, razão pela qual todos têm liberdade ideológica e religiosa.

Não obstante, quem evocar a liberdade de consciência ou de crença para se recusar a cumprir obrigação a todos imposta por força de lei deve ao menos cumprir a obrigação alternativa prevista na legislação⁵⁰¹⁻⁵⁰².

⁴⁹⁹ Cf. ADI nº 4.815/DF, Pleno do STF, unânime, julgamento em 10 de junho de 2015.

⁵⁰⁰ À evidência, não há na Constituição brasileira preceito correspondente ao artigo 2º da Constituição da Argentina: “*Artículo 2: El gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano*”. Já na Constituição do Uruguai há preceito similar ao disposto na Constituição brasileira, conforme se infere do proêmio do artigo 5º: “*Artículo 5º.- Todos los cultos religiosos son libren en el Uruguay. El Estado no sostiene religión alguna*”. Tal como o Uruguai, portanto, o Brasil é um Estado laico, vale dizer, um Estado leigo.

⁵⁰¹ Por exemplo, o serviço do júri, na qualidade de jurado do Conselho de Sentença, nos termos dos artigos 436 e 438 do Código de Processo Penal, e o serviço militar obrigatório para os homens, *ex vi* do artigo 143 da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 8.239, de 1991.

⁵⁰² Por exemplo, o artigo 3º da Lei nº 8.239 regulamenta a prestação de Serviço Alternativo ao Serviço Militar Obrigatório: “Art. 3º O Serviço Militar inicial é obrigatório a todos os brasileiros, nos termos da lei. § 1º Ao Estado-Maior das Forças Armadas compete, na forma da lei e em coordenação com os Ministérios Militares, atribuir Serviço Alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência decorrente de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, para se eximirem de

De fato, o inciso VIII do artigo 5º da Constituição Federal consagra a regra da escusa de consciência ou imperativo de consciência; mas quem evocar crença religiosa, convicção filosófica ou ideologia política para deixar de cumprir obrigação legal imposta a todos, deve cumprir alguma prestação alternativa prevista em lei, sob pena de suspensão dos direitos políticos, *ex vi* do inciso IV do artigo 15 da mesma Constituição.

Com efeito, o inciso IV do artigo 15 dispõe sobre a recusa, por motivo de crença religiosa, de convicção filosófica ou de ideologia política, ao cumprimento de obrigação legal imposta a todos, com a igual negativa ao cumprimento da prestação alternativa prevista em lei.

À evidência, o inciso IV do artigo 15 só incide na eventualidade da dupla recusa: a primeira negativa diz respeito ao cumprimento da obrigação geral; a segunda negativa ocorre em relação ao cumprimento da prestação alternativa.

Voltando os olhos para o inciso VI do artigo 5º da Constituição Federal, vale lembrar que a liberdade de consciência e de crença pode ser evocada para a recusa de transfusão de sangue ou de outro tratamento médico por pessoa que afirma ser Testemunha de Jeová, desde que seja exercido por quem tem capacidade civil plena e apenas em relação a si, após clara manifestação de vontade. Em abono, merece ser prestigiado o enunciado nº 403 aprovado na Quinta Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, *in verbis*: “O Direito à inviolabilidade de consciência e de crença, previsto no art. 5º, VI, da Constituição Federal, aplica-se também à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão do tratamento ou da falta dele, desde que observados os seguintes critérios: a) capacidade civil plena, excluído o suprimento pelo representante ou assistente; b) manifestação de vontade livre, consciente e informada; e c) oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante”.

Não obstante, os pais não podem, com fundamento na religião por eles abraçada, impedir a realização de transfusão de sangue em filho menor ou de outro tratamento médico necessário para salvar a vida de criança ou de

atividades de caráter essencialmente militar. § 2º Entende-se por Serviço Alternativo o exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, em substituição às atividades de caráter essencialmente militar. § 3º O Serviço Alternativo será prestado em organizações militares da ativa e em órgãos de formação de reservas das Forças Armadas ou em órgãos subordinados aos Ministérios Civis, mediante convênios entre estes e os Ministérios Militares, desde que haja interesse recíproco e, também, sejam atendidas as aptidões do convocado”.

adolescente, porquanto o direito consagrado no inciso VI do artigo 5º é personalíssimo, razão pela qual não é extensivo a filho menor, com a consequente prevalência do direito à vida assegurado no *caput* do mesmo artigo 5º.

14. DIREITOS À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE

O inciso X do artigo 5º da Constituição Federal dispõe sobre a proteção da intimidade e da vida privada, sob pena de indenização por danos material e moral.

Um importante exemplo de aplicação do inciso X do artigo 5º da Constituição Federal reside na Súmula nº 16 aprovada pelos Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, com sede no Rio de Janeiro: “REVISTA ÍNTIMA. DANO MORAL. LIMITES DOS PODERES DE DIREÇÃO E FISCALIZAÇÃO. VIOLAÇÃO À HONRA E À INTIMIDADE DO TRABALHADOR. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (art. 1º, inc. III, CF). Cabe reparação por dano moral, por ferir o princípio da dignidade da pessoa humana, o ato patronal consubstanciado em revistas íntimas de trabalhadores de qualquer sexo, incluindo a vigilância por meio de câmeras instaladas em banheiros e vestiários”.

Outro exemplo de aplicação do inciso X do artigo 5º da Constituição reside na Súmula nº 403 aprovada pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça: “Independente de prova de prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa para fins econômicos ou comerciais”.

De fato, a indevida exploração econômica ou publicitária da imagem ou da vida privada de pessoa gera dano moral passível de indenização, em virtude do disposto no artigo 5º, incisos IX e X, da Constituição.

Por fim, vale relembrar a possibilidade de indenização na eventualidade de publicações literárias ou jornalísticas com inverdades patentes ou ofensas descabidas, conforme decidido pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “a) em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de

peças falecidas); b) reafirmar o direito à inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa, nos termos do inc. X do art. 5º da Constituição da República, cuja transgressão haverá de se reparar mediante indenização”⁵⁰³.

15. DIREITO À INVIOABILIDADE DA MORADIA

O inciso XI consagra a regra da inviolabilidade da moradia, ressalvadas as excepcionais hipóteses de flagrante delito, de desastre, de prestação de socorro em favor do morador e, durante o dia, por determinação judicial. Ainda que exista determinação judicial, portanto, a regra da inviolabilidade da moradia prevalece durante o período noturno⁵⁰⁴.

A propósito do alcance do vocábulo constitucional “dia”, é obtido em contraposição ao conceito de noite: considera-se dia o período compreendido entre 6 e 18 horas.

No que tange ao termo constitucional “casa”, é o local no qual a pessoa tem domicílio, residência ou simples moradia, com a inclusão das dependências. Por construção jurisprudencial, até mesmo os locais de trabalho, como os escritórios profissionais, são alcançados e igualmente protegidos à luz do inciso XI do artigo 5º da Constituição⁵⁰⁵.

16. DIREITO AO SIGILO DE DADOS

O inciso XII do artigo 5º da Constituição consagra o sigilo de dados, com a conseqüente inviolabilidade de correspondência e das comunicações telefônicas e telegráficas. Apenas como exceção o preceito constitucional autoriza a quebra do sigilo, por ordem judicial, para investigação criminal⁵⁰⁶.

⁵⁰³ Cf. ADI nº 4.815/DF, Pleno do STF, unânime, julgamento em 10 de junho de 2015.

⁵⁰⁴ Assim, na jurisprudência: “DOMICÍLIO - INVIOABILIDADE NOTURNA - CRIME DE RESISTÊNCIA - AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO. A garantia constitucional do inciso XI do artigo 5º da Carta da República, a preservar a inviolabilidade do domicílio durante o período noturno, alcança também ordem judicial, não cabendo cogitar de crime de resistência.” (RE nº 460.880/RS, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça eletrônico de 29 de fevereiro de 2008).

⁵⁰⁵ “– Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de ‘casa’ revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, ‘embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita’ (NELSON HUNGRIA).” (HC nº 93.050/RJ, 2ª Turma do STF, Diário da Justiça eletrônico de 1º de agosto de 2008, sem os grifos no original).

⁵⁰⁶ De acordo, na jurisprudência: “SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telefônicas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de

17. DIREITO À LIBERDADE PROFISSIONAL

O inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal assegura a liberdade profissional, em prol do exercício de todo trabalho, ofício ou profissão, salvo quando a lei expressamente exigir qualificação profissional.

Como já estudado, o inciso XIII é norma constitucional de eficácia contida, porquanto é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, mas a lei pode impor condições para o exercício profissional, como a graduação em curso superior, a aprovação em exame específico realizado em conselho de classe, do qual é exemplo a exigência da aprovação no Exame de Ordem previsto no artigo 8º, inciso IV, da Lei nº 8.906, de 1994, para o exercício da advocacia, e a experiência prática por determinado tempo⁵⁰⁷.

A regra, portanto, é a liberdade profissional, a qual é passível de restrição mediante lei, para os casos nos quais o exercício profissional dependa de conhecimentos técnicos ou científicos cuja carência implique risco social, como nos casos dos médicos, dos engenheiros, mas, não, por outro lado, dos profissionais que atuam nas áreas de computação e informática, e de comunicação social, como os jornalistas⁵⁰⁸.

órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.” (RE nº 389.808/PR, Pleno do STF, Diário da Justiça Eletrônico de 9 de maio de 2011). “SIGILO DE DADOS – ATUAÇÃO FISCALIZADORA DO BANCO CENTRAL – AFASTAMENTO – INVIABILIDADE. A atuação fiscalizadora do Banco Central do Brasil não encerra a possibilidade de, no campo administrativo, alcançar dados bancários de correntistas, afastando o sigilo previsto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal.” (RE nº 461.366/DF, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça Eletrônico de 4 de outubro de 2007).

⁵⁰⁷ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 187 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 75/93. EXIGÊNCIA DE UM BIÊNIO NA CONDIÇÃO DE BACHAREL EM DIREITO COMO REQUISITO PARA INSCRIÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NAS CARREIRAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 5º, I, XIII E 37, I DA CF. 1. A exigência temporal de dois anos de bacharelado em Direito como requisito para inscrição em concurso público para ingresso nas carreiras do Ministério Público da União, prevista no art. 187 da Lei complementar nº 75/93, não representa ofensa ao princípio da razoabilidade, pois, ao contrário de se afastar dos parâmetros da maturidade pessoal e profissional a que objetivam a norma, adota critério objetivo que a ambos atende. 2. Ação direta de inconstitucionalidade que se julga improcedente.” (ADI nº 1.040/DF, Pleno do STF, Diário da Justiça de 1º de abril de 2005, p. 5).

⁵⁰⁸ De acordo, na jurisprudência: “4. ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL (ART. 5º, INCISO XIII, DA CONSTITUIÇÃO). IDENTIFICAÇÃO DAS RESTRIÇÕES E CONFORMAÇÕES LEGAIS CONSTITUCIONALMENTE PERMITIDAS. RESERVA LEGAL QUALIFICADA. PROPORCIONALIDADE. A Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5º, XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à lei a definição das ‘condições de capacidade’ como condicionantes para o exercício profissional. No âmbito do modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, paira uma imaneente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Representação nº 930, Redator p/ o acórdão Ministro Rodrigues Alckmin, DJ, 2-9-1977. A reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial. 5. JORNALISMO E LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO.

Por fim, vale ressaltar que o exercício ilegal de profissão regulamentada em lei configura contravenção penal, prevista no artigo 47 do Decreto-lei nº 3.688, de 1941, e crime, nos casos de exercício ilegal das profissões de médico, dentista e farmacêutico, nos termos do artigo 282 do Código Penal brasileiro⁵⁰⁹.

18. DIREITOS DE INFORMAÇÃO E DE CERTIDÃO

Os incisos XIV, XXXIII e XXXIV do artigo 5º da Constituição brasileira asseguram às pessoas o acesso às informações de “seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral”, e o consequente direito à obtenção de certidão nos órgãos da Administração Pública direta e indireta, dentro do prazo legal de quinze dias, “independentemente do pagamento de taxas”, para a posterior defesa de direitos pessoais ou da sociedade em geral, como no frequente caso de acionamento do Poder Judiciário por meio de ação popular movida por cidadão, com fundamento no artigo 5º, inciso LXIV, da Constituição, em defesa do patrimônio público lesado diante de improbidade administrativa praticada por autoridade pública⁵¹⁰.

INTEPRETAÇÃO DO ART. 5º, INCISO XIII, EM CONJUNTO COM OS PRECEITOS DO ART. 5º, INCISOS IV, IX, XIV, E DO ART. 220 DA CONSTITUIÇÃO. O jornalismo é uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e de informação. O jornalismo é a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada. Os jornalistas são aquelas pessoas que se dedicam profissionalmente ao exercício pleno da liberdade de expressão. O jornalismo e a liberdade de expressão, portanto, são atividades que estão imbricadas por sua própria natureza e não podem ser pensadas e tratadas de forma separada. Isso implica, logicamente, que a interpretação do art. 5º, inciso XIII, da Constituição, na hipótese da profissão de jornalista, se faça, impreterivelmente, em conjunto com os preceitos do art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e do art. 220 da Constituição, que asseguram as liberdades de expressão, de informação e de comunicação em geral. 6. DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR COMO EXIGÊNCIA PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA. RESTRIÇÃO INCONSTITUCIONAL ÀS LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. As liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente podem ser restringidas pela lei em hipóteses excepcionais, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral. Precedente do STF: ADPF nº 130, Rel. Minº Carlos Britto. A ordem constitucional apenas admite a definição legal das qualificações profissionais na hipótese em que sejam elas estabelecidas para proteger, efetivar e reforçar o exercício profissional das liberdades de expressão e de informação por parte dos jornalistas. Fora desse quadro, há patente inconstitucionalidade da lei. A exigência de diploma de curso superior para a prática do jornalismo - o qual, em sua essência, é o desenvolvimento profissional das liberdades de expressão e de informação - não está autorizada pela ordem constitucional, pois constitui uma restrição, um impedimento, uma verdadeira supressão do pleno, incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística, expressamente proibido pelo art. 220, § 1º, da Constituição.” (RE nº 511.961/SP, Pleno do STF, Diário da Justiça eletrônico de 12 de novembro de 2009).

⁵⁰⁹ Cf. artigo 47 do Decreto-lei nº 3.688, de 1941: “Art. 47. Exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis”. Cf. artigo 282 do Código Penal brasileiro: “Art. 282 - Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites: Pena - detenção, de seis meses a dois anos. Parágrafo único - Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se também multa”.

⁵¹⁰ A propósito, vale conferir o artigo 1º da Lei nº 9.051, de 1995: “Art. 1º As certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações, requeridas aos órgãos da administração centralizada ou autárquica, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às fundações públicas da União,

Por fim, vale ressaltar que a regra consubstanciada no direito de informação não é absoluta: o direito à informação não subsiste quando há risco à segurança da sociedade e do Estado⁵¹¹.

19. DIREITO DE LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO

O inciso XV do artigo 5º da Constituição brasileira assegura o direito à livre locomoção no território brasileiro. Na mesma esteira, o inciso LXV estabelece que a prisão ilegítima deve ser imediatamente relaxada por juiz ou tribunal, até mesmo de ofício.

Por oportuno, vale ressaltar que o direito de liberdade de locomoção é garantido por meio do *habeas corpus*, na eventualidade de prisão ilegal.

20. DIREITO DE REUNIÃO

O inciso XVI do artigo 5º da Constituição assegura o direito de reunião pacífica, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização das autoridades administrativas e policiais; exige-se apenas o prévio aviso às autoridades, para não frustrar outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local.

21. DIREITO DE ASSOCIAÇÃO

À vista dos incisos XVII, XVIII, XIX, XX e XXI do artigo 5º da Constituição brasileira, é plena a liberdade de associação para fins lícitos e pacíficos. Como consequência da liberdade de associação, ninguém pode ser compelido a associar-se nem a permanecer associado.

Na mesma esteira, também é livre a criação de associações, independentemente de autorização administrativa ou policial; e mais, as associações só podem ser dissolvidas ou ter as respectivas atividades suspensas por força de decisão judicial.

Por oportuno, vale ressaltar que as associações podem representar os respectivos filiados nas esferas judicial e extrajudicial, quando expressamente autorizadas pelos filiados. Para a impetração de mandado de segurança coletivo

dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverão ser expedidas no prazo improrrogável de quinze dias, contado do registro do pedido no órgão expedidor”.

⁵¹¹ Cf. Lei nº 11.111, de 2005.

em favor dos respectivos filiados, todavia, as associações têm legitimidade ativa, em nome próprio, na qualidade de substituta processual, em favor daqueles.

22. DIREITO DE PROPRIEDADE

O inciso XXII do artigo 5º da Constituição brasileira assegura o direito à propriedade particular. Na mesma esteira, o inciso II do artigo 170 da Constituição também reconhece o direito à propriedade privada.

Não obstante, o direito de propriedade não é absoluto. Tanto que o inciso XXIII do artigo 5º da Constituição estabelece que a propriedade deve cumprir função social, com o reforço do inciso III do artigo 170. Daí a possibilidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, nos termos do inciso XXIV do artigo 5º, com o pagamento de indenização em favor do particular prejudicado.

Com maior razão, também há possibilidade de uso temporário de propriedade privada por parte da Administração Pública, por intermédio da autoridade competente, no caso de iminente perigo público, com a posterior indenização ao proprietário prejudicado por eventuais danos.

23. DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

Os incisos XXVII, XXVIII e XXIX do artigo 5º da Constituição brasileira asseguram os autores das obras intelectuais, artísticas, científicas, invenções, imagem e voz pessoais os direitos de utilização, publicação, reprodução, proteção, aproveitamento econômico e transmissão aos herdeiros.

Por oportuno, vale lembrar que o inciso IX do mesmo artigo 5º estabelece que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença das autoridades públicas.

Por fim, na eventualidade da utilização indevida de obras intelectuais, artísticas, científicas, invenções, da imagem e da voz particulares, a pessoa prejudicada e os respectivos herdeiros têm direito de indenização, em virtude do disposto nos incisos IX, X, XXVII, XXVIII e XXIX do artigo 5º da Constituição, e da Súmula nº 403 aprovada pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça: “Independente de prova de prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa para fins econômicos ou comerciais”.

24. DIREITO DE HERANÇA

O direito de herança está consagrado no artigo 5º, inciso XXX, da Constituição brasileira. Daí a permissão jurídica para a transmissão do patrimônio pessoal do falecido em favor dos parentes, do cônjuge ou companheiro, e até de outras pessoas, naturais ou jurídicas⁵¹².

Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, não só o ativo do falecido é transferido aos respectivos sucessores; o passivo também é transferido, respeitado, entretanto, o limite do ativo, por força do disposto nos artigos 1.792, 1.821 e 1.997, do Código Civil brasileiro, e no artigo 8º da Lei nº 8.429, de 1992: “Art. 8º O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança”.

De fato, a herança ou espólio é a soma do ativo e do passivo, ou seja, dos bens e das dívidas da pessoa natural falecida. É possível, portanto, que as dívidas absorvam todos os bens deixados, de modo a nada sobrar para os sucessores, os quais, todavia, não arcam com os bens particulares para o pagamento das dívidas do falecido.

No que tange aos sucessores, podem ser classificados em herdeiros e legatários. Herdeiros são os sucessores a título universal, beneficiados pela transmissão de toda a herança ou de fração ideal daquela. Legatário é o sucessor a título singular, beneficiado pela transferência de um bem certo, determinado e individualizado, ou seja, o legado.

Vale ressaltar que os herdeiros podem ser legítimos ou testamentários, tendo em vista a origem da transmissão da herança: lei ou testamento. O testamento, portanto, pode dar lugar às figuras do legatário e do herdeiro testamentário. Se o testador especificar o bem, o sucessor será legatário. Em contraposição, se o testador não indicar bem certo e determinado, mas apenas o percentual, o sucessor será herdeiro testamentário, porquanto participa da distribuição da herança enquanto universalidade.

No que tange aos herdeiros legítimos, podem ser necessários, ou não. Herdeiros legítimos necessários são os descendentes (filhos, netos), ascendentes (pais, avós) e o cônjuge. Os demais herdeiros legítimos, como os

⁵¹² Os beneficiários da herança podem ser tanto pessoas naturais quanto pessoas jurídicas, mas não coisas, como os animais.

colaterais (irmãos, tios, primos, tios-avós), não são herdeiros necessários, razão pela qual os colaterais não são beneficiados pela reserva legal da parte denominada “legítima”. Daí a conclusão: todo herdeiro necessário é herdeiro legítimo, mas nem todo herdeiro legítimo é necessário, porquanto o herdeiro legítimo pode não ser necessário, como os colaterais.

Por força dos artigos 1.789 e 1.846 do Código Civil brasileiro, quando há herdeiros necessários, como os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, o testador só pode dispor da metade da herança. De fato, o testador tem liberdade para dispor apenas da metade da herança: quota disponível. A outra metade, denominada “legítima”, é a reserva legal em favor dos herdeiros necessários⁵¹³.

Em virtude do princípio da isonomia entre os filhos, consagrado no artigo 227, § 6º, da Constituição brasileira, há igualdade de direitos hereditários entre todos os filhos, incluídos os adotivos. Por conseguinte, à vista da sucessão legítima, todos os filhos recebem partes iguais da herança, conforme determina o artigo 1.834 do Código Civil. É certo que também há lugar para a sucessão testamentária, na qual o autor da herança pode transferir maior percentual em favor de um filho, em prejuízo do outro, desde que respeitada a legítima.

Em contraposição, na falta de herdeiros necessários, é total a liberdade do testador, para deixar os respectivos bens às pessoas naturais ou jurídicas que desejar, por meio de testamento.

À vista do artigo 5º, inciso XXX, da Constituição brasileira, reforçado pelos artigos 1.822, 1.829 e 1.844 do Código Civil, a herança só é transferida para o domínio municipal ou distrital na eventualidade de o falecido não deixar descendentes, ascendentes, cônjuge ou companheiro, parentes colaterais até o quarto grau, nem testamento algum.

Com efeito, na falta de herdeiros legítimos, a herança é destinada ao Município ou ao Distrito Federal, tendo em vista a localização dos bens do acervo hereditário no Município ou no Distrito Federal; e na eventualidade da criação de território federal, os bens nele localizados serão destinados à União, tudo nos termos do artigo 1.844 do Código Civil brasileiro.

⁵¹³ De acordo, na jurisprudência: “Ante o princípio da intangibilidade da legítima da herança, é nula a disposição testamentária, em favor de legatários, que compromete, restringe, onera e/ou prive os herdeiros necessários da legítima legal prevista no art. 1.789 do CC/2002.” (Apelação n. 1.0145.03.082805-0/001, 1ª Câmara Cível do TJMG, Diário da Justiça de 16 de dezembro de 2005).

Por fim, o inciso XXXI do artigo 5º da Constituição prestigia a lei mais favorável aos sucessores. De fato, o preceito constitucional prestigia o direito sucessório estrangeiro mais benéfico ao cônjuge ou aos filhos brasileiros do falecido, em comparação com o direito brasileiro. Em resumo, a sucessão de estrangeiro com cônjuge e filhos brasileiros segue o disposto na lei mais favorável aos sucessores, ainda que seja a estrangeira.

25. DIREITOS DOS CONSUMIDORES

Em razão do crescimento populacional urbano a partir de meados do século passado, a denominada “sociedade de consumo” floresceu, com o igual fortalecimento das sociedades empresárias, com o surgimento das sociedades anônimas multinacionais. Como parte frágil da relação de consumo, o consumidor mereceu a proteção dos constituintes de 1987 e 1988, tanto no inciso XXXII do artigo 5º, quanto no inciso V do artigo 170 da Constituição brasileira. Daí a constitucionalidade dos preceitos legais que asseguram tratamento favorável ao consumidor, como a inversão do ônus da prova em processos movidos em face dos industriais, dos fabricantes e dos comerciantes em geral.

26. DIREITO À SEGURANÇA JURÍDICA

O inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição brasileira assegura o direito à segurança jurídica, ao proteger o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada em relação às leis futuras.

Por conseguinte, as leis supervenientes não podem alterar as sentenças judiciais transitadas em julgado, as quais são imutáveis e indiscutíveis, em virtude do instituto da coisa julgada ou caso julgado⁵¹⁴.

Os atos jurídicos, como contratos, licitações e concursos públicos, constituídos à luz de determinada legislação, também devem ser respeitados na eventualidade da superveniência de lei, a qual não pode desconsiderar nem modificar os atos jurídicos concluídos sob a vigência da legislação pretérita⁵¹⁵.

⁵¹⁴ Ressalvadas as exceções consubstanciadas na ação rescisória e na revisão criminal, institutos processuais-constitucionais que têm o condão de romper a coisa julgada.

⁵¹⁵ Em abono, vale conferir a Súmula Vinculante nº 1 aprovada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal: “Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar nº 110/2001”.

Por fim, os direitos adquiridos em razão do cumprimento de todas as exigências temporais, formais e substanciais previstas em determinada legislação passam a integrar o patrimônio jurídico das pessoas e podem ser exercidos até mesmo na eventualidade de revogação ou alteração da lei sob a qual foram constituídos.

27. DIREITO DE NÃO-CULPABILIDADE: PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

O inciso LVII do artigo 5º da Constituição brasileira estabelece que nenhuma pessoa será considerada culpada pela prática de delito senão após o trânsito em julgado da decisão penal condenatória. Daí a presunção da inocência das pessoas, a qual só é quebrada com a formação da coisa julgada da sentença penal condenatória. Só então é possível o lançamento do nome do condenado no rol dos culpados e a execução definitiva da pena imposta pelo juiz ou tribunal.

Após guinada de cento e oitenta graus, todavia, os Ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram que as penas impostas por condenações criminais em duas instâncias judiciárias já são passíveis de execução provisória, a despeito do cabimento de recursos para o Superior Tribunal de Justiça e para a Corte Suprema⁵¹⁶.

À evidência, houve a relativização do direito constitucional fundamental consagrado no inciso LVII do artigo 5º da Constituição brasileira, porquanto os condenados em processos criminais passaram a estar sujeitos à execução das penas antes mesmo do trânsito em julgado das respectivas decisões judiciárias condenatórias.

28. DIREITO DE NÃO-IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

Da pessoa “civilmente identificada” não pode ser exigida a identificação criminal. É a regra estabelecida no inciso LVIII do artigo 5º da Constituição de 1988, cujo advento tornou inaplicável a Súmula nº 568, aprovada no Supremo Tribunal Federal em 1976: “A identificação criminal não constitui

⁵¹⁶ Cf. HC nº 126292/SP, Pleno do STF, Diário da Justiça eletrônico de 16 de maio de 2016: “CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. *Habeas corpus* denegado.”.

constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente”⁵¹⁷.

A identificação civil é comprovada por meio de vários documentos, os quais estão arrolados no artigo 2º da Lei nº 12.037, de 2009, *in verbis*: “Art. 2º A identificação civil é atestada por qualquer dos seguintes documentos: I – carteira de identidade; II – carteira de trabalho; III – carteira profissional; IV – passaporte; V – carteira de identificação funcional; VI – outro documento público que permita a identificação do indiciado. Parágrafo único. Para as finalidades desta Lei, equiparam-se aos documentos de identificação civis os documentos de identificação militares”.

Não obstante, a regra da impossibilidade de identificação criminal de pessoa “civilmente identificada”, consagrada no inciso LVIII do artigo 5º da Constituição, enseja exceções, arroladas no artigo 3º da Lei nº 12.037, de 2009: “Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando: I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação; II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado; III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si; IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa; V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações; VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais”.

Por fim, quando for necessária a excepcional identificação criminal, a autoridade deve tomar todas as providências para evitar o constrangimento do identificado, conforme determina o artigo 4º da Lei nº 12.037, de 2009. Na eventualidade de abuso da autoridade, cabe indenização por dano moral, nos termos do artigo 5º, incisos V e X, da Constituição, além das penas previstas na Lei nº 4.898, de 1965.

⁵¹⁷ Em reforço, vale destacar que os Ministros da Corte Suprema já afastaram a incidência da Súmula nº 568 após o advento da Constituição de 1988: “II. Identificação criminal que não se justifica, no caso, após o advento da Constituição de 1988. Precedentes de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal. Recurso provido para determinar o cancelamento da identificação criminal do recorrente.” (RHC nº 66.471/SP, 2ª Turma do STF, Diário da Justiça de 31 de março de 1989).

29. DIREITO À ESTRITA LEGALIDADE PENAL

O direito à estrita legalidade penal reside no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição brasileira, com a consequente conclusão de que não há crime sem anterior previsão legal, nem há pena sem prévia cominação em lei⁵¹⁸.

A propósito da interpretação do vocábulo “lei” estampado no inciso XXXIX, trata-se de lei formal, isto é, norma jurídica aprovada no Poder Legislativo. Daí a impossibilidade de instituição de crimes e penas por meio de medida provisória e de lei delegada, porquanto são normas jurídicas originárias do Poder Executivo⁵¹⁹.

Ainda em virtude do direito à estrita legalidade penal, não há possibilidade da aplicação da analogia para fins de condenação criminal e de imposição de pena⁵²⁰.

Por conseguinte, na eventualidade do exercício ilegal da enfermagem ou da fisioterapia, a pessoa não pratica o crime nem está sujeita às penas previstas no artigo 282 do Código Penal brasileiro, que dispõe sobre o exercício ilegal das profissões de médico, dentista e farmacêutico, com a previsão de penas de detenção, de seis meses a dois anos, e multa, mas, sim, contravenção penal, nos termos do artigo 47 do Decreto-lei nº 3.688, de 1941, cuja pena é a prisão simples, de quinze dias a três meses.

⁵¹⁸ De acordo, na jurisprudência: “Isso a bem da norma constitucional de que ‘não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal’ (inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal), consagrada da legalidade especificamente penal.” (HC nº 92.399/RS, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça Eletrônico de 26 de agosto de 2010).

Outro exemplo, também colhido na jurisprudência: “DELITO INFORMÁTICO (CRIME DIGITAL): ‘INVASÃO DE DISPOSITIVO INFORMÁTICO’ (CP, ART. 154-A, ACRESCIDO PELA LEI Nº 12.737/2012) – FATO DELITUOSO ALEGADAMENTE COMETIDO, EM TERRITÓRIO AMERICANO (ESTADO DO TEXAS), EM 2011 – CONDUTA QUE, NO MOMENTO EM QUE PRATICADA (2011), AINDA NÃO SE REVESTIA DE TIPCIDADE PENAL NO ORDENAMENTO POSITIVO BRASILEIRO – O SIGNIFICADO JURÍDICO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI EM MATÉRIA DE TIPIFICAÇÃO E DE COMINAÇÃO PENAS (CF, ART. 5º, INCISO XXXIX) – ‘NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE PRAEVI A LEGE’” (PPE nº 732/DF, 2ª Turma do STF, Diário da Justiça eletrônico de 30 de janeiro de 2015).

⁵¹⁹ De acordo, na jurisprudência: “TIPO PENAL – NORMATIZAÇÃO. A existência de tipo penal pressupõe lei em sentido formal e material.” (HC nº 108.715/RJ, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça eletrônico de 28 de maio de 2014).

⁵²⁰ De acordo, na jurisprudência: “Não é possível abranger como criminosas condutas que não tenham pertinência em relação à conformação estrita do enunciado penal. Não se pode pretender a aplicação da analogia para abarcar hipótese não mencionada no dispositivo legal (*analogia in malam partem*). Deve-se adotar o fundamento constitucional do princípio da legalidade na esfera penal.” (INQ nº 1.145/PB, Pleno do STF, Diário da Justiça Eletrônico de 3 de abril de 2008).

30. DIREITO À IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA

O direito à irretroatividade da lei penal mais gravosa reside no inciso XL do artigo 5º da Constituição brasileira, com a consequente impossibilidade da aplicação retroativa de lei tipificadora de crime ou de majoração de pena.

Na verdade, apenas a lei penal mais favorável ao investigado, réu ou condenado é passível de aplicação retroativa⁵²¹.

31. DIREITO À INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A Constituição brasileira prevê as seguintes penas no inciso XLVI do artigo 5º: – privação ou restrição de liberdade; – perda de bens; – multa; – prestação social alternativa; – suspensão ou interdição de direitos; – e de morte, em caso de guerra declarada, para alguns crimes militares.

Em contraposição, o inciso XLVII do artigo 5º proíbe as seguintes penas: – perpétua; – de trabalhos forçados; – de banimento; – cruéis; – e de morte, salvo em caso de guerra declarada, para alguns crimes militares⁵²².

Em consequência da vedação de pena perpétua, o artigo 75 do Código Penal estabelece que o “tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos”. Na eventualidade de condenação “em penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo”. Não obstante, sobrevindo “condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido”.

Na fixação de uma ou mais penas previstas na Constituição e na legislação brasileiras, o juiz deve efetuar a individualização à luz da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do réu, além dos motivos, das circunstâncias e das consequências do crime, tudo nos termos do artigo 5º, XLVI, da Constituição e do artigo 59 do Código Penal.

Na esteira do inciso XLVI do artigo 5º da Constituição, o inciso XLVIII estabelece que as penas privativa e restritiva de liberdade devem ser cumpridas em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o

⁵²¹ De acordo, na jurisprudência: “6. A norma penal mais favorável aplica-se retroativamente, na forma do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal.” (HC nº 85.942/SP, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça Eletrônico de 29 de julho de 2011).

⁵²² Cf. artigo 84, inciso XIX, da Constituição brasileira, e artigos 55, 56 e 57 do Código Penal Militar brasileiro.

sexo do apenado. A propósito, vale conferir o artigo 37 do Código Penal: “Art. 37 - As mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal, bem como, no que couber, o disposto neste Capítulo”.

Ainda em relação às penas privativa e restritiva de liberdade, devem ser cumpridas com a observância dos seguintes critérios previstos no artigo 33 do Código Penal: “a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto”⁵²³.

Por oportuno, vale ressaltar que o condenado por crime contra a Administração Pública somente terá direito à progressão de regime do cumprimento da pena se efetuar a reparação do dano que causou ou a devolução do produto do ilícito praticado, com juros e correção monetária⁵²⁴.

Em harmonia com o inciso XLVI do artigo 5º da Constituição, o artigo 43 do Código Penal arrola as seguintes penas restritivas de direitos: – prestação pecuniária; – perda de bens e valores; – limitação de fim de semana; – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; – interdição temporária de direitos; – limitação de fim de semana.

Segundo o artigo 44 do Código Penal, as “penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente”.

⁵²³ Redação original. Não obstante, em virtude do advento do Novo Acordo Ortográfico, foi abolido o hífen no adjetivo “semiaberto”.

⁵²⁴ Cf. § 4º do artigo 33 do Código Penal, acrescentado por força da Lei nº 10.763, de 2003.

Ainda em relação às penas restritivas de direitos, são convertidas em pena privativa de liberdade na eventualidade de “descumprimento injustificado da restrição imposta”, nos termos do § 4º do artigo 44 do Código Penal.

Por fim, vale ressaltar que apenas as pessoas maiores de dezoito anos são passíveis de apenação, tendo em vista o disposto no artigo 228 da Constituição brasileira. A propósito, vale conferir o artigo 27 do Código Penal brasileiro: “Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”. Os menores de dezoito anos não são apenáveis, mas podem ser alcançados por medidas de proteção e medidas socioeducativas arroladas nos artigos 101 e 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

32. DIREITO À PESSOALIDADE DA PENA

À vista do inciso XLV do artigo 5º da Constituição brasileira, nenhuma pena pode passar da pessoa condenado, razão pela qual os ascendentes e descendentes do condenado não podem ser apenados por eventual crime do respectivo parente.

Não obstante, as penas de reparação de dano e de perdimento de bens podem ser estendidas aos sucessores do condenado, até o limite do valor do patrimônio transferido pelo falecido. Em reforço, vale conferir o disposto no artigo 8º da Lei nº 8.429, de 1992: “Art. 8º O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança”.

33. DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DOS PRESOS

O inciso LXIX do artigo 5º da Constituição brasileira assegura aos presos o direito à integridade física e moral.

No mesmo diapasão, vale conferir o artigo 38 do Código Penal: “Art. 38 - O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.

Para tanto, o Poder Judiciário pode “impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito

à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal⁵²⁵.

34. DIREITO À INDENIZAÇÃO POR ERRO JUDICIÁRIO

Na eventualidade de ocorrência de erro judiciário, o condenado tem direito à indenização prevista no artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição brasileira.

Em virtude do disposto no artigo 630, *caput* e §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal, a indenização pode ser fixada no julgamento proferido no processo de revisão criminal que implicar absolvição do condenado em decorrência de erro judiciário.

35. DIREITO AO SILÊNCIO

Em virtude do artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição brasileira, é assegurado o direito ao silêncio a todas as pessoas, até mesmo em processos penais em tramitação no Poder Judiciário⁵²⁶.

Com efeito, ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si, nem mesmo em comissões parlamentares de inquérito⁵²⁷.

Ademais, o silêncio não pode ser interpretado como confissão nem pode fundamentar condenação alguma, como bem revela o artigo 186 do Código de Processo Penal, *in verbis*: “Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

⁵²⁵ Cf. RE nº 592.581/RS, Pleno do STF, julgado no dia 13 de agosto de 2015.

⁵²⁶ De acordo, na jurisprudência: “- O exercício do direito ao silêncio, que se revela insuscetível de qualquer censura policial e/ou judicial, não pode ser desrespeitado nem desconsiderado pelos órgãos e agentes da persecução penal, porque a prática concreta dessa prerrogativa constitucional - além de não importar em confissão - jamais poderá ser interpretada em prejuízo da defesa. Precedentes.” (HC nº 99.289/RS, 2ª Turma do STF, Diário da Justiça Eletrônico de 3 de agosto de 2011).

⁵²⁷ De acordo, na jurisprudência: “PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - CPI. DIREITO AO SILÊNCIO. TESTEMUNHA. AUTO-ACUSAÇÃO. LIMINAR DEFERIDA PARA DESOBRIGAR A PACIENTE DA ASSINATURA DE TERMO DE COMPROMISSO. PREJUDICIALIDADE SUPERVENIENTE. I - É jurisprudência pacífica no Supremo Tribunal Federal a possibilidade do investigado ou acusado permanecer em silêncio, evitando-se a auto-incriminação. II - Liminar deferida para desobrigar a paciente da assinatura de Termo de Compromisso.” (HC nº 89.269/DF, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça de 15 de dezembro de 2006, p. 96).

36. DIREITO DE NÃO SER PRESO POR DÍVIDA CIVIL

À vista do proêmio do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição brasileira, é vedada a coerção física do devedor mediante prisão, na busca da satisfação das obrigações civis. Daí a regra da impossibilidade de prisão civil em razão de dívida.

Não obstante, há a excepcional possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos, a qual é autorizada na segunda parte do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição. Na verdade, é a única hipótese autorizada no Direito brasileiro, consagrada na Súmula nº 309 aprovada pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”. É o que também se infere da súmula nº 4 aprovada no Tribunal de Justiça do Pará: “A prisão civil de inadimplente de pensão alimentícia somente pode ser decretada tomando como base as três prestações em atraso anteriores ao ajuizamento da execução e as que forem devidas no decorrer do processo instaurado para esse fim”.

Por fim, a prisão civil também pode ser decretada com fundamento na Lei nº 11.804, de 2008, referente aos alimentos gravídicos, como bem revela o preciso Enunciado nº 521 aprovado na Quinta Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “Cabe prisão civil do devedor nos casos de não prestação de alimentos gravídicos estabelecidos com base na Lei nº 11.804/2008, inclusive deferidos em qualquer caso de tutela de urgência”.

37. DIREITO DE PERMANÊNCIA NO TERRITÓRIO NACIONAL: DIREITO DE NÃO SER EXTRADITADO

A extradição é a entrega de uma pessoa por um Estado soberano em favor de outro país, no qual aquela (pessoa) já está condenada ou é acusada de ter praticado alguma infração penal. Com efeito, a extradição consiste na entrega de uma pessoa acusada ou condenada por infração penal cometida em outro Estado soberano, cuja Justiça é competente para o julgamento e a punição do eventual condenado.

À vista do artigo 5º, incisos LI e LII, da Constituição de 1988, os brasileiros natos não podem ser extraditados. De fato, não é juridicamente possível a concessão de extradição de brasileiro nato em hipótese alguma⁵²⁸.

Já os brasileiros naturalizados podem ser extraditados, mas apenas em duas hipóteses: a) por condenação ou acusação devidamente comprovada em razão da prática de crime cometido antes da respectiva naturalização; b) por condenação ou acusação devidamente comprovada em razão de crime de tráfico de entorpecentes e drogas afins praticado antes ou depois da respectiva naturalização. Daí a conclusão: ainda que excepcionalmente, é possível a extradição de brasileiro, mas somente do naturalizado, desde que já condenado ou acusado por crime praticado antes da respectiva naturalização, ou em razão de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, hipótese na qual não importa se a naturalização ocorreu antes ou depois do cometimento da infração penal.

Em regra, portanto, a extradição atinge os estrangeiros. Não obstante, o estrangeiro não pode ser extraditado quando a acusação externa versar sobre fatos que configuram crime político ou de opinião, *ex vi* do artigo 5º, inciso LII, da Constituição brasileira. Sem dúvida, os estrangeiros acusados de fatos que se enquadram nos conceitos de crimes político ou de opinião segundo a legislação brasileira não podem ser extraditados⁵²⁹.

38. GARANTIA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL: ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO

O inciso XXXV do artigo 5º da Constituição brasileira versa sobre a inafastabilidade do controle jurisdicional. Com efeito, nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito pode ficar alheia ao controle jurisdicional, porquanto os constituintes de 1987 e 1988 consagraram o amplo acesso ao Poder Judiciário. Daí a possibilidade do acionamento do Poder Judiciário diante de lesões ou

⁵²⁸ Não obstante, a pessoa titular da nacionalidade brasileira originária que adquirir alguma nacionalidade estrangeira secundária, por meio de naturalização requerida em outro país, por livre vontade e sem justificativa alguma, perde a nacionalidade brasileira, por força do artigo 12 da Constituição de 1988, razão pela qual passa a ser estrangeira e, como tal, pode ser extraditada. Daí a conclusão: o brasileiro nato jamais pode ser extraditado; já quem foi brasileiro nato, mas hoje é estrangeiro, pode ser extraditado.

⁵²⁹ Crime político é definido à vista dos arts. 1º, 2º e 12 da Lei nº 7.170, de 1983: considera-se crime político o ato contrário à segurança, ao regime ou à soberania do Estado, influenciado por ideologia religiosa, econômica ou sociológica contraposta às vigentes no país.

ameaças cometidas por particulares ou por autoridades públicas administrativas, legislativas e judiciárias.

Nada impede, por exemplo, o acionamento do Poder Judiciário após o esgotamento das instâncias disponíveis na Administração Pública, porquanto as decisões administrativas estão sujeitas ao controle judicial, especialmente sob os prismas da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Não obstante, subsistem as restrições impostas pelos constituintes, como a limitação inserta no artigo 217 da Constituição brasileira, com o condicionamento ao acesso ao Poder Judiciário ao prévio esgotamento das instâncias administrativas da denominada “justiça desportiva”.

Por fim, vale ressaltar que a garantia do acesso ao Poder Judiciário prevista no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição é reforçada pelo inciso LXXIV, que consagra a garantia da assistência judiciária prestada pelo Estado em prol dos jurisdicionados sem condições financeiras para a contratação de advogados autônomos e para o custeio das despesas processuais, a fim de assegurar o amplo acesso ao Judiciário⁵³⁰.

39. GARANTIA DO JUIZ NATURAL

À vista dos incisos XXXVII e LIII do artigo 5º da Constituição brasileira, tanto a jurisdição quanto a competência do juízo ou tribunal devem ter sido estabelecidas antes do fato imputado a alguém: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”⁵³¹.

⁵³⁰ De acordo, na jurisprudência: “- CONSTITUCIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. Lei 1.060, de 1950. C.F., art. 5º, LXXIV. I. - A garantia do art. 5º, LXXIV -- assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos -- não revogou a de assistência judiciária gratuita da Lei 1.060, de 1950, aos necessitados, certo que, para obtenção desta, basta a declaração, feita pelo próprio interessado, de que a sua situação econômica não permite vir a Juízo sem prejuízo da sua manutenção ou de sua família. Essa norma infraconstitucional põe-se, ademais, dentro no espírito da Constituição, que deseja que seja facilitado o acesso de todos à Justiça (C.F., art. 5º, XXXV).” (RE nº 205.746/RS, 2ª Turma do STF, Diário da Justiça de 28 de fevereiro de 1997, p. 4.080).

⁵³¹ Assim, na jurisprudência: “O POSTULADO DO JUIZ NATURAL REPRESENTA GARANTIA CONSTITUCIONAL INDISPONÍVEL, ASSEGURADA A QUALQUER RÉU, EM SEDE DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO QUANDO INSTAURADA PERANTE A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. - É irrecusável, em nosso sistema de direito constitucional positivo - considerado o princípio do juiz natural -, que ninguém poderá ser privado de sua liberdade senão mediante julgamento pela autoridade judiciária competente. Nenhuma pessoa, em conseqüência, poderá ser subtraída ao seu juiz natural. A nova Constituição do Brasil, ao proclamar as liberdades públicas - que representam limitações expressivas aos poderes do Estado -, consagrou, de modo explícito, o postulado fundamental do juiz natural. O art. 5º, LIII, da Carta Política prescreve que ‘ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente’.” (HC nº 83.003/RS, 2ª Turma do STF, Diário da Justiça eletrônico nº 74, publicado em 25 de abril de 2008).

São vedados, portanto, juízos e tribunais de exceção, ou seja, constituídos após determinado fato, para o processamento e o julgamento dos investigados e acusados.

40. GARANTIA DO JÚRI: JULGAMENTO POR IGUAIS

O inciso XXXVIII do artigo 5º da Constituição brasileira consagra o júri, órgão judiciário colegiado integrado por jurados, cidadãos comuns, iguais ao acusado, com competência para o julgamento de crimes dolosos contra a vida, em processo marcado pela plenitude da defesa, pelo sigilo das votações dos jurados e pela soberania dos veredictos.

Em virtude da plenitude de defesa, se o réu não constituir advogado para apresentar resposta em seu favor, caberá ao juiz nomear defensor em prol do acusado. O defensor nomeado pelo juiz deverá apresentar resposta escrita em favor do réu. À evidência, ainda que o acusado não contrate advogado para patrocinar a respectiva defesa, subsiste o direito de apresentação de resposta, subscrita pelo defensor nomeado pelo juiz.

Outro exemplo da plenitude de defesa reside no artigo 456 do Código de Processo Penal brasileiro: na eventualidade de o advogado do acusado não comparecer à sessão do júri, o juiz deve adiar o julgamento, designar nova data e determinar a intimação da Defensoria Pública, a fim de proporcionar ao réu defesa técnica na sessão de julgamento.

No mesmo diapasão, se o juiz entender que o advogado contratado pelo acusado ou o defensor nomeado não faz jus ao patrocínio da causa, por inércia, desídia ou imperícia, compete-lhe nomear outro defensor em prol do réu, dissolver o Conselho de Sentença e designar novo dia para o julgamento, tudo a fim de assegurar ao acusado a plenitude de defesa.

Ainda em virtude da plenitude de defesa, tanto a decisão de pronúncia do acusado quanto a sentença condenatória do réu são impugnáveis mediante recursos processuais e também por ações constitucionais, como o *habeas corpus* e a revisão criminal.

No que tange à competência do júri, os crimes contra a vida estão arrolados nos artigos 121 a 128 do Código Penal brasileiro, quais sejam: o

homicídio; o feminicídio; o infanticídio; o aborto; e o induzimento, a instigação ou o auxílio a suicídio.

Vale ressaltar que apenas os crimes dolosos contra a vida são da competência do júri, e não os culposos. Doloso é o crime intencional, “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”, nos termos do artigo 18, inciso I, do Código Penal brasileiro. Por conseguinte, o homicídio culposo, decorrente de imprudência, negligência ou imperícia do agente, não é da competência do júri.

Quanto ao crime de latrocínio, no qual a morte resulta de roubo, também não é da competência do júri, conforme revela a Súmula nº 603 aprovada no Supremo Tribunal Federal: “A competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do tribunal do júri”.

Em contraposição, os crimes conexos – com o homicídio, o feminicídio, o infanticídio, o induzimento, a instigação ou o auxílio ao suicídio e o aborto dolosos – também são da competência do júri. Por conseguinte, se após o homicídio doloso o agente ocultar o cadáver, ambos os crimes serão julgados em processo da competência do júri.

Ainda a respeito da competência, não só os crimes consumados são processados e julgados no júri. Com efeito, a tentativa de crime doloso contra a vida também enseja processo penal da competência do júri.

No que tange à composição, o artigo 447 do Código de Processo Penal brasileiro revela que o júri é constituído por um juiz togado, na qualidade de presidente, e vinte e cinco jurados, dos quais apenas sete sorteados compõem o Conselho de Sentença e participam efetivamente do julgamento e das votações, nos termos dos artigos 486 a 489 daquele diploma legal.

Para tanto, cabe ao juiz presidente realizar alistamento anual de cidadãos de notória idoneidade e que sejam maiores de dezoito anos, para integrarem a lista geral dos jurados. Por força do artigo 436 do Código de Processo Penal, o “serviço do júri é obrigatório”, razão pela qual a recusa injustificada enseja aplicação de multa, “no valor de 1 (um) a 10 (dez) salários mínimos, a critério do juiz, de acordo com a condição econômica do jurado”. Na eventualidade de recusa ao serviço do júri fundada em convicção religiosa, filosófica ou política, o cidadão tem o dever de prestar serviço alternativo fixado pelo juiz, “sob pena de

suspensão dos direitos políticos, enquanto não prestar o serviço imposto”, nos termos do artigo 438 daquele diploma.

Em virtude do artigo 439 do Código de Processo Penal, o exercício efetivo da função de jurado é considerado serviço público relevante e gera presunção de idoneidade moral. Por conseguinte, nenhum desconto pode ser feito no salário do jurado intimado a comparecer à sessão do júri. O jurado também é beneficiário de prisão especial, caso pratique algum crime, nos termos do artigo 295, inciso X, daquele diploma⁵³².

A teor do artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “b”, da Constituição brasileira, as votações realizadas no júri são sigilosas, em prol da segurança dos jurados. Para tanto, há a incomunicabilidade dos jurados sorteados para o Conselho de Sentença e a vedação de manifestação de opinião sobre o processo antes e durante as votações. Para preservar o sigilo, os jurados apenas expressam suas decisões por meio do voto depositado na urna especial, na sala secreta, quando cada jurado escolhe, dobra e deposita na urna especial uma das duas cédulas, feitas de papel opaco, com as palavras “sim” e “não”, e na outra urna de descarte, deposita as cédulas remanescentes não utilizadas na votação, tudo nos termos dos artigos 486 e 487 do Código de Processo Penal⁵³³.

Após as votações dos jurados, o juiz presidente faz a conferência pública das cédulas e, à vista da maioria de votos, profere a sentença, de acordo com o disposto nos artigos 488, 489, 491 e 492 do Código de Processo Penal.

Por força da soberania dos veredictos, a sentença proferida pelo juiz presidente deve refletir as decisões tomadas pela maioria dos jurados. Com efeito, o instituto do júri confere ao acusado o direito de ser julgado por iguais, vale dizer, por cidadãos comuns, e não por magistrados togados integrantes da elite social. Deve o juiz presidente, portanto, exarar sentença em perfeita harmonia com os veredictos dos jurados, independentemente da sua convicção pessoal sobre os fatos, as provas e o Direito aplicável ao caso.

⁵³² “Art. 295. Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva: *omissis*; X - os cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função;”.

⁵³³ “Art. 486. Antes de proceder-se à votação de cada quesito, o juiz presidente mandará distribuir aos jurados pequenas cédulas, feitas de papel opaco e facilmente dobráveis, contendo 7 (sete) delas a palavra *sim*, 7 (sete) a palavra *não*. Art. 487. Para assegurar o sigilo do voto, o oficial de justiça recolherá em urnas separadas as cédulas correspondentes aos votos e as não utilizadas”.

Por fim, é importante ressaltar que o júri é um instrumento da cidadania, porquanto confere aos cidadãos uma importante atribuição do Estado, qual seja, a jurisdição, isto é, dizer o Direito aplicável aos litígios, aos casos concretos. A propósito, há países em que a regra é o processamento e o julgamento por júri tanto dos crimes quanto das causas cíveis, como ocorre nos Estados Unidos da América⁵³⁴.

41. GARANTIA DA PUBLICIDADE DOS JULGAMENTOS

À vista dos artigos 5º, inciso LX, e 93, inciso IX, ambos da Constituição brasileira, os julgamentos do Poder Judiciário devem ser públicos, com as portas abertas ao público em geral⁵³⁵.

Não obstante, ambos os preceitos constitucionais ressalvam hipóteses excepcionais, nas quais a lei pode impedir a presença de terceiros alheios ao julgamento, a fim de preservar a intimidade da vida privada, como nos processos referentes a causas de família, em respeito ao direito à intimidade consagrado no inciso X do artigo 5º da Constituição brasileira.

42. GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Por força do inciso LIV do artigo 5º da Constituição de 1988, ninguém pode ser privado da sua liberdade e do seu patrimônio sem prévio processo judicial. Daí a razão para a existência do processo de desapropriação, por meio do qual uma pessoa jurídica de direito público interno, como a União, Estado-membro, Município ou o Distrito Federal, passa a ser a nova proprietária do imóvel particular, após prévio processo judicial, com o pagamento de indenização.

⁵³⁴ É o que dispõe a Emenda nº 7 à Constituição dos Estados Unidos: “Nos processos de direito consuetudinário, quando o valor da causa exceder vinte dólares, será garantido o direito de julgamento por júri, cuja decisão não poderá ser revista por qualquer tribunal dos Estados Unidos senão de acordo com as regras do direito costumeiro”.

⁵³⁵ De acordo, na jurisprudência: “PROCESSUAL PENAL MILITAR. ART. 118, § 3º, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. PUBLICIDADE. MOTIVAÇÃO. ARTS. 5º, LX, E 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OFENSA. INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. I - O art. 118, § 3º, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar afronta as garantias constitucionais da motivação e da publicidade dos pronunciamentos judiciais. II - Declarada a inconstitucionalidade do dispositivo regimental. III - Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE nº 575.144/DF, Pleno do STF, Diário da Justiça eletrônico nº 35, publicado em 20 de fevereiro de 2009).

43. GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

O inciso LV do artigo 5º da Constituição brasileira garante o contraditório, à vista do qual os litigantes devem ter oportunidade de ciência de todos os atos e termos do processo, bem como a possibilidade de manifestação contrária em relação às alegações e decisões proferidas.

O mesmo inciso LV do artigo 5º da Constituição também garante a ampla defesa aos litigantes nos processos em geral, com a possibilidade da utilização de todas as contestações e impugnações disponíveis na legislação brasileira.

A título de exemplo da correta aplicação do dispositivo constitucional sob comento, vale conferir a Súmula nº 8 aprovada no Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, *in verbis*: “A ausência de citação do eleitor para apresentar defesa nos processos de duplicidade de filiação acarreta a nulidade do feito (art. 5º, LV, da Constituição da República)”. Outro preciso exemplo consta da Súmula nº 13 aprovada no Tribunal de Justiça do Ceará: “É nula a citação por edital, quando não demonstrado nos autos que o oficial de justiça teria empreendido todos os esforços para encontrar o citando nos endereços constantes do mandado, ante a violação às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa”.

44. GARANTIA DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

O inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição consagra a garantia da assistência judiciária prestada pelo Estado em prol dos jurisdicionados sem condições financeiras para a contratação de advogados autônomos e para o custeio das despesas processuais, como as perícias^{536,537}.

⁵³⁶ Cf. artigo 3º da Lei nº 1.060, de 1950: “Art. 3º. A assistência judiciária compreende as seguintes isenções: I - das taxas judiciárias e dos selos; II - dos emolumentos e custas devidos aos Juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça; III - das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais; IV - das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados; V - dos honorários de advogado e peritos. VI – das despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade; VII – dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório”.

⁵³⁷ De acordo, na jurisprudência: “- CONSTITUCIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. Lei 1.060, de 1950. C.F., art. 5º, LXXIV. I. - A garantia do art. 5º, LXXIV -- assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos -- não revogou a de assistência judiciária gratuita da Lei 1.060, de 1950, aos necessitados, certo que, para obtenção desta, basta a declaração, feita pelo próprio interessado, de que a sua situação econômica não permite vir a Juízo sem prejuízo da sua manutenção ou de sua família. Essa norma infraconstitucional põe-se, ademais, dentro no espírito da Constituição, que deseja que seja facilitado o acesso de todos à Justiça (C.F., art. 5º, XXXV).” (RE nº 205.746/RS, 2ª Turma do STF, Diário da Justiça de 28 de fevereiro de 1997, p. 4.080).

A garantia da assistência judiciária é um instrumento jurídico-constitucional de concretização do direito à igualdade, sob o prisma real, substancial, porquanto visa a assegurar o acesso ao Judiciário em favor dos hipossuficientes.

45. GARANTIA DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DOS PROCESSOS

À vista do inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição brasileira, os jurisdicionados têm a garantia da razoável duração do processo em tramitação no Poder Judiciário, com a prestação da tutela jurisdicional de forma tempestiva⁵³⁸.

Ademais, a garantia da razoável duração do processo também alcança os denominados “processos administrativos” em tramitação nos órgãos do Poder Executivo e da Administração indireta, disciplinares ou não.

46. GARANTIA DO MANDADO DE SEGURANÇA

A Constituição brasileira contém muitos dispositivos específicos sobre o mandado de segurança: artigo 5º, incisos LXIX e LXX; artigo 102, inciso I, alínea “d”, e inciso II, alínea “a”; artigo 105, inciso I, alínea “b”, e inciso II, alínea “b”; artigo 108, inciso I, alínea “c”; artigo 109, inciso VIII.

O mandado de segurança é a ação judicial de estatura constitucional que pode ser movida por qualquer pessoa física ou jurídica, no prazo decadencial de cento e vinte dias, para a impugnação de atos comissivos e omissivos ilegais ou abusivos das autoridades públicas em geral e até mesmo de particulares no exercício de atribuições públicas, mediante procedimento especial marcado pela celeridade e pela produção apenas de prova apenas documental, sempre que a

⁵³⁸ Assim, na jurisprudência: “*HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. DEMORA NO JULGAMENTO DE *HABEAS CORPUS* PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EXCESSO INJUSTIFICADO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. AFRONTA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. É direito público subjetivo do Paciente que o julgamento de *habeas corpus* impetrado no Superior Tribunal de Justiça ocorra num prazo razoável. O reconhecimento da razoabilidade reclama o exame pormenorizado das peculiaridades que envolvem a situação, não havendo meios de se estabelecer, aprioristicamente, um prazo definido para a totalidade dos casos. Precedentes. 2. A determinação ao Superior Tribunal de Justiça para que aprecie *habeas corpus* deve ocorrer em situações excepcionais, caracterizadas por uma injustificável dilação, evitando que se estabeleça um critério discriminatório na ordem de julgamentos daquela instância. Precedente. 3. A inexistência de justificativa plausível para a excessiva demora na realização do julgamento de mérito do *habeas corpus* impetrado no Superior Tribunal de Justiça configura constrangimento ilegal por descumprimento da norma constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição da República), viabilizando, excepcionalmente, a concessão de *habeas corpus*.” (HC nº 102.818/PE, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça Eletrônico de 10 de agosto de 2011).

omissão e o ato comissivo contaminados por ilegalidade ou abuso de poder não puderem ser impugnados por outra via processual específica, como o *habeas data*, o *habeas corpus*, a ação popular, por exemplo.

Como já ressaltado, a celeridade processual é importante atributo do mandado de segurança, em virtude da possibilidade da prestação jurisdicional liminar, da preferência legal no julgamento definitivo e na imediata execução da ordem judicial por meio de ofício, conforme se infere dos artigos 7º, inciso III, 13 e 20 da Lei nº 12.016, de 2009.

Por ser uma garantia constitucional expedita, o mandado de segurança deve ser impetrado dentro do prazo legal de cento e vinte dias, contados a partir da publicidade do ato lesivo. Nos casos de ameaça e de omissão por parte de autoridade pública, a possibilidade da impetração é renovada a cada ameaça ou omissão, o que permite o acionamento do mandado de segurança sem limitação de tempo.

O mandado de segurança foi inicialmente idealizado contra os atos da Administração Pública, para que o particular tivesse uma via processual expedita para impugnar os atos do Poder Executivo. Não obstante, como não há restrição alguma na Constituição e na legislação de regência acerca da natureza da autoridade pública, não há dúvida de que, além dos atos provenientes do Poder Executivo, os atos dos Poderes Judiciário e Legislativo também podem ser impugnados mediante mandado de segurança, desde que não exista via processual específica no ordenamento jurídico. Daí as conclusões: o mandado de segurança tem como alvo atos comissivo e omissivo das autoridades públicas e delegadas, que impliquem lesão ou ameaça a direito, sem proteção por outra via processual específica; em contraposição, se o ato lesivo ou intimidador da autoridade pública ou delegada puder ser impugnado por outra via processual, não há admissibilidade de mandado de segurança.

Vale ressaltar que o mandado de segurança pode ser individual e coletivo, conforme a lesão ou a ameaça prejudique uma, algumas ou um grupo de pessoas, naturais ou jurídicas. O mandado de segurança individual é adequado para impugnar ato comissivo ou omissivo que prejudique uma ou algumas pessoas, as quais podem acionar o Poder Judiciário em nome próprio, para a defesa dos respectivos direitos subjetivos. Não obstante, se o ato implicar lesão ou ameaça a direito de um grupo de pessoas, uma coletividade, além do

acionamento do mandado de segurança por cada indivíduo, os partidos políticos, as organizações sindicais, as entidades de classe e as associações civis podem impetrar mandado de segurança coletivo, “em defesa dos interesses dos seus membros ou associados”, nos termos do inciso LXX do artigo 5º da Constituição brasileira. Em abono, merecem ser prestigiadas as Súmulas nºs 629 e 630 aprovadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal: “A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes”. “A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria”.

Por fim, na eventualidade de não cumprimento de decisões judiciais proferidas em processo de mandado de segurança, individual ou coletivo, há crime de desobediência por parte das autoridades públicas e dos agentes administrativos, sob as penas previstas no artigo 330 do Código Penal brasileiro, sem prejuízo das sanções políticas e administrativas cabíveis, tudo nos termos do artigo 26 da Lei nº 12.016, de 2009. De fato, o descumprimento por parte de alta autoridade pública executiva, como Presidente da República, Vice-Presidente, Ministros de Estado, Governador, Vice-Governador, Secretários de Estado, Prefeito e Vice-Prefeito, por exemplo, enseja até mesmo *impeachment*.

47. GARANTIA DA AÇÃO POPULAR

A ação popular, consagrada no artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição brasileira, é a garantia fundamental conferida aos cidadãos para o acionamento do Poder Judiciário, na busca da anulação de atos administrativos comissivos e omissivos que sejam lesivos ao patrimônio público em geral, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, e a condenação das autoridades públicas, dos agentes administrativos e também dos beneficiados pelos atos lesivos, ao ressarcimento dos cofres públicos, em prol da pessoa jurídica lesada: União, Estado-membro, Município, Distrito Federal e as respectivas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.

À vista do dispositivo constitucional de regência do instituto, a ação popular pode ser proposta por qualquer cidadão. Cidadão é a pessoa natural titular de direitos políticos, ou seja, o eleitor.

Não basta, portanto, que a pessoa seja titular da nacionalidade brasileira, já que o inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição de 1988 exige mais do que a nacionalidade, ou seja, a cidadania, a qual é alcançada quando a pessoa realiza o alistamento eleitoral. Daí a necessidade de a petição inicial da ação popular ser instruída com prova documental atinente ao regular alistamento perante a Justiça Eleitoral, mediante o título eleitoral ou a respectiva certidão. Comprovada a cidadania por meio do título eleitoral ou da respectiva certidão proveniente da Justiça Eleitoral, está demonstrada a legitimidade do autor da ação popular⁵³⁹.

Por conseguinte, os brasileiros que não são eleitores e as pessoas jurídicas – tanto as de direito privado quanto as de direito público – não têm legitimidade para acionar o Poder Judiciário mediante ação popular. No que tange à vedação às pessoas jurídicas em geral, merece ser prestigiada a Súmula nº 365 aprovada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal: “Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular”. Daí a impossibilidade do acionamento por partido político, pessoa jurídica de direito privado, nos termos do § 2º do artigo 17 da Constituição brasileira e do inciso V do artigo 44 do Código Civil, porquanto a ação popular é uma garantia privativa do cidadão.

Por fim, vale ressaltar que o artigo 21 da Lei nº 4.717, de 1965, estabelece que a ação popular deve ser proposta dentro do prazo de cinco anos, sob pena de prescrição.

48. GARANTIA DO *HABEAS DATA*

O *habeas data*, consagrado nos incisos LXXII e LXXVII do artigo 5º da Constituição de 1988, é a garantia constitucional adequada para a obtenção de informações pessoais existentes nos arquivos públicos ou disponíveis ao público em geral, bem assim para a retificação e para a complementação dos dados pessoais existentes nos registros⁵⁴⁰.

⁵³⁹ Cf. artigo 1º, § 3º, da Lei nº 4.717, de 1965.

⁵⁴⁰ De acordo, na jurisprudência: “- O *habeas data* configura remédio jurídico-processual, de natureza constitucional, que se destina a garantir, em favor da pessoa interessada, o exercício de pretensão jurídica discernível em seu tríplice aspecto: (a) direito de acesso aos registros; (b) direito de retificação dos registros e (c) direito de complementação dos registros. - Trata-se de relevante instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, a qual representa, no plano institucional, a mais expressiva reação jurídica do Estado às situações que lesam, efetiva ou potencialmente, os direitos fundamentais da pessoa, quaisquer que sejam as dimensões em que estes se projetem.” (RHD nº 22/DF, Pleno do STF, Diário da Justiça de 1º de setembro de 1995, p. 27.378).

Por oportuno, vale conferir um exemplo de admissibilidade da via em exame: "O *habeas data* é garantia constitucional adequada para a obtenção, pelo próprio contribuinte, de informações concernentes ao pagamento de tributos constantes de sistemas informatizados de apoio à arrecadação dos órgãos da administração fazendária dos entes estatais"⁵⁴¹.

Como já estudado, os incisos XIV, XXXIII e XXXIV do artigo 5º da Constituição brasileira consagram a regra do acesso às informações de "seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral", e o consequente direito à obtenção de certidão nas repartições públicas em geral, no prazo legal, "independentemente do pagamento de taxas", para a posterior defesa de direitos pessoais e da sociedade em geral. Resta saber qual é a garantia adequada na eventualidade de recusa ou omissão intempestiva em relação à expedição de certidão, bem como na hipótese de recusa ou omissão intempestiva acerca da prestação de informações de interesse coletivo ou geral.

Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, a garantia adequada não é o *habeas data*, porquanto o instituto tem como escopo apenas o acesso, retificação e complementação das informações de natureza pessoal existentes nos arquivos e bancos de dados públicos ou disponíveis ao público em geral. Não serve, portanto, o *habeas data*, para a obtenção de certidões, ainda que destinadas a assuntos de interesse particular, muito menos para a prestação de informações e a expedição de certidões de interesse coletivo. Por exemplo, diante de recusa ou de omissão intempestiva, o discente que conhece o respectivo histórico escolar e deseja a extração de certidão de inteiro teor subscrita pela autoridade competente da faculdade ou universidade na qual está matriculado não dispõe de *habeas data*, mas, sim, de mandado de segurança, tendo em vista a combinação dos incisos LXIX e LXXII do artigo 5º da Constituição Federal. Daí a conclusão: os direitos consagrados nos incisos XIV, XXXIII e XXXIV do artigo 5º da Constituição são assegurados mediante mandado de segurança, cabível nas hipóteses que extrapolam o estreito campo de incidência do *habeas data*.

O *habeas data* é ação de natureza personalíssima, razão pela qual a garantia só pode versar sobre dados relativos ao impetrado ou, quando muito,

⁵⁴¹ Cf. RE nº 673.707/MG, Pleno do STF, unânime, julgamento em 17 de junho de 2015.

da respectiva família. É inadmissível, portanto, para obter informações acerca de terceira pessoa⁵⁴².

Por fim, o inciso LXXVII do artigo 5º da Constituição estabelece que a garantia do *habeas data* é gratuita, de modo que não há possibilidade de exigência de custas judiciais para a impetração, o processamento e o julgamento de *habeas data*.

49. GARANTIA DO *HABEAS CORPUS*

Consagrado nos incisos LXVIII e LXXVII do artigo 5º da Constituição de 1988, o *habeas corpus* é a ação constitucional adequada para garantir o direito de locomoção das pessoas, quando o direito de ir e vir estiver ameaçado ou for obstado por ato ilegal ou abusivo.

A única exceção em relação ao cabimento do *habeas corpus* reside no § 2º do artigo 142 da Constituição Federal, *in verbis*: “Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares”. Não obstante, à vista das interpretações histórica, sistemática e teleológica, o Supremo Tribunal Federal mitigou a vedação constitucional, para admitir o *habeas corpus* em algumas hipóteses⁵⁴³.

Por fim, o inciso LXXVII do artigo 5º estabelece que a ação de *habeas corpus* é gratuita. Daí a impossibilidade de cobrança de custas judiciais para a impetração, o processamento e o julgamento do *habeas corpus*.

50. GARANTIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO

A garantia do mandado de injunção está consagrada no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição brasileira. O mandado de injunção é a ação constitucional adequada para que o Poder Judiciário regulamente o exercício de direito

⁵⁴² De acordo, na jurisprudência: “2. O *habeas data* não se presta para solicitar informações relativas a terceiros, pois, nos termos do inciso LXXII do art. 5º da Constituição da República, sua impetração deve ter por objetivo ‘assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante’.” (HD nº 87/DF – AgRg, Pleno do STF, Diário da Justiça eletrônico de 4 de fevereiro de 2010).

⁵⁴³ “- O entendimento relativo ao § 2º do artigo 153 da Emenda Constitucional nº 1/69, segundo o qual o princípio, de que nas transgressões disciplinares não cabia *habeas corpus*, não impedia que se examinasse, nele, a ocorrência dos quatro pressupostos de legalidade dessas transgressões (a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado à função e a pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente), continua válido para o disposto no § 2º do artigo 142 da atual Constituição que é apenas mais restritivo quanto ao âmbito dessas transgressões disciplinares, pois a limita às de natureza militar. *Habeas corpus* deferido para que o S.T.J. julgue o *writ* que foi impetrado perante ele, afastada a preliminar do seu não-cabimento. Manutenção da liminar deferida no presente *habeas corpus* até que o relator daquele possa apreciá-la, para mantê-la ou não.” (HC nº 70.648/RJ, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça de 4 de março de 1994, p. 3.289).

constitucional para o caso concreto, após constatar a mora legislativa, administrativa ou judiciária na regulamentação de preceito constitucional de eficácia limitada ou reduzida.

Em virtude do disposto no artigo 102, inciso I, alínea “q”, da Constituição de 1988, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os mandados de injunção quando a demora na regulamentação de preceito constitucional for do Congresso Nacional, de alguma das respectivas Casas Legislativas, da Presidência da República, dos Tribunais Superiores ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

CAPÍTULO VII

DIREITOS POLÍTICOS OU DIREITOS DA CIDADANIA

1. DIREITOS POLÍTICOS OU DIREITOS DA CIDADANIA: CONCEITO

Direitos políticos são os direitos fundamentais relativos à cidadania, assim entendidos como as atribuições e faculdades conferidas em prol dos cidadãos para o exercício da soberania popular, como a possibilidade de fiscalização e de participação tanto na gestão quanto nas decisões estatais.

A propósito, o artigo 38 da Lei nº 818, de 1949, contém breve conceito: “São direitos políticos aqueles que a Constituição e as Leis atribuem a brasileiros, precipuamente o de votar e ser votado”. Mais completa e precisa, todavia, é a conceituação encontrada na doutrina: “Direitos Políticos ou Direitos da Cidadania: o conjunto dos direitos atribuídos ao cidadão, que lhe permite, através do voto, do exercício de cargos públicos ou da utilização de outros instrumentos constitucionais e legais, ter efetiva participação e influência nas atividades de governo”⁵⁴⁴.

Ainda a respeito do tema, vale ressaltar que cidadania e nacionalidade não são conceitos sinônimos. A nacionalidade diz respeito aos brasileiros em geral; já a cidadania é exclusiva dos titulares de direitos políticos no Brasil. Por exemplo, os brasileiros menores absolutamente incapazes e os recrutas são nacionais, mas não são cidadãos⁵⁴⁵⁻⁵⁴⁶.

Por outro lado, há um caso excepcional de cidadão que não é nacional: o português equiparado, nos termos do § 1º do artigo 12 da Constituição brasileira: “§ 1º Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao

⁵⁴⁴ Teori Albino Zavascki. Direitos políticos: perda, suspensão e controle jurisdicional. Resenha Eleitoral: nova série, Florianópolis, v. 2, mar. 1995, p. 42.

⁵⁴⁵ Brasileiros menores absolutamente incapazes são os brasileiros com menos de dezesseis anos. Os relativamente capazes são os com idade entre dezesseis e menos de dezoito anos. A partir dos dezoito anos, há a capacidade plena, ressalvadas as exceções constitucionais e legais, como, por exemplo, os recrutas, no plano eleitoral, e as pessoas interditas em razão de senilidade ou de doença impeditiva do exercício das faculdades mentais, para todos os fins: civis, penais, eleitorais.

⁵⁴⁶ Em abono, vale conferir o disposto no primeiro número do Boletim Informativo da Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral: “O estrangeiro e o conscrito não podem se alistar. Considera-se conscrito quem estiver prestando serviço militar obrigatório, o que inclui matriculados nos órgãos de formação de reserva, médicos, dentistas, farmacêuticos e veterinários que prestam serviço militar inicial obrigatório. No caso de o conscrito já estar alistado, ele deverá ficar impedido de votar (Res. 15.072/1989 e Res. 20.165/1998). Destaque-se que a inalistabilidade é fator impeditivo do exercício da cidadania.” (Boletim Informativo nº 1, de 7 de março de 2014, p. 3).

brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição”. Daí a conclusão: nacionalidade e cidadania não são termos sinônimos, da mesma forma que os direitos da nacionalidade não se confundem com os direitos da cidadania, vale dizer, com os direitos políticos.

2. PRECEITOS CONSTITUCIONAIS DE REGÊNCIA DOS DIREITOS POLÍTICOS E MEIOS DE EXERCÍCIO DA CIDADANIA

O artigo 14 da Constituição brasileira é o principal preceito de regência dos direitos políticos: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular”.

Além dos direitos políticos consagrados no *caput* e nos incisos do artigo 14 da Constituição, também há direitos da cidadania insertos no artigo 5º, inciso LXXIII (propositura de ação popular), no artigo 17 (participação em partidos políticos), no artigo 74, § 2º (legitimidade para denunciar irregularidades e ilegalidades no Tribunal de Contas da União), no artigo 89, inciso VII (participação no Conselho da República), no artigo 103-B, inciso XIII (participação no Conselho Nacional de Justiça), no artigo 130-A, inciso VI (participação no Conselho Nacional do Ministério Público).

São muitos, portanto, os preceitos constitucionais de regência dos direitos políticos, com a consagração de vários instrumentos jurídicos em prol do exercício da cidadania.

3. DIREITO DE SUFRÁGIO

3.1. CONCEITO

O direito de sufrágio é o principal direito político, porque engloba o direito de votar (capacidade eleitoral ativa) e o direito de ser votado (capacidade eleitoral passiva), os quais asseguram a participação dos cidadãos nas decisões do Estado e na escolha dos respectivos governantes⁵⁴⁷.

O direito de sufrágio consta do *caput* do artigo 14 da Constituição brasileira, preceito que também estabelece a exigência de que seja universal,

⁵⁴⁷ *Lato sensu*: presidente, governador, prefeito etc.

isto é, acessível aos nacionais em geral e aos portugueses equiparados, desde que cumpridas as exigências constitucionais materiais, como os pisos etários mínimos, e formais, como o alistamento eleitoral.

3.2. MODALIDADES DO DIREITO DE SUFRÁGIO: VOTAR E SER VOTADO EM ELEIÇÃO, PLEBISCITO E REFERENDO

Os direitos de votar e de ser votado nos pleitos eleitorais são os principais tipos de direito de sufrágio. Sem dúvida, os direitos de votar e de ser votado nas eleições para a escolha dos cidadãos beneficiários de mandatos executivos e legislativos nas esferas federal, estadual, distrital e municipal são os mais importantes exemplos do direito de sufrágio.

Não obstante, o plebiscito e o referendo também são modalidades do direito de sufrágio e, por consequência, do exercício da soberania popular. De fato, a combinação do *caput* com os incisos I e II do artigo 14 da Constituição brasileira revela que a soberania popular também é exercida mediante plebiscito e referendo, “nos termos da lei”.

Após a superveniência da Lei nº 9.709, de 1998, diploma que regulamentou o artigo 14 da Constituição, os conceitos de plebiscito e de referendo deixaram de ser apenas doutrinários e passaram a ser também legais, consoante o disposto no artigo 2º: “Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa”.

Já a distinção entre os institutos reside nos §§ 1º e 2º do mesmo artigo 2º da Lei nº 9.709, de 1998: “O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido”. “O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição”.

À evidência, o plebiscito é uma consulta prévia ao ato legislativo ou administrativo, enquanto o referendo é uma consulta posterior ao ato legislativo ou administrativo. Por conseguinte, no plebiscito há a aprovação ou a denegação de uma simples proposta legislativa ou administrativa. Já no referendo há a ratificação ou a rejeição de lei ou de ato já existente, proveniente de prévia decisão política tomada no âmbito do Poder Legislativo ou do Poder Executivo.

A título de exemplificação, importante consulta mediante plebiscito ocorreu por força do artigo 2º do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de 1988, *in verbis*: “No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País”⁵⁴⁸.

Outro exemplo: o plebiscito relativo à divisão do Pará em três Estados: Pará, Carajás e Tapajós. Realizado no dia 11 de dezembro de 2011, o plebiscito revelou a escolha dos paraenses em prol da preservação do Estado existente, em prejuízo, portanto, da divisão e da conseqüente formação de três novos Estados.

Também merece destaque o referendo ocorrido em 23 de outubro de 2005, acerca da comercialização de armas de fogo e munição no território brasileiro, cujo resultado conduziu à ineficácia do *caput* do artigo 35 da Lei nº 10.826, de 2003: “Art. 35. É proibida a comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, salvo para as entidades previstas no art. 6º desta Lei”⁵⁴⁹.

Vale ressaltar que compete ao Congresso Nacional “autorizar referendo e convocar plebiscito”. É a regra consagrada no artigo 49, inciso XV, da Constituição brasileira. Na esteira do preceito constitucional, dispõe o artigo 3º da Lei nº 9.709, de 1998: “Nas questões de relevância nacional, de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e no caso do § 3º do artigo 18 da Constituição Federal, o plebiscito e o referendo são convocados mediante decreto legislativo, por proposta de um terço, no mínimo, dos membros que compõe qualquer das Casas do Congresso Nacional, de conformidade com esta Lei”.

Por oportuno, vale ressaltar que os Deputados Estaduais, os Deputados Distritais e os Vereadores das Assembleias Legislativas dos Estados-membros, da Câmara Legislativa do Distrito Federal e das Câmaras Municipais também

⁵⁴⁸ Por força da Emenda Constitucional nº 2, de 1992, e do artigo 1º da Lei nº 8.624, de 1993, entretanto, o referido plebiscito sobre a forma e o sistema de governo ocorreu no dia 21 de abril de 1993: “Art. 1º O plebiscito sobre a forma e o sistema de governo, previsto no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, alterado pela Emenda Constitucional nº 2, será realizado, em todo o território nacional, no dia 21 de abril de 1993, obedecidas as normas estabelecidas nesta lei”.

⁵⁴⁹ “§ 1º Este dispositivo, para entrar em vigor, dependerá de aprovação mediante referendo popular, a ser realizado em outubro de 2005”.

podem apresentar propostas de plebiscitos e de referendos nos planos estadual, distrital e municipal, nos termos das respectivas Constituições estaduais e leis orgânicas distrital e municipais.

Convocado algum plebiscito, as providências preparatórias do ato administrativo e o projeto de lei sobre a questão devem ser suspensos até a proclamação do resultado pelos Ministros do Tribunal Superior Eleitoral, tendo em vista o disposto nos artigos 9º e 10, ambos da Lei nº 9.709, de 1998.

Ao contrário do plebiscito e do referendo, que são modalidades de exercício da soberania popular concernentes ao direito de sufrágio, a iniciativa popular é uma modalidade diferente de exercício da soberania popular, por não estar relacionada ao direito de sufrágio. Na verdade, a iniciativa popular é um direito político atinente ao processo legislativo, conforme se infere do artigo 13 da Lei nº 9.709, de 1998: “A iniciativa popular consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos em cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”.

À evidência, o preceito legal reitera o disposto no § 2º do artigo 61 da Constituição de 1988: “A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, 1% do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de 0,3% dos eleitores de cada um deles”.

A iniciativa popular se dá, portanto, mediante a apresentação na Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por pelo menos um por cento dos eleitores brasileiros, alistados em pelo menos cinco Estados-membros, desde que não sejam menos de três décimos dos eleitores de cada Estado.

O mais importante exemplo de iniciativa popular até hoje foi o Projeto de Lei da Câmara nº 58, de 2010, aprovado no Congresso Nacional e sancionado pelo Presidente da República por meio da Lei Complementar nº 135, de 2010, também conhecida como “Lei da Ficha Limpa”.

Vale ressaltar que também há possibilidade de iniciativa popular municipal, nos termos do artigo 29, inciso XIII, da Constituição Federal, que autoriza a apresentação de projeto de lei municipal subscrito por cidadãos correspondentes a pelo menos cinco por cento do eleitorado do respectivo município. Um bom exemplo foi o projeto de iniciativa popular que resultou na

Emenda nº 17 à Lei Orgânica do Município de Formiga, por força da qual houve a redução do número de Vereadores de quinze para dez na respectiva Câmara Municipal⁵⁵⁰.

Por fim, também há possibilidade de iniciativa popular estadual, atendidas, todavia, as condições impostas na Constituição estadual, como o percentual mínimo do eleitorado.

3.3. PRESSUPOSTO DO DIREITO DE SUFRÁGIO: ALISTAMENTO ELEITORAL

O direito de sufrágio depende do prévio alistamento eleitoral e é posteriormente exercido por meio do voto. O alistamento, portanto, é pressuposto para o exercício do direito de sufrágio.

O alistamento tem lugar perante a Justiça Eleitoral e segue o disposto no Código Eleitoral, cujo artigo 42 dispõe: “O alistamento se faz mediante a qualificação e a inscrição do eleitor”.

Por força do inciso I do § 1º do artigo 14 da Constituição brasileira, tanto o alistamento eleitoral quanto o voto são obrigatórios para os brasileiros natos e naturalizados maiores de dezoito anos e com idade inferior a setenta anos, ressalvados os analfabetos, dispensados do alistamento e do voto, independentemente da idade.

É certo que os analfabetos, os maiores de setenta anos e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos têm capacidade eleitoral ativa, a qual, todavia, é facultativa, *ex vi* do inciso II do § 1º do artigo 14 da Constituição.

Em contraposição, são inalistáveis — e, por conseguinte, inelegíveis — os estrangeiros e os recrutas, os quais “não podem alistar-se como eleitores” por força do § 2º do artigo 14 da Constituição.

⁵⁵⁰ “EMENDA À LEI ORGÂNICA Nº 17/2012

Altera a redação do *caput* do art.10 e revoga o § 1º do art. 10 da Lei Orgânica do Município de Formiga. O POVO DO MUNICÍPIO DE FORMIGA, POR SEUS REPRESENTANTES, APROVA E A CÂMARA MUNICIPAL PROMULGA A SEGUINTE EMENDA À LEI ORGÂNICA:

Art. 1º O *caput* do artigo 10 da Lei Orgânica do Município de Formiga, passa a vigor com a seguinte redação: ‘Art. 10 A Câmara Municipal é composta de 10 (dez) vereadores eleitos pelo sistema proporcional, como representantes do povo, com mandato de quatro anos.’

Art. 2º Fica revogado o § 1º do art. 10 da Lei Orgânica do Município de Formiga.

Art. 3º Esta Emenda à Lei Orgânica do Município de Formiga entra em vigor na data de sua publicação. Câmara Municipal de Formiga, 15 de junho de 2012.”

Quanto à vedação ao alistamento de estrangeiros, vale lembrar a exceção em relação aos portugueses equiparados aos brasileiros naturalizados⁵⁵¹.

De fato, em virtude da reciprocidade consagrada no § 1º do artigo 12 da Constituição, aos portugueses equiparados são conferidos direitos políticos, desde que satisfeitas as exigências previstas no inciso I do artigo 7º do Decreto nº 70.391, de 1972: “O gozo de direitos políticos por portugueses no Brasil e por brasileiros em Portugal só será reconhecido aos que tiverem cinco anos de residência permanente e depende de requerimento à autoridade competente”.

Quanto ao requerimento previsto no inciso I do artigo 7º do Decreto nº 70.391, deve ser formulado perante a Justiça Eleitoral, consoante o disposto na Resolução nº 9.195, de 1972, do Tribunal Superior Eleitoral, a qual trata das instruções sobre o Estatuto da Igualdade⁵⁵².

No que tange aos recrutas, são inalistáveis por força do § 2º do artigo 14 da Constituição. Recrutas são os convocados para o serviço militar obrigatório previsto no artigo 143 da Constituição brasileira.

Em contraposição, os militares de carreira são alistáveis e até mesmo elegíveis, em virtude do disposto no § 8º do artigo 14 da Constituição.

Além dos estrangeiros e dos recrutas, os condenados mediante decisão judicial proferida em processo penal e transitada em julgado também são inalistáveis — e, por consequência, estão impedidos de votar — enquanto durar o cumprimento da pena, por força do artigo 15, inciso III, da Constituição.

No que tange aos nacionais sujeitos ao alistamento e ao voto obrigatórios, o descumprimento das referidas obrigações pode ocasionar a imposição da multa prevista no artigo 7º da Lei nº 6.091, de 1974, e das significativas restrições de direitos arroladas no § 1º do artigo 7º do Código Eleitoral⁵⁵³.

⁵⁵¹ De acordo, na doutrina: Paulo Napoleão Nogueira da Silva. Breves comentários à Constituição Federal. Volume I. 2002, p. 230.

⁵⁵² “O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, no uso das atribuições que lhe confere o art. 23, nº IX, do Código Eleitoral, resolve expedir as seguintes instruções: Art. 1º - Ao português que haja adquirido o gozo dos direitos políticos no Brasil se aplicam, no que couber, as normas da Resolução nº 7.875 (Instruções para o Alistamento Eleitoral). Art. 2º - O português na condição do artigo anterior requererá seu alistamento, instruindo o pedido com a publicação oficial da Portaria do Ministro da Justiça e com o documento de identidade de que tratam, respectivamente, os arts. 8º e 9º do Decreto nº 70.436, de 18 de abril de 1972. Art. 3º - Constarão do título eleitoral e da folha individual de votação, após a indicação da naturalidade do eleitor, a de sua nacionalidade portuguesa, seguida da referência à Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses, assim feita abreviadamente: ‘Estatuto da Igualdade.’” (não há os grifos no original).

⁵⁵³ “§ 1º Sem a prova de que votou na última eleição, pagou a respectiva multa ou de que se justificou devidamente, não poderá o eleitor:

3.4. MEIO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO DE SUFRÁGIO: VOTO

Estudado o alistamento eleitoral, procedimento administrativo perante a Justiça Eleitoral indispensável para o posterior exercício do direito de sufrágio, passa-se ao estudo do voto, meio pelo qual o direito de sufrágio é concretizado.

Tal como o alistamento eleitoral, o § 1º do artigo 14 da Constituição estabelece que o voto também é obrigatório para os brasileiros e as brasileiras maiores de dezoito anos e com menos de setenta anos⁵⁵⁴.

Não obstante, a regra da obrigatoriedade do voto comporta exceções. O voto é facultativo tanto para os maiores de setenta anos quanto para os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

Ainda em relação à regra da obrigatoriedade do voto, vale ressaltar que não há prejuízo algum à ampla liberdade de escolha dos cidadãos, que podem optar pelo denominado “voto em branco” e também pelo “voto nulo”, autorizados à vista do artigo 77, § 2º, *in fine*, da Constituição brasileira⁵⁵⁵.

Como já anotado, o cidadão que deixar de exercer o direito-dever de votar está sujeito à de multa e às restrições de direitos arroladas no artigo 7º do Código Eleitoral, caso não apresente justificativa eleitoral no prazo de sessenta dias das eleições⁵⁵⁶.

I - inscrever-se em concurso ou prova para cargo ou função pública, investir-se ou empossar-se neles;
II - receber vencimentos, remuneração, salário ou proventos de função ou emprego público, autárquico ou para estatal, bem como fundações governamentais, empresas, institutos e sociedades de qualquer natureza, mantidas ou subvencionadas pelo governo ou que exerçam serviço público delegado, correspondentes ao segundo mês subsequente ao da eleição;
III - participar de concorrência pública ou administrativa da União, dos Estados, dos Territórios, do Distrito Federal ou dos Municípios, ou das respectivas autarquias;
IV - obter empréstimos nas autarquias, sociedades de economia mista, caixas econômicas federais ou estaduais, nos institutos e caixas de previdência social, bem como em qualquer estabelecimento de crédito mantido pelo governo, ou de cuja administração este participe, e com essas entidades celebrar contratos;
V - obter passaporte ou carteira de identidade;
VI - renovar matrícula em estabelecimento de ensino oficial ou fiscalizado pelo governo;
VII - praticar qualquer ato para o qual se exija quitação do serviço militar ou imposto de renda.
§ 2º Os brasileiros natos ou naturalizados, maiores de 18 anos, salvo os excetuados nos arts. 5º e 6º, nº 1, sem prova de estarem alistados não poderão praticar os atos relacionados no parágrafo anterior. (sem os grifos no original).

⁵⁵⁴ Pouco importa se a nacionalidade é originária ou adquirida: o voto é obrigatório tanto para os natos quanto para os naturalizados.

⁵⁵⁵ O “voto em branco” tem lugar quando o cidadão que não encontra no rol de candidatos nenhum que seja merecedor da sua confiança. Já o “voto nulo” tem lugar quando o cidadão discorda do sistema eleitoral, no todo ou em parte, como, por exemplo, do instituto do voto obrigatório. O “voto nulo”, portanto, é uma manifestação de protesto, mas não tem o condão de invalidar a eleição, já que tanto os votos em branco quanto os votos nulos são desconsiderados na apuração do resultado. Só há invalidação da eleição no caso de anulação da maioria dos votos por força de decisão judicial, em razão da contaminação mediante fraude ou outro meio escuso reconhecido em processo perante a Justiça Eleitoral.

⁵⁵⁶ Ou de trinta dias, após o retorno ao país, no caso de o cidadão se encontrar no exterior durante as eleições, conforme o disposto nos artigos 6º e 16, § 2º, da Lei nº 6.091, de 1974, respectivamente.

Na esteira do *caput* do artigo 14 da Constituição, o § 4º do artigo 60 garante o voto universal, em favor dos nacionais em geral, independentemente do sexo, da classe econômica, do grau de escolaridade. Até mesmo os analfabetos têm capacidade eleitoral ativa, conforme se infere do disposto no artigo 14, § 1º, inciso II, alínea “a”. Daí a conclusão em prol da universalidade do voto no Direito brasileiro.

Sob outro prisma, o voto é pessoal, porquanto não pode ser exercido por outra pessoa em nome alheio. Não há possibilidade jurídica, portanto, de voto por procuração em eleições destinadas à concessão de mandatos públicos, seja no Poder Executivo, seja no Poder Legislativo.

Em reforço à personalidade, o voto é direto, conforme se infere do *caput* do artigo 14 e do § 4º do artigo 60 da Constituição brasileira. Por conseguinte, a escolha dos representantes nos Poderes Executivo e Legislativo é feita diretamente pelos cidadãos, sem intermediários.

Há, todavia, a exceção estampada no § 1º do artigo 81 da Constituição: a eleição para Presidente e Vice-Presidente da República será feita apenas pelos membros do Congresso Nacional quando a vacância de ambos os cargos ocorrer nos últimos dois anos do quadriênio constitucional. Não é só: em virtude do princípio da simetria, segundo o qual o padrão federal deve ser, tanto quanto possível, aplicado aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios, a exceção prevista no § 1º do artigo 81 da Constituição Federal também incide em relação aos Poderes Executivos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios⁵⁵⁷.

Estudadas as regras da universalidade e a pessoalidade do voto, merece destaque o atributo do sigilo. Tanto o *caput* do artigo 14 da Constituição quanto o § 4º do artigo 60 garantem o voto secreto. O artigo 103 do Código Eleitoral também assegura o voto secreto, bem como arrola as providências administrativas necessárias para assegurar o sigilo do voto, como, por exemplo, o isolamento do eleitor em cabine indevassável, para que possa apontar o candidato de sua escolha sem nenhum tipo de pressão ou de interferência.

⁵⁵⁷ Foi o que ocorreu no Distrito Federal em 2010, após as renúncias do Governador José Roberto Arruda e do Vice-Governador Paulo Octávio, com a posterior eleição indireta do Governador Rogério Rosso, apenas pelos Deputados da Câmara Legislativa do Distrito Federal. No caso, portanto, houve a aplicação analógica do § 1º do artigo 81 da Constituição brasileira.

O § 4º do artigo 60 da Constituição brasileira também assegura o voto periódico, razão pela qual os mandatos eletivos devem ter limitação temporal. A periodicidade do voto é reforçada no artigo 44, parágrafo único, no artigo 46, §§ 1º e 2º, e no artigo 82, todos da Constituição de 1988. Aliás, seriam inconstitucionais eventuais emendas e leis que estabelecessem mandatos vitalícios ou por prazo indeterminado, já que o voto periódico é cláusula pétrea.

Na esteira do artigo 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal, o *caput* do artigo 14 assegura a isonomia em relação ao voto, “com valor igual para todos”. É o preceito constitucional revelador da consagração no Brasil do princípio isonômico “*one person, one vote*”⁵⁵⁸.

Por tudo, é lícito afirmar que o voto é dotado dos seguintes atributos no Brasil: obrigatório (em regra), universal, pessoal, direto (em regra), secreto, periódico e igual.

3.5. CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA: ELEGIBILIDADE

A elegibilidade é a capacidade eleitoral passiva, ou seja, diz respeito ao direito de ser votado nos pleitos, vale dizer, nas eleições para a escolha dos cidadãos beneficiários de mandatos executivos e legislativos federais, estaduais, distritais e municipais.

A aquisição da elegibilidade depende da observância de todas as condições arroladas no § 3º do artigo 14 da Constituição de 1988: “a nacionalidade brasileira”, “o pleno exercício dos direitos políticos”, “o alistamento eleitoral”, “o domicílio eleitoral na circunscrição”, “a filiação partidária”, “a idade mínima” e a alfabetização.

3.5.1. NACIONALIDADE BRASILEIRA

À vista do inciso I do § 3º do artigo 14, são elegíveis os nacionais. Nacionais são tanto os brasileiros natos quanto os naturalizados.

Por força do § 1º do artigo 12, entretanto, os portugueses equiparados por reciprocidade aos brasileiros naturalizados também podem adquirir direitos políticos, desde que satisfeitas as exigências previstas no inciso I do artigo 7º do Decreto nº 70.391, de 1972: “O gozo de direitos políticos por portugueses no

⁵⁵⁸ “*One man, one vote*” é a outra expressão clássica que retrata o mesmo princípio da isonomia eleitoral.

Brasil e por brasileiros em Portugal só será reconhecido aos que tiverem cinco anos de residência permanente e depende de requerimento à autoridade competente”. O requerimento deve ser formulado perante a Justiça Eleitoral, consoante o disposto na Resolução nº 9.195, de 1972, que trata das instruções para o alistamento eleitoral e a atribuição de direitos políticos aos portugueses equiparados residentes no Brasil⁵⁵⁹.

Ressalvados os portugueses equiparados, os demais estrangeiros são inalistáveis e inelegíveis, como bem revela a combinação dos §§ 2º e 4º do artigo 14 da Constituição brasileira.

Por fim, vale ressaltar que a elegibilidade nem sempre depende da só nacionalidade brasileira. Basta lembrar que a elegibilidade para a Presidência e a Vice-Presidência da República está condicionada à nacionalidade originária: apenas os brasileiros natos são elegíveis para aqueles cargos⁵⁶⁰.

3.5.2. PLENO EXERCÍCIO DOS DIREITOS POLÍTICOS

O inciso II do § 3º do artigo 14 da Constituição de 1988 condiciona a elegibilidade ao pleno exercício dos direitos políticos. Já o artigo 15 dispõe sobre as hipóteses de suspensão e de perda dos direitos políticos, as quais conduzem à inelegibilidade. Na mesma esteira, o artigo 71, inciso II, do Código Eleitoral determina o cancelamento do alistamento eleitoral em razão da “suspensão ou perda dos direitos políticos”. Daí a conclusão: são inelegíveis as pessoas cujos direitos políticos forem suspensos ou extintos; mais do que isso, também não podem votar, seja em eleição, plebiscito ou referendo, nem praticar nenhum outro ato próprio da cidadania, como ajuizar ação popular e subscrever projeto de iniciativa popular.

⁵⁵⁹ “O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, no uso das atribuições que lhe confere o art. 23, nº IX, do Código Eleitoral, resolve expedir as seguintes instruções: Art. 1º - Ao português que haja adquirido o gozo dos direitos políticos no Brasil se aplicam, no que couber, as normas da Resolução nº 7.875 (Instruções para o Alistamento Eleitoral). Art. 2º - O português na condição do artigo anterior requererá seu alistamento, instruindo o pedido com a publicação oficial da Portaria do Ministro da Justiça e com o documento de identidade de que tratam, respectivamente, os arts. 8º e 9º do Decreto nº 70.436, de 18 de abril de 1972. Art. 3º - Constarão do título eleitoral e da folha individual de votação, após a indicação da naturalidade do eleitor, a de sua nacionalidade portuguesa, seguida da referência à Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses, assim feita abreviadamente: ‘Estatuto da Igualdade’.” (não há os grifos no original).

⁵⁶⁰ Cf. artigo 12, § 3º, inciso I, da Constituição Federal.

3.5.2.1. PERDA DOS DIREITOS POLÍTICOS EM RAZÃO DO CANCELAMENTO DA NATURALIZAÇÃO

O inciso I do artigo 15 versa sobre a perda dos direitos políticos do brasileiro naturalizado que, em razão de atividade nociva ao interesse nacional, tem a respectiva naturalização cancelada por força de decisão judicial transitada em julgado, com fundamento no artigo 12, § 4º, inciso I, combinado com o artigo 15, inciso I, e com o artigo 109, inciso X, *in fine*, todos da Constituição brasileira.

De fato, ocorre a perda da nacionalidade do brasileiro naturalizado que tiver a respectiva naturalização cancelada por decisão judicial, em razão de atividade danosa ao interesse nacional. O processo de cancelamento da naturalização deve ser acionado perante a Justiça Federal, dotada de competência constitucional para o julgamento do brasileiro naturalizado acusado de exercer atividade prejudicial ao interesse nacional.

O cancelamento desconstitui a naturalização, razão pela qual o brasileiro naturalizado perde a nacionalidade brasileira. Vale ressaltar, todavia, que a perda da nacionalidade só ocorre após o trânsito em julgado da decisão judicial de procedência exarada no processo de cancelamento da naturalização. Em consequência da perda da nacionalidade brasileira em razão do cancelamento da naturalização por decisão transitada em julgado, há a igual perda dos direitos políticos, com a inexorável inelegibilidade, tudo nos termos do artigo 15, inciso I, da Constituição de 1988.

3.5.2.2. SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS EM RAZÃO DE CONDENAÇÃO CRIMINAL

O inciso III do artigo 15 da Constituição versa sobre a suspensão dos direitos políticos em razão de condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem os respectivos efeitos. Em reforço, vale conferir o disposto na Súmula nº 6 aprovada no Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais: “A condenação criminal transitada em julgado acarreta a suspensão dos direitos políticos de pleno direito por ser auto-aplicável o art. 15, III, da Constituição da República”⁵⁶¹.

⁵⁶¹ De acordo, na jurisprudência do TSE: “Candidato que teve seus direitos políticos suspensos, em virtude de sentença condenatória transitada em julgado, não satisfaz uma das condições de elegibilidade.” (Recurso Especial Eleitoral nº 19.945, Pleno do TSE, publicado na sessão de 3 de setembro de 2002). “É auto-aplicável o art. 15, III, CF. Condenação criminal transitada em julgado suspende os direitos políticos

. A propósito do alcance da expressão “condenação criminal” estampada no inciso III do artigo 15 da Constituição e na Súmula nº 6 do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, tanto a doutrina quanto a jurisprudência prestigiam a interpretação teleológica da cláusula constitucional, em prol da conclusão de que o preceito alcança os crimes em geral e também as contravenções penais⁵⁶².

Em ambos os casos, só os condenados definitivos são alcançados pela suspensão prevista no inciso III do artigo 15 da Constituição. Em outros termos, apenas o trânsito em julgado das decisões judiciais condenatórias ocasiona a suspensão dos direitos políticos – e a consequente inelegibilidade⁵⁶³.

Ainda em virtude do disposto no inciso III do artigo 15 da Constituição, é lícito afirmar que a suspensão dos direitos políticos em razão de decisão judicial condenatória transitada em julgado ocasiona a imediata perda de eventual mandato eletivo em curso⁵⁶⁴.

Não obstante, há exceções: à vista dos artigos 27, § 1º, 32, § 3º, e 55, inciso VI e § 2º, todos da Constituição brasileira, os Deputados Estaduais, os Deputados Distritais, os Deputados Federais e os Senadores não perdem o mandato eletivo desde logo, como consequência de condenação criminal transitada em julgado. Em tais casos, compete à respectiva Casa Legislativa decidir sobre a perda do mandato, mediante votação pública, vale dizer, aberta, por maioria absoluta, após provocação da própria Mesa Diretora ou de algum partido político, tudo consoante o disposto no § 2º do artigo 55 da Constituição, com a redação conferida em virtude da Emenda Constitucional nº 73, de 2013⁵⁶⁵.

No mais, incide a regra da perda imediata do mandato eletivo, nos termos do inciso III do artigo 15 da Constituição brasileira. Assim se dá em relação aos Vereadores, Prefeitos, Vice-Prefeitos, Governadores, Vice-Governadores, Presidente e Vice-Presidente da República, com a imediata perda do mandato

pelo tempo que durar a pena.” (Recurso Especial Eleitoral nº 22.467/MS, Pleno do TSE, publicado na sessão de 21 de setembro de 2004).

⁵⁶² Cf. Marcos Ramayana. Direito eleitoral. 4ª ed., 2005, p. 132 e 133. Em abono, na jurisprudência: “Candidato condenado pela prática de contravenção penal. Constituição Federal, art. 15, inciso III. A disposição constitucional, prevendo a suspensão dos direitos políticos, ao referir-se a condenação criminal transitada em julgado, abrange não só aquela decorrente da prática de crime, mas também a de contravenção penal.” (Recurso Especial Eleitoral nº 13.293/MG, Pleno do TSE, Revista de Jurisprudência do TSE, volume 8, tomo 4, p. 157, sem os grifos no original).

⁵⁶³ Já os presos provisórios não estão impedidos de votar nem de ser votados.

⁵⁶⁴ De acordo, na doutrina: Marcos Ramayana. Direito eleitoral. 4ª ed., 2005, p. 143, 144 e 145.

⁵⁶⁵ Por força da qual houve a supressão da expressão “por voto secreto”, razão pela qual a votação dos parlamentares passou a ser aberta, pública.

com o trânsito em julgado da decisão penal condenatória, sem necessidade de deliberação alguma em Casa Legislativa municipal, estadual, distrital ou federal.

3.5.2.3. SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS POR RECUSA DE OBRIGAÇÃO IMPOSTA A TODOS E DE PRESTAÇÃO ALTERNATIVA

O inciso IV do artigo 15 da Constituição está relacionado à exceção prevista no inciso VIII do artigo 5º, referente à escusa de consciência⁵⁶⁶.

O inciso VIII do artigo 5º estabelece que a escusa de consciência dispensa o cidadão do cumprimento de obrigação geral, mas não de prestação alternativa.

Com efeito, a autorização da escusa de consciência consta do proêmio do inciso VIII do artigo 5º: “ninguém será privado dos seus direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política”.

Não obstante, a segunda parte do inciso VIII revela a existência de exceção, com a conseqüente possibilidade de privação de direitos, se o cidadão descumprir a prestação alternativa constante da lei, após evocar crença religiosa, convicção filosófica ou ideologia política para afastar obrigação legal a todos imposta.

Na esteira da segunda parte do inciso VIII do artigo 5º, o inciso IV do artigo 15 estabelece a suspensão de direitos políticos no caso de recusa ao cumprimento de obrigação legal imposta a todos, por motivo de crença religiosa, de convicção filosófica ou de ideologia política, com a igual negativa ao cumprimento da prestação alternativa prevista em lei. À evidência, o inciso IV do artigo 15 só incide diante da dupla recusa: a primeira negativa diz respeito ao cumprimento da obrigação geral; a segunda negativa ocorre em relação ao cumprimento da prestação alternativa. Só então ocorrerá a suspensão dos direitos políticos.

Um exemplo de prestação alternativa consta da Lei nº 8.239, de 1991, que regulamenta a prestação de “Serviço Alternativo” ao “Serviço Militar Obrigatório”⁵⁶⁷.

⁵⁶⁶ Também denominada “imperativo de consciência”.

⁵⁶⁷ “Art. 3º O Serviço Militar inicial é obrigatório a todos os brasileiros, nos termos da lei. § 1º Ao Estado-Maior das Forças Armadas compete, na forma da lei e em coordenação com os Ministérios Militares, atribuir Serviço Alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência decorrente de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar. § 2º Entende-se por Serviço Alternativo o exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, em substituição às atividades de caráter essencialmente militar. § 3º O Serviço Alternativo será prestado em organizações militares da ativa e em

Outro exemplo reside no *caput* do artigo 438 do Código de Processo Penal: “Art. 438. A recusa ao serviço do júri fundada em convicção religiosa, filosófica ou política importará no dever de prestar serviço alternativo, sob pena de suspensão dos direitos políticos, enquanto não prestar o serviço imposto”.

Em suma, a interpretação sistemática do inciso VIII do artigo 5º e do inciso IV do artigo 15 revela a autorização da escusa de consciência, sem prejuízo de prestação alternativa, sob pena de suspensão dos direitos políticos.

3.5.2.4. SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O inciso V do artigo 15 e o § 4º do artigo 37 da Constituição brasileira revelam que também há suspensão dos direitos políticos em casos de improbidade administrativa, oriundos de desonestidade ou imoralidade por parte de cidadão que exerce cargo ou função pública, conforme as hipóteses arroladas nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429, de 1992.

Em qualquer caso, a suspensão dos direitos políticos depende do trânsito em julgado da decisão de reconhecimento da improbidade administrativa em processo judicial. A propósito, vale conferir o disposto no *caput* do artigo 20 da Lei nº 8.429, de 1992: “A perda da função e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”.

Por conseguinte, a suspensão dos direitos políticos não pode ser imposta em mero procedimento administrativo, instaurado no âmbito da Administração Pública; há necessidade de processo judicial perante órgão do Poder Judiciário.

Vale ressaltar, por fim, que a suspensão dos direitos políticos pode ser imposta independentemente de processo penal. De fato, a imposição da suspensão pode se dar em processo cível instaurado por força de ação de improbidade administrativa ou de ação popular, “sem prejuízo da ação penal

órgãos de formação de reservas das Forças Armadas ou em órgãos subordinados aos Ministérios Cíveis, mediante convênios entre estes e os Ministérios Militares, desde que haja interesse recíproco e, também, sejam atendidas as aptidões do convocado. Art. 4º Ao final do período de atividade previsto no § 2º do art. 3º desta lei, será conferido Certificado de Prestação Alternativa ao Serviço Militar Obrigatório, com os mesmos efeitos jurídicos do Certificado de Reservista. § 1º A recusa ou cumprimento incompleto do Serviço Alternativo, sob qualquer pretexto, por motivo de responsabilidade pessoal do convocado, implicará o não-fornecimento do certificado correspondente, pelo prazo de dois anos após o vencimento do período estabelecido. § 2º Findo o prazo previsto no parágrafo anterior, o certificado só será emitido após a decretação, pela autoridade competente, da suspensão dos direitos políticos do inadimplente, que poderá, a qualquer tempo, regularizar sua situação mediante cumprimento das obrigações devidas” (não há os grifos no original).

cabível”, nos termos do § 4º do artigo 37 da Constituição Federal, caso o ato também esteja tipificado no Código Penal ou na legislação penal especial.

3.5.2.5. CONCLUSÃO

Seja no caso de perda ou nas hipóteses de suspensão, a pessoa fica privada dos direitos da cidadania, ainda que temporariamente, com a consequente inelegibilidade, nos termos do inciso II do § 3º do artigo 14 da Constituição⁵⁶⁸.

3.5.3. ALISTAMENTO ELEITORAL

Tal como se dá em relação ao exercício da capacidade eleitoral ativa, o alistamento eleitoral também é indispensável para a elegibilidade, já que só o cidadão pode ser votado. Daí a necessidade do alistamento eleitoral como requisito para a elegibilidade, nos termos do 14, § 3º, inciso III, da Constituição brasileira.

Como já estudado, o alistamento eleitoral é o procedimento administrativo por meio do qual se dá a inscrição e a qualificação perante a Justiça Eleitoral, a fim de se obter o consequente título de eleitor, quando a pessoa natural passa a ser considerada cidadã.

O alistamento é realizado consoante o disposto no Código Eleitoral, cujo artigo 42 estabelece: “O alistamento se faz mediante a qualificação e a inscrição do eleitor”. Em virtude do advento do processamento eletrônico de dados, hoje o alistamento eleitoral segue o disposto na Lei nº 7.444, de 1985, e na Resolução nº 21.538, de 2003, aprovada no Tribunal Superior Eleitoral.

Por força do inciso I do § 1º do artigo 14 da Constituição brasileira, o alistamento eleitoral é obrigatório para os brasileiros natos e naturalizados maiores de dezoito anos. Em reforço, os artigos 4º e 6º do Código Eleitoral estabelecem que o alistamento é obrigatório para todos os nacionais maiores de dezoito anos, de ambos os sexos.

É certo que os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os idosos com mais de setenta anos e os analfabetos também são alistáveis,

⁵⁶⁸ No caso de perda dos direitos políticos, a privação dos direitos da cidadania não é apenas temporária, mas, sim, definitiva.

embora, nessas hipóteses, o alistamento seja facultativo, à vista do inciso II do § 1º do artigo 14 da Constituição brasileira.

Em contraposição, os estrangeiros e os recrutas são inalistáveis por força do § 2º do artigo 14 da Constituição.

Por fim, no que tange às pessoas que sofrem suspensão ou perda dos direitos políticos, têm o alistamento eleitoral cancelado, *ex vi* do artigo 71, inciso II, do Código Eleitoral. Deixam, portanto, de ser cidadãos, sob o prisma jurídico, ainda que preservem a nacionalidade brasileira, nos casos de suspensão. Por conseguinte, ficam inelegíveis até o eventual restabelecimento dos direitos políticos.

3.5.4. DOMICÍLIO ELEITORAL NA CIRCUNSCRIÇÃO

O inciso IV do § 3º do artigo 14 da Constituição exige o domicílio eleitoral na circunscrição na qual ocorrerá o pleito, como condição de elegibilidade do cidadão.

O conceito de domicílio eleitoral é extraído do parágrafo único do artigo 42 do Código Eleitoral: “Para efeito de inscrição, é domicílio eleitoral o lugar de residência ou moradia do requerente, e, verificado ter o alistando mais de uma, considerar-se-á domicílio qualquer delas”. À evidência, o conceito de domicílio eleitoral é amplo e flexível⁵⁶⁹.

O domicílio eleitoral não se confunde, portanto, com o domicílio civil, previsto no artigo 70 do Código Civil⁵⁷⁰.

Como o domicílio eleitoral não está vinculado ao ânimo definitivo de permanência do cidadão em determinado lugar, o parágrafo único do artigo 42 do Código Eleitoral permite que o domicílio eleitoral seja em qualquer residência ou até mesmo em simples moradia, conforme a livre escolha do cidadão, dentre os locais nos quais tem algum vínculo profissional, familiar, estudantil.

Por fim, vale ressaltar que o inciso IV do § 3º do artigo 14 da Constituição brasileira exige o domicílio eleitoral na circunscrição do pleito. Circunscrição é a

⁵⁶⁹ De acordo, na jurisprudência: “– Para o Código Eleitoral, domicílio é o lugar em que a pessoa mantém vínculos políticos, sociais e afetivos.” (Recurso Especial Eleitoral nº 23.721/RJ, Pleno do TSE, Diário da Justiça de 18 de março de 2005, volume 1, p. 184).

⁵⁷⁰ “O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo”. De acordo, na jurisprudência: “I – O conceito de domicílio eleitoral não se confunde com o de domicílio do direito comum, regido pelo Direito Civil. Mais flexível e elástico, identifica-se com a residência e o lugar onde o interessado tem vínculos políticos e sociais.” (Recurso Especial Eleitoral nº 16.397/AL, Pleno do TSE, Diário da Justiça de 9 de março de 2001, p. 203).

área, a divisão territorial com certa autonomia político-administrativa na qual ocorre a eleição. Assim, um cidadão só pode ser candidato a Prefeito, Vice-Prefeito ou Vereador no Município no qual requereu o alistamento ou a transferência eleitoral. Da mesma forma, um cidadão só pode ser candidato a Governador, Vice-Governador, Deputado Estadual, Deputado Federal e Senador referente ao Estado no qual solicitou o alistamento ou a transferência eleitoral. Já o cidadão candidato a Presidente ou a Vice-Presidente da República pode ter domicílio eleitoral em qualquer local do território nacional.

3.5.5. FILIAÇÃO PARTIDÁRIA

À luz do inciso V do § 3º do artigo 14 da Constituição, a filiação partidária é a condição de elegibilidade consubstanciada na exigência do prévio ingresso do cidadão nos quadros de algum partido político, pelo menos um ano antes do dia designado para as eleições, observado o disposto nos artigos 16 a 22 da Lei nº 9.096, de 1995, e no artigo 9º da Lei nº 9.504, de 1997. Não há, portanto, no Direito brasileiro, possibilidade de candidatura avulsa⁵⁷¹.

Não obstante, a condição de elegibilidade consubstanciada na filiação partidária não incide em relação aos militares de carreira na ativa: soldados, cabos, sargentos, subtenentes, tenentes, capitães, majores, tenentes-coronéis, coronéis, generais.

Sem dúvida, à vista do disposto no artigo 142, § 3º, inciso V, da Constituição, “o militar, enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos”. Por conseguinte, o inciso V do § 3º do artigo 14 da Constituição não alcança os militares. No caso de militar de carreira na ativa, basta o registro da candidatura por algum partido político, ao qual, entretanto, o

⁵⁷¹ Melhor seria se fosse possível a candidatura avulsa, como ocorre em países com democracias plenas. Submeter o cidadão à filiação partidária é uma exigência muitas vezes invencível, conforme a ideologia, os valores morais e os princípios éticos adotados.

militar não é filiado, em razão da vedação estampada no inciso V do § 3º do artigo 142 da Constituição^{572,573,574}.

Por fim, na eventualidade de eleição do militar, incide o § 8º do artigo 14 da Constituição⁵⁷⁵.

3.5.6. IDADE MÍNIMA

O § 1º do artigo 14 da Constituição brasileira versa sobre as faixas etárias mínimas para o exercício da capacidade eleitoral ativa, vale dizer, para ser eleitor. Já o inciso VI do § 3º do mesmo artigo 14 dispõe sobre as idades mínimas para a capacidade eleitoral passiva, ou seja, para a elegibilidade.

Em primeiro lugar, os menores de dezesseis anos não são alistáveis nem elegíveis, até mesmo em razão da incapacidade civil absoluta, a qual impede o exercício de direitos políticos, por força do artigo 15, inciso II, da Constituição.

Os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos, entretanto, são alistáveis, mas não são elegíveis.

Os maiores de dezoito anos são alistáveis e elegíveis, mas apenas para o cargo de Vereador, consoante o disposto no artigo 14, § 3º, inciso VI, alínea “d”, da Constituição: “dezoito anos para Vereador”.

Os maiores de vinte e um anos são elegíveis também para os cargos de Deputado Federal, Deputado Estadual, Deputado Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e Juiz de Paz, tudo nos termos do artigo 14, § 3º, inciso VI, letra “c”, *in verbis*:

⁵⁷² “CONSULTA. MILITAR DA ATIVA. CONCORRÊNCIA. CARGO ELETIVO. FILIAÇÃO PARTIDÁRIA. INEXIGIBILIDADE. RESOLUÇÃO-TSE Nº 21.608/2004, ART. 14, § 1º. 1. A filiação partidária contida no art. 14, § 3º, V, Constituição Federal não é exigível ao militar da ativa que pretenda concorrer a cargo eletivo, bastando o pedido de registro de candidatura após prévia escolha em convenção partidária (Res.-TSE nº 21.608/2004, art. 14, § 1º).” (Consulta nº 1.014/DF, Pleno do TSE, Diário da Justiça de 5 de julho de 2004, p. 1). Em reforço, colhe-se do voto proferido pelo Ministro-Relator: “No mérito, tenho que a consulta deve ser respondida nos termos do art. 14, §1º, da Resolução nº 21.608/2004 — Fernando Neves, que dispõe: ‘Art. 14. (...) § 1º A condição de elegibilidade relativa à filiação partidária contida no art. 14, § 3º, inciso V, da Constituição da República, não é exigível ao militar da ativa que pretenda concorrer a cargo eletivo, bastando o pedido de registro de candidatura, após prévia escolha em convenção partidária (Res.- TSE nº 20.993/2002, art. 12, § 2º)’”.

⁵⁷³ Vale ressaltar que a hipótese do militar da ativa não se confunde com o instituto da candidatura avulsa, porquanto o militar só é elegível no caso de registro da candidatura por algum partido político que tenha aprovado e incluído o seu nome no rol dos respectivos candidatos. A hipótese, portanto, não é de candidatura avulsa, mas, sim, de candidatura registrada por partido político, ao qual, todavia, o militar não é filiado, por expressa vedação constitucional.

⁵⁷⁴ Também é importante ressaltar que a hipótese estudada diz respeito ao militar de carreira, e não ao recruta, que é inalistável e inelegível. Sem dúvida, apenas o militar de carreira é alistável e elegível, nos termos do § 8º do artigo 14 da Constituição brasileira.

⁵⁷⁵ “§ 8º O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições: I - se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade; II - se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade”.

“vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz”.

Já os maiores de trinta anos também são elegíveis para Governador e Vice-Governador dos Estados e do Distrito Federal, à vista do disposto no artigo 14, § 3º, inciso VI, alínea “b”, da Constituição: “trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal”.

A elegibilidade integral é alcançada aos trinta e cinco anos, quando o cidadão é elegível para todos os cargos, até mesmo Senador, Vice-Presidente e Presidente da República, consoante o disposto no artigo 14, § 3º, inciso VI, letra “a”: “trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador”. É aos trinta e cinco anos, portanto, que o cidadão adquire todos os direitos políticos, ativos e passivos.

Em contraposição, não há idade máxima para nenhum dos cargos eletivos acima estudados. Nada impede, portanto, que um cidadão com oitenta, noventa ou cem anos seja candidato, eleito e empossado em cargo eletivo.

Resta examinar o momento no qual a idade mínima deve ser aferida: por força do artigo 11, § 2º, da Lei nº 9.504, de 1997, a observância da idade mínima prevista na Constituição brasileira é aferida à luz do dia da posse, e não da data do registro da candidatura, nem mais do dia da eleição. Com efeito, antes do advento da Lei nº 9.504, de 1997, prevalecia a data da eleição como marco de aferição da idade mínima. Desde então vigora a aferição da idade mínima à vista do dia da posse⁵⁷⁶.

3.5.7. ALFABETIZAÇÃO

Além das condições de elegibilidade arroladas no § 3º do artigo 14 da Constituição brasileira, também é indispensável a alfabetização. Basta a alfabetização pura e simples, vale dizer, saber ler e escrever, independentemente de diploma escolar de ensino fundamental, conforme se infere da súmula nº 14 aprovada no Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais:

⁵⁷⁶ De acordo, na jurisprudência: “As inelegibilidades e as condições de elegibilidade são aferidas ao tempo do registro da candidatura. Precedentes do TSE. Diversa é a situação da condição de idade mínima, que se verifica na data prevista da posse, por expressa previsão legal (§ 2º do art. 11 da Lei nº 9.504/97)” (Recurso especial eleitoral nº 22.900/MA, Pleno do TSE, publicado na sessão de 20 de setembro de 2004, sem o grifo no original). “CONSULTA. VEREADOR. IDADE MÍNIMA. LEI N. 9.504/97, ART. 11, § 2º. 1. A idade mínima de 18 anos para concorrer ao cargo de vereador tem como referência a data da posse (Lei 9.504/97, art. 11, § 2º)” (Consulta nº 554, Pleno do TSE, Diário da Justiça de 10 de fevereiro de 2000, p. 15, sem o grifo no original).

“A declaração de próprio punho firmada pelo pretense candidato, quando do registro do requerimento do registro, supre a ausência do comprovante de escolaridade”.

3.5.8. PESSOAS INELEGÍVEIS

A capacidade eleitoral passiva pressupõe a capacidade eleitoral ativa, ou seja, ser eleitor. Por conseguinte, quem não for eleitor é inelegível. À luz da interpretação sistemática do artigo 14, §§ 2º, 3º, 4º e 9º, e do artigo 15 da Constituição brasileira, combinados com a Lei Complementar nº 135, de 2010, popularmente conhecida como “Lei da Ficha Limpa”, é lícito afirmar que os estrangeiros, os recrutas, os analfabetos, os absolutamente incapazes, os condenados por improbidade administrativa ou por crime em tribunal judiciário também são inelegíveis. Não é só: além das hipóteses extraídas dos §§ 2º, 3º e 4º do artigo 14 e do artigo 15 da Constituição, há outros casos de inelegibilidade previstos na Lei Complementar nº 64, de 1990, e na Lei Complementar nº 135, de 2010, com fundamento no § 9º do artigo 14 da Constituição.

3.5.9. REELEIÇÃO OU RECANDIDATURA

A tradição no Direito brasileiro sempre foi a possibilidade de reeleição para mandatos legislativos, mas com a proibição para os cargos do Poder Executivo, orientação prestigiada até mesmo no texto original da Constituição de 1988.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1997, entretanto, houve a autorização para a reeleição também para os cargos de Presidente, Governador e Prefeito, bem assim em favor dos respectivos vices, tudo nos termos do § 5º do artigo 14 da Constituição vigente.

Não obstante, a reeleição no Poder Executivo somente é admissível para um quadriênio imediato, consoante se infere do § 5º do artigo 14: “para um único período subsequente”. Daí a impossibilidade jurídica de recandidatura para terceiro mandato imediato⁵⁷⁷.

⁵⁷⁷ De acordo, na jurisprudência: “CONSULTA. ELEGIBILIDADE DE PREFEITO. RENOVAÇÃO DE PLEITO. TERCEIRO MANDATO CONSECUTIVO. IMPOSSIBILIDADE. I - Na linha da atual jurisprudência desta Corte, o Chefe do Executivo que se reelegeu para um segundo mandato consecutivo não pode se candidatar para o mesmo cargo nem para o cargo de vice, no pleito seguinte naquela circunscrição. II - A renovação de pleito não descaracteriza o terceiro mandato. O fato de o pleito ser renovado não gera a elegibilidade daquele que exerceu o mandato por dois períodos consecutivos. Eleito para os mandatos 1997/2000 e 2001/2004, é inelegível para o mandato 2005/2008.” (Consulta nº 1.138/DF, Pleno do TSE, Diário da Justiça, volume 1, de 8 de abril de 2005, p. 150).

Nada impede, todavia, que cidadão reeleito que exerceu segundo mandato executivo concorra a terceiro mandato para o mesmo cargo eletivo, desde que observado o interstício mínimo de quatro anos previsto nos artigos 28, *caput*, 29, inciso I, e 82, todos da Constituição brasileira, entre o segundo e o terceiro mandatos. Respeitado o intervalo de um quadriênio entre o segundo e o terceiro mandatos, portanto, são lícitas as novas candidatura e eleição.

Vale ressaltar que o titular de cargo executivo reeleito também não pode ser candidato a vice no quadriênio imediatamente posterior ao término do segundo mandato, na mesma circunscrição⁵⁷⁸.

No que tange ao Vice-Presidente, ao Vice-Governador e ao Vice-Prefeito, também podem concorrer à reeleição, mas não a terceiro mandato imediato para o mesmo cargo. Com efeito, a restrição contida no § 5º quanto ao número de mandatos subsequentes também incide em relação ao vice, o qual não pode ser candidato a terceiro mandato subsequente. Em suma, a mesma restrição existente em relação ao titular quanto ao terceiro mandato sucessivo também alcança o vice⁵⁷⁹.

Se é certo que o vice não pode concorrer a terceiro mandato sucessivo para o mesmo cargo, nada impede que concorra ao cargo de chefe do executivo, ainda que haja sucedido ou substituído o titular no curso dos últimos seis meses anteriores ao pleito, conforme se infere da interpretação do § 5º do artigo 14 e do artigo 79 da Constituição⁵⁸⁰.

Sem dúvida, o vice pode concorrer ao cargo do titular, mesmo que tenha sucedido ou substituído o chefe do executivo no semestre imediatamente anterior às eleições. Não obstante, o eventual período de sucessão ou de

⁵⁷⁸ De acordo, na jurisprudência: “CONSULTA. Prefeito reeleito. Candidatura a vice. Terceiro mandato. Vedação. Resposta negativa. Prefeito reeleito no pleito de 2000 não pode concorrer ao cargo de vice-prefeito, ante a possibilidade de vir a se concretizar um terceiro mandato consecutivo (art. 14, § 5º, CF).” (Consulta nº 1.139/DF, Pleno do TSE, Diário da Justiça de 26 de abril de 2005, p. 86).

⁵⁷⁹ De acordo, na jurisprudência: “O § 5º do art. 14 da Constituição em vigor, por via de compreensão, assegura, também, ao Vice-Presidente da República, aos Vice-Governadores e aos Vice-Prefeitos a elegibilidade aos mesmos cargos, para um único período subsequente.” (Consulta nº 327, Pleno do TSE, Revista de Jurisprudência do TSE, volume 9, tomo 4, p. 237). “Vice-prefeito reeleito em 2000, ainda que tenha se desincompatibilizado para se candidatar a deputado federal em 2002, não pode candidatar-se ao cargo de vice-prefeito novamente em 2004, pois restaria configurado um terceiro mandato sucessivo, o que é vedado pelo art. 14, § 5º, da Constituição Federal.” (Consulta nº 897, Pleno do TSE, Revista de Jurisprudência do TSE, volume 14, tomo 4, p. 277).

⁵⁸⁰ De acordo, na jurisprudência: “Consulta. Vice candidato ao cargo do titular. 1. Vice-presidente da República, vice-governador de Estado ou do Distrito Federal ou vice-prefeito, reeleito ou não, pode se candidatar ao cargo do titular, mesmo tendo substituído aquele no curso do mandato.” (Consulta nº 689/DF, Pleno do TSE, Diário da Justiça de 14 de dezembro de 2001, p. 205, cuja circulação ocorreu no dia 17 de dezembro de 2001).

substituição, referente aos seis meses anteriores às eleições, deve ser computado como o primeiro mandato do vice na chefia, razão pela qual só poderá pleitear um quadriênio subsequente, sem a possibilidade da posterior recandidatura para mais um período imediato, tendo em vista a vedação ao terceiro mandato executivo consecutivo⁵⁸¹.

Com efeito, o vice que sucede definitivamente o titular – em caso de falecimento, de impedimento ou de renúncia, por exemplo –, ou o substitui provisoriamente nos seis meses anteriores ao pleito e, em seguida, é eleito Presidente, Governador ou Prefeito para o quadriênio imediatamente posterior, não pode ser candidato novamente, seja para titular, seja para vice, em razão da vedação ao terceiro mandato subsequente, por força do § 5º do artigo 14 da Constituição⁵⁸².

Sob o prisma jurídico, o período referente aos últimos meses do primeiro mandato é computado em nome do vice, razão pela qual o subsequente período eleitoral é considerado como se fosse verdadeira reeleição, com a consequente impossibilidade de nova candidatura para mais um período imediatamente posterior.

Por fim, vale ressaltar que não há necessidade de desincompatibilização para a recandidatura ao mesmo cargo executivo – muito menos ao mesmo cargo legislativo. De fato, o beneficiário de mandato eletivo pode concorrer ao pleito para o mesmo cargo sem prévia renúncia e sem afastamento algum. À evidência, é lícito disputar reeleição sem necessidade de desincompatibilização porque o § 6º do artigo 14 só exige a desincompatibilização para “outros cargos”, mas não para o mesmo cargo já ocupado pelo candidato⁵⁸³.

⁵⁸¹ De acordo, na jurisprudência: “2. Se a substituição ocorrer nos seis meses anteriores ao pleito, o vice, caso eleito para o cargo do titular, não poderá concorrer à reeleição. 3. O mesmo ocorrerá se houver sucessão, em qualquer tempo do mandato.” (Consulta nº 689/DF, Pleno do TSE, Diário da Justiça de 14 de dezembro de 2001, p. 205, cuja circulação ocorreu no dia 17 de dezembro de 2001).

⁵⁸² De acordo, na jurisprudência: “O vice-prefeito que substituiu o titular seis meses antes do pleito e é eleito prefeito em eleição subsequente não pode candidatar-se à reeleição, sob pena de se configurar um terceiro mandato.” (Recurso Especial Eleitoral nº 23.570/AL, Pleno do TSE, Revista de Jurisprudência do TSE, volume 15, tomo 4, p. 252). “Registro. Indeferimento. Vice-prefeito que substituiu o titular nos seis meses anteriores ao pleito. Eleito prefeito no pleito subsequente. Candidatura à reeleição. Impossibilidade.” (Recurso Especial Eleitoral nº 23.344/SE, Pleno do TSE, publicado na sessão de 6 de outubro de 2004).

⁵⁸³ De acordo, na jurisprudência: “O titular de mandato do Poder Executivo não necessita de se desincompatibilizar para se candidatar à reeleição.” (Consulta nº 970/DF, Pleno do TSE, Diário da Justiça, volume 1, 10 de fevereiro de 2004, p. 87).

3.5.10. DESINCOMPATIBILIZAÇÃO

Desincompatibilização significa afastamento do beneficiário de mandato eletivo para impedir a respectiva inelegibilidade em futuro pleito para cargo diverso. O afastamento ocorre mediante renúncia, ato unilateral de vontade por meio do qual o titular de mandato eletivo abdica de forma definitiva e irrevogável.

Em virtude do disposto no § 6º do artigo 14 da Constituição brasileira, o titular de cargo executivo que desejar concorrer a qualquer outro cargo eletivo deve renunciar ao respectivo mandato até seis meses antes do pleito, para preservar a elegibilidade⁵⁸⁴.

Com efeito, o Presidente, os Governadores e os Prefeitos podem concorrer a cargos diversos daqueles para os quais foram eleitos em pleito anterior; para tanto, todavia, devem renunciar aos mandatos que ocupam antes do último semestre anterior ao novo pleito⁵⁸⁵.

Já o vice pode concorrer a qualquer outro cargo, sem necessidade de renúncia ou de afastamento, desde que não exerça a chefia do Poder Executivo federal, estadual, distrital ou municipal, conforme o caso, nem mesmo de forma provisória, por meio de substituição, no último semestre anterior ao pleito.

Sem dúvida, ao contrário do Presidente, dos Governadores e dos Prefeitos, os quais só podem concorrer a outros cargos eletivos se renunciarem aos respectivos mandatos até seis meses antes das eleições, os vices podem participar de pleitos destinados a outros cargos, sem prejuízo dos atuais mandatos, desde que não substituam nem sucedam nos últimos seis meses antes das eleições⁵⁸⁶.

Por fim, se o vice sucedeu ou apenas substituiu o titular dentro dos seis meses anteriores ao pleito, há a inelegibilidade para qualquer outro cargo,

⁵⁸⁴ De acordo, na jurisprudência: “CONSULTA. Governador. Renúncia. Inelegibilidade. Afastamento. I – O Governador de Estado, se quiser concorrer a outro cargo eletivo, deve renunciar a seu mandato até seis meses antes do pleito (CF, art. 14, § 6º).” (Consulta nº 1.187/MG, Pleno do TSE, Diário da Justiça, volume 1, 16 de dezembro de 2005, p. 200).

⁵⁸⁵ De acordo, na jurisprudência: “1 – É necessária a desincompatibilização, seis meses antes do pleito, de prefeito que se candidate ao mesmo cargo, em outro município, em período subsequente.” (Consulta nº 1.016/DF, Pleno do TSE, Diário da Justiça de 7 de maio de 2004, p. 131).

⁵⁸⁶ De acordo, na jurisprudência: “CONSULTA. PREFEITO E VICE-PREFEITO. DESINCOMPATIBILIZAÇÃO. 1. Não é necessária a desincompatibilização do vice-prefeito para concorrer à reeleição ou a outro cargo, desde que, nesta hipótese, não tenha sucedido ou substituído o titular nos seis meses anteriores ao pleito. 2. Impõe-se a desincompatibilização do prefeito para que possa se candidatar a outro cargo público.” (Consulta nº 614/DF, Pleno do TSE, Diário da Justiça de 12 de maio de 2000, p. 88).

ressalvada a subsistência da elegibilidade tanto para a chefia quanto para a vice-chefia do mesmo Poder Executivo, se ainda for possível a reeleição.

3.5.11. INELEGIBILIDADE FAMILIAR

Por força do § 7º do artigo 14 da Constituição brasileira, são inelegíveis no âmbito da circunscrição o cônjuge, o companheiro e os parentes por vínculos consanguíneos, civis ou afins, até o segundo grau, do titular de mandato eletivo executivo e também do substituto no curso do último semestre anterior ao pleito, salvo se titulares de mandatos eletivos pretéritos que ensejam reeleição. Daí a existência de uma regra, acompanhada de uma exceção.

A regra é a inelegibilidade do cônjuge, do companheiro e dos parentes por vínculos consanguíneo (natural), civil (adoção) ou por afinidade, até o segundo grau, como os irmãos, os netos e os cunhados, tanto do Chefe do Executivo quanto do respectivo substituto no último semestre anterior ao pleito, em relação a todos os cargos eletivos executivos e legislativos referentes à circunscrição para a qual o chefe do executivo e o respectivo substituto foram eleitos.

Já a exceção ocorre quando o cônjuge, o companheiro ou o parente ocupa algum cargo eletivo executivo ou legislativo anterior à eleição do Presidente, do Governador, do Prefeito ou do substituto no último semestre anterior ao pleito, quando incide a ressalva estampada na parte final do § 7º do artigo 14: “salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição”⁵⁸⁷.

Além do cônjuge ou companheiro, o § 7º do artigo 14 alcança todos os parentes até o segundo grau, sejam eles naturais (consanguíneos), civis (adotados) ou por afinidade, assim entendidos os alcançados pelo artigo 1.595 do Código Civil brasileiro: “Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade. § 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro”.

No que tange ao cônjuge e ao companheiro, nem mesmo a dissolução da sociedade conjugal e da união estável durante o mandato afasta a inelegibilidade. A propósito da subsistência da inelegibilidade mesmo após o

⁵⁸⁷ De acordo, na jurisprudência: “3. Sendo os parentes ocupantes de cargo eletivo, poderão candidatar-se à reeleição, incondicionalmente.” (Consulta nº 608/DF, Pleno do TSE, Diário da Justiça de 12 de maio de 2000, p. 88).

término do vínculo, vale conferir a Súmula Vinculante nº 18 aprovada no Supremo Tribunal Federal: “A dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no § 7º do artigo 14 da Constituição Federal”.

Quanto ao termo “jurisdição” estampado no § 7º do artigo 14, trata-se, na verdade, de circunscrição, tal como consta do inciso IV do § 3º: “o domicílio eleitoral na circunscrição”. De fato, o termo “jurisdição” diz respeito ao exercício da função jurisdicional, consubstanciada na resolução dos conflitos de interesses, competência precípua do Poder Judiciário. A rigor, o território sob o controle administrativo do titular de mandato eletivo recebe a denominação técnica de “circunscrição”.

Por conseguinte, o cônjuge, o companheiro, os parentes e os afins até segundo grau de Prefeito são inelegíveis para os cargos eletivos do respectivo Município, tanto do Poder Executivo (Prefeito e Vice-Prefeito) quanto do Legislativo (Vereador). Já o cônjuge, o companheiro, os parentes e os afins até o segundo grau de Governador são inelegíveis para os diversos cargos eletivos referentes ao respectivo Estado-membro ou Distrito Federal, e também em todos os Municípios componentes do Estado-membro. E o cônjuge, o companheiro, os parentes e os afins até o segundo grau do Presidente da República são absolutamente inelegíveis, tendo em vista o amplo alcance da respectiva circunscrição: todo o território nacional.

Em contraposição, a restrição inserta no § 7º do artigo 14 da Constituição não incide em relação ao cônjuge, ao companheiro, aos parentes e aos afins de Vice-Presidente, de Vice-Governador, de Vice-Prefeito, de Ministros de Estado, de Secretários de Estado e de Secretários Municipais; mas apenas em relação aos respectivos chefes do Poder Executivo: Presidente, Governador e Prefeito.

Por fim, vale ressaltar que a inelegibilidade do cônjuge, do companheiro e dos parentes consanguíneos, civis e por afinidade alcançados pelo § 7º do artigo 14 da Constituição Federal não subsiste quando o titular reelegível renuncia antes do último semestre do pleito. É o que se infere da interpretação firmada no Tribunal Superior Eleitoral à luz dos §§ 5º e 7º do artigo 14 da Constituição: “O Tribunal assentou que Cônjuge e os parentes do chefe do

Executivo são elegíveis para o mesmo cargo do titular, quando este for reelegível e tiver se afastado definitivamente até seis meses antes do pleito”⁵⁸⁸.

3.5.12. MILITARES

À luz da Constituição vigente, os militares são alistáveis e elegíveis, com exceção dos recrutas, *ex vi* do § 2º do artigo 14. Recrutas são os militares temporários, ou seja, aqueles que prestam o serviço militar obrigatório previsto no artigo 143 da Constituição. No mais, os militares, incluídos os Policiais e Bombeiros Militares dos Estados e do Distrito Federal, são alistáveis e, por consequência, elegíveis, em virtude do § 8º do artigo 14, combinado com o § 1º do artigo 42 da Constituição.

Além de consagrar a regra da elegibilidade dos militares, o § 8º do artigo 14 também fixa um critério distintivo em razão da antiguidade na atividade castrense. Os militares com mais de dez anos de serviço são agregados⁵⁸⁹ pela autoridade superior logo após o deferimento do registro da candidatura e, se eleitos, passam para a inatividade, no ato da diplomação, quando são transferidos para a reserva ou são reformados⁵⁹⁰.

Já os militares com menos de dez anos são excluídos do serviço ativo e desligados da organização militar a partir do deferimento do registro da candidatura, conforme se infere da interpretação do artigo 14, § 8º, inciso I, da Constituição, dos artigos 94 e 95 da Lei nº 6.880, de 1980, e da resolução aprovada no Tribunal Superior Eleitoral no julgamento da consulta nº 571: “O afastamento do militar, de sua atividade, previsto no art. 14, § 8º, I, da Constituição, deverá se processar mediante demissão ou licenciamento *ex-officio*, na forma da legislação que trata do serviço militar e dos regulamentos específicos de cada Força Armada”.

⁵⁸⁸ Cf. Resolução n. 20.931, de 20 de novembro de 2001.

⁵⁸⁹ Cf. artigo 80 da Lei nº 6.880, de 1980 – Estatuto dos Militares: “Art. 80. Agregação é a situação na qual o militar da ativa deixa de ocupar vaga na escala hierárquica de seu Corpo, Quadro, Arma ou Serviço, nela permanecendo sem número”.

⁵⁹⁰ Cf. artigo 3º da Lei nº 6.880, de 1980 – Estatuto dos Militares: “Art. 3º Os membros das Forças Armadas, em razão de sua destinação constitucional, formam uma categoria especial de servidores da Pátria e são denominados militares. § 1º Os militares encontram-se em uma das seguintes situações: *omissis*; b) na inatividade: I - os da reserva remunerada, quando pertençam à reserva das Forças Armadas e percebam remuneração da União, porém sujeitos, ainda, à prestação de serviço na ativa, mediante convocação ou mobilização; e II - os reformados, quando, tendo passado por uma das situações anteriores estejam dispensados, definitivamente, da prestação de serviço na ativa, mas continuem a perceber remuneração da União. III - os da reserva remunerada, e, excepcionalmente, os reformados, executado tarefa por tempo certo, segundo regulamentação para cada Força Armada”.

Por fim, vale lembrar que a condição de elegibilidade consubstanciada na filiação partidária não é aplicável em relação aos militares, tendo em vista o disposto no artigo 142, § 3º, inciso V: “o militar, enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos”. À evidência, a condição de elegibilidade estampada no inciso V do § 3º do artigo 14 da Constituição não alcança os militares. Basta o registro da candidatura por algum partido político para que os militares sejam candidatos, possam ser votados e até mesmo eleitos.

3.5.13. IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO

Em virtude dos §§ 10 e 11 do artigo 14 da Constituição, os mandatos eletivos podem ser impugnados por meio de processo de competência da Justiça Eleitoral, a ser acionado no prazo de quinze dias da diplomação dos eleitos suspeitos de abuso de poder econômico, corrupção ou fraude, com posterior tramitação em segredo de justiça.

4. PARTIDOS POLÍTICOS, SISTEMAS PARTIDÁRIOS E SISTEMAS ELEITORAIS

4.1. PARTIDO POLÍTICO: CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E PRECEITOS DE REGÊNCIA

Partido político é a pessoa jurídica de direito privado que congrega pessoas naturais com ideologias e desejos comuns acerca da condução do governo do Estado, com a finalidade de chegar ao poder, para implantar os respectivos programas governamentais.

Como já ressaltado, os partidos políticos têm natureza jurídica de pessoa jurídica de direito privado, em virtude do § 2º do artigo 17 da Constituição de 1988 e do artigo 44, inciso V, do Código Civil brasileiro. Por conseguinte, devem ser registrados à vista da legislação civil, no “cartório competente do Registro Civil das Pessoas Jurídicas” da Capital Federal⁵⁹¹.

À evidência, os partidos adquirem personalidade civil com o registro mencionado no artigo 8º da Lei nº 9.096, de 1995. Surge, então, a pessoa jurídica consubstanciada no partido político.

⁵⁹¹ Cf. artigos 7º e 8º da Lei nº 9.096, de 1995.

Após o registro civil, todavia, há necessidade do registro eleitoral perante o Tribunal Superior Eleitoral, em cumprimento ao disposto no artigo 17 da Constituição brasileira: “§ 2º - Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral”.

Em virtude da personalidade jurídica própria, os partidos políticos podem acionar o Supremo Tribunal Federal e demais órgãos do Poder Judiciário e também atuar diretamente nas Casas e nos respectivos órgãos do Poder Legislativo, mediante as bancadas e as respectivas lideranças partidárias, nos termos da Constituição de 1988, da Lei nº 9.096, de 1995, dos regimentos internos do Congresso Nacional, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e dos estatutos de cada partido político.

Ainda a respeito do conceito e da natureza jurídica do instituto sob enfoque, vale conferir o disposto no artigo 1º da Lei nº 9.096, de 1995: “O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal”.

De fato, os partidos políticos são as pessoas jurídicas intermediárias entre o povo e os respectivos representantes, tendo em vista a regra segundo a qual a filiação partidária é condição de elegibilidade no Brasil⁵⁹².

Sem dúvida, o inciso V do § 3º do artigo 14 da Constituição brasileira estabelece que a filiação partidária é a condição de elegibilidade consubstanciada no prévio ingresso do cidadão nos quadros de algum partido político, pelo menos um ano antes do dia designado para as eleições⁵⁹³⁻⁵⁹⁴.

Por fim, vale ressaltar que não há impossibilidade jurídica de candidatura avulsa no Direito brasileiro, nem mesmo em relação a militar da ativa, já que o deferimento do registro da respectiva candidatura depende de requerimento proveniente de partido político, em razão do disposto no inciso V do § 3º do artigo 14 da Constituição de 1988⁵⁹⁵.

⁵⁹² Ressalvada a estudada exceção constitucional relativa aos militares de carreira na ativa.

⁵⁹³ Cf. artigo 18 da Lei n. 9.096, de 1995: “Art. 18. Para concorrer a cargo eletivo, o eleitor deverá estar filiado ao respectivo partido pelo menos um ano antes da data fixada para as eleições, majoritárias ou proporcionais”.

⁵⁹⁴ Ressalvada a já apontada exceção constitucional referente aos militares de carreira na ativa.

⁵⁹⁵ *Ad argumentandum tantum*, a vedação à candidatura avulsa deveria ser abolida no Direito brasileiro, com a consequente permissão de registro eleitoral em favor de candidatos independentes, em prol do fortalecimento da democracia no país. Com efeito, é conveniente que cidadãos sem nenhum vínculo

4.2. PARTIDOS POLÍTICOS: CLASSIFICAÇÕES

Os partidos políticos são classificados segundo diferentes critérios, tendo em vista as ideologias defendidas nos respectivos programas partidários.

Em linhas gerais, os partidos políticos podem ser conservadores ou liberais, conforme sustentem a preservação do governo vigente e da ordem jurídica, social e econômica estabelecida, ou defendam mudanças no governo e na ordem existentes, respectivamente.

Os partidos políticos também podem ser classificados em partidos de centro, de esquerda e de direita. Os partidos de centro são os que dão sustentação ao governo vigente e são constituídos por pessoas que estão de acordo com a ordem estabelecida. Já os partidos de esquerda são contrários ao governo vigente e são constituídos por pessoas que estão descontentes com a ordem estabelecida e buscam muitas transformações no Estado, sob os prismas jurídico, social ou econômico. No que tange aos partidos de direita, também são contrários ao governo vigente e constituídos por pessoas descontentes com a ordem estabelecida, mas em razão do excesso de mudanças efetuadas em relação ao que seria razoável, tendo em vista a ordem pretérita. Defendem, portanto, o restabelecimento do governo ou da ordem jurídica, social ou econômica anteriores, em maior ou menor grau, conforme a ideologia.

Por fim, além das tradicionais classificações dos partidos políticos acima estudadas, vale ressaltar a atual tendência à reclassificação dos partidos políticos, tendo em vista a pluralidade jurídica, social e econômica que há nas democracias ocidentais, tanto as plenas quanto as imperfeitas, como a brasileira. Daí a razão para a moderna classificação dos partidos políticos em partidos de extrema-esquerda, de esquerda, de centro-esquerda, de centro, de centro-direita, de direita e de extrema-direita, tendo em conta as múltiplas ideologias existentes na atualidade.

partidário possam apresentar suas ideias e ideologias à soberana escolha do povo. Um bom exemplo que merece ser considerado é o do Senador Bernard Sanders, que integra o Senado estadunidense desde 2007, após ser reeleito em 2012 com 71% dos votos dos eleitores do Estado de Vermont. Tanto em 2006 quanto em 2012, o Senador Bernard Sanders obteve a vitória na qualidade de candidato independente, já que não era filiado a nenhum partido político nas duas eleições.

4.3. SISTEMAS PARTIDÁRIOS

4.3.1. SISTEMAS PARTIDÁRIOS: CONCEITO E TIPOS

Os sistemas partidários são os modos de organização partidária que podem ser adotados em um Estado soberano. Há três sistemas partidários possíveis: monopartidário ou unipartidário, consubstanciado na existência de apenas um partido; bipartidarismo, marcado pela coexistência de dois partidos; e multipartidário ou pluripartidário, em virtude da coexistência de três ou mais partidos políticos.

4.3.2. SISTEMAS PARTIDÁRIOS E SISTEMAS ELEITORAIS

Há significativa correlação entre os sistemas partidários e os sistemas eleitorais. O bipartidarismo prevalece quando impera o sistema eleitoral majoritário de turno único, tendo em vista a escolha dos governantes em apenas uma votação. Já o sistema eleitoral majoritário de dois turnos favorece ao pluripartidarismo, no primeiro turno, e ao bipartidarismo, no segundo turno. Por fim, o sistema eleitoral proporcional conduz ao pluripartidarismo.

4.3.3. SISTEMAS PARTIDÁRIOS E REGIMES POLÍTICOS

Outra correlação importante é a que diz respeito aos sistemas partidários e aos regimes políticos, também denominados regimes de governo. A democracia floresce quando há o pluripartidarismo ou, pelo menos, o bipartidarismo real, marcado pelo equilíbrio de forças de dois partidos políticos e pela conseqüente alternância no poder. Em contraposição, os regimes totalitários são marcados pela ausência de partido político ou pela existência apenas de um partido, oficial, com pleno controle do Estado. Já os regimes autoritários são monopartidários ou, quando muito, bipartidários, mas somente no plano formal, pela inexistência de paridade de forças e pela permanência de apenas um partido no poder, como ocorreu no Brasil durante o regime militar imposto em 1964 e extinto em 1985⁵⁹⁶.

⁵⁹⁶ Vale ressaltar, todavia, que a partir de 1979 houve a distensão do regime, em virtude do advento da Lei nº 6.683, de 1979, também denominada “Lei da Anistia”, e das eleições diretas dos governadores dos Estados-membros, autorizadas por força da Lei nº 6.978, de 1982. Em 1985, portanto, já ocupavam as chefias do Poder Executivo dos Estados governadores de três partidos, e as cadeiras da Câmara deputados federais de quatro partidos políticos.

4.3.4. SISTEMA PARTIDÁRIO CONSAGRADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: PLURIPARTIDARISMO

Quanto ao sistema partidário, findo o regime militar, em 1985, os constituintes de 1987 e 1988 consagraram o pluralismo no bojo do artigo 17 da Constituição brasileira. Vigora, portanto, no Brasil o pluripartidarismo: assim está estampado no *caput* do artigo 17 da Constituição de 1988; há mais – aliás, muito mais – de dois partidos políticos registrados perante o Tribunal Superior Eleitoral; há razoável paridade de forças entre mais de dois partidos; e há alternância de mais de dois partidos políticos nas chefias dos Poderes Executivo e Legislativo, em todas as esferas: federal, estadual, distrital e municipal. Daí a conclusão em prol da existência de pluripartidarismo no Brasil.

4.4. LIBERDADE E AUTONOMIA PARTIDÁRIAS

Outra importante regra consagrada no artigo 17 da Constituição brasileira é a da liberdade partidária: o cidadão tem a opção de ingressar nos quadros de um partido político, ou não; e também tem a opção entre permanecer filiado, ou não.

Os partidos também têm liberdade tanto para deferir quanto para denegar os pedidos de filiação partidária, e até mesmo para excluir eventuais filiados infiéis dos respectivos quadros, observadas as disposições constitucionais, legais e estatutárias.

No que tange à autonomia partidária, os estatutos dos partidos políticos devem estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias, à vista dos §§ 1º e 2º do artigo 17 da Constituição brasileira. Trata-se de poder-dever: os estatutos devem, frise-se, obrigatoriamente, conter normas de fidelidade e disciplina partidárias; as sanções por infidelidade e por indisciplina podem ser desde a mera advertência, a exclusão do filiado do partido e até a perda do respectivo mandato eletivo.

De fato, no julgamento da Consulta nº 1.398, em 27 de março de 2007, os Ministros do Tribunal Superior Eleitoral aprovaram a Resolução nº 22.526, publicada no Diário da Justiça de 8 de maio de 2007, com a adoção da correta interpretação segundo a qual os mandatos eletivos provenientes das eleições proporcionais integram o âmbito da disponibilidade dos partidos políticos, os quais preservam as respectivas vagas na Casa Legislativa até mesmo quando o

candidato eleito requer o cancelamento da filiação ou a transferência para outro partido político, sem justa causa. Daí a possibilidade jurídica da perda do mandato legislativo de candidato eleito pelo sistema proporcional em caso de infidelidade partidária proveniente do cancelamento puro e simples da filiação ou de transferência injustificada para outro partido político⁵⁹⁷.

Em contraposição, mandato legislativo obtido por candidato eleito pelo sistema majoritário, como o de Senador da República, não é alcançado pelo raciocínio exposto nos parágrafos anteriores.

Sem dúvida, no sistema majoritário os votos dos cidadãos são direcionados ao candidato, o que afasta a incidência de regra própria do sistema proporcional. Em abono, vale conferir a correta interpretação firmada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal: “A perda do mandato em razão da mudança de partido não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário, sob pena de violação da soberania popular e das escolhas feitas pelo eleitor”⁵⁹⁸.

Ainda em relação à autonomia partidária, os partidos políticos podem dispor sobre a estrutura interna, organização e funcionamento, por meio dos respectivos estatutos, a serem registrados no Tribunal Superior Eleitoral.

Não obstante, as regras de liberdade e autonomia partidárias comportam exceções.

A primeira exceção reside na exigência de que o partido tenha caráter nacional. Com efeito, a instituição de partido com escopo regional ou local é vedada no artigo 17 da Constituição, regulamentado pelo artigo 7º da Lei nº 9.096, de 1995.

O partido político também não pode receber ajuda financeira de governo estrangeiro nem de entidade internacional, como bem revela o inciso II do artigo 17 da Constituição.

Por fim, outra exceção à liberdade e à autonomia partidárias reside no § 4º do artigo 17 da Constituição, que veda a instituição de partido político destinado à atividade paramilitar.

⁵⁹⁷ De acordo, na doutrina: “Que o mandato é do partido e não do eleito não se discute mais, tanto que os votos sobranes de um eleito se revertem em prol dos menos votados, valendo para as coligações. O Supremo Tribunal Federal (STF) acaba de decidir a questão e fê-lo bem, fixando a regra a partir da histórica decisão do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e daí para a frente;” (SACHA CALMON. A fidelidade partidária. Estado de Minas, 14 de outubro de 2007, p. 19).

⁵⁹⁸ Cf. ADI nº 5.081/DF, Pleno do STF, unânime, julgamento em 27 de maio de 2015.

4.5. SISTEMAS ELEITORAIS: MAJORITÁRIO E PROPORCIONAL

Os sistemas eleitorais são os modos de escolha dos representantes do povo. À luz do Direito brasileiro, os sistemas eleitorais podem ser classificados em majoritário e proporcional.

O sistema majoritário tem em conta apenas os votos depositados em favor dos candidatos. O sistema majoritário é denominado simples ou relativo quando a eleição ocorre em turno único e é vencedor o candidato com a maioria de votos depositados pelos eleitores. Por exemplo, as eleições para Prefeito de Município com até duzentos mil eleitores e para Senador da República seguem o sistema majoritário simples, conforme revelam os artigos 29, inciso II, e 46 da Constituição brasileira.

Além do sistema majoritário simples, há o sistema majoritário absoluto, marcado pela eleição em dois turnos ou pela eleição em turno único, desde que um candidato alcance, já no primeiro turno, a maioria absoluta dos votos válidos, excluídos os votos em branco e os nulos. Por exemplo, as eleições para Governador de Estado-membro e do Distrito Federal, para Prefeito de Município cujo eleitorado supera duzentos mil eleitores e para Presidente da República seguem o sistema majoritário absoluto, conforme revelam os artigos 28, 29, inciso II, e 77 da Constituição brasileira.

Por outro lado, o sistema proporcional visa à distribuição dos mandatos eletivos em disputa, tendo em conta a proporção dos votos depositados em cada partido ou coligação partidária e também nos respectivos candidatos. É o sistema adotado para as eleições dos Deputados Federais, dos Deputados Estaduais e dos Vereadores.

No que tange à distribuição dos mandatos sujeitos ao sistema proporcional, parte-se do quociente eleitoral, obtido pela divisão do número de votos válidos depositados em nome dos candidatos em geral ou apenas em prol dos respectivos partidos ou coligações, pelo número de mandatos eletivos em disputa, com a desconsideração apenas da fração não superior a meio, tudo nos termos do artigo 106 do Código Eleitoral, *in verbis*: “Determina-se o quociente eleitoral dividindo-se o número de votos válidos apurados pelo de lugares a preencher em cada circunscrição eleitoral, desprezada a fração se igual ou inferior a meio, equivalente a um, se superior”.

Em seguida, encontra-se o quociente partidário, obtido pela divisão do número de votos depositados em prol de cada partido ou coligação e dos respectivos candidatos, pelo quociente eleitoral, sempre com a desconsideração da fração, até mesmo se superior a meio, tudo nos termos do artigo 107 do Código Eleitoral: “Determina-se para cada partido ou coligação o quociente partidário, dividindo-se pelo quociente eleitoral o número de votos válidos dados sob a mesma legenda ou coligação de legendas, desprezada a fração”.

Imagine-se, por exemplo, que nas eleições para a Câmara do Município “X” foram depositados 60.500 votos em prol dos candidatos e dos partidos em geral, para os nove mandatos eletivos em jogo. Os nove mandatos são disputados por quatro partidos, com as seguintes votações: PA (19.000); PB (13.500); PC (5.500); PD (22.500). Daí a divisão dos 60.500 votos pelos nove mandatos para Vereador, para o cálculo do quociente eleitoral: o quociente eleitoral corresponde a 6.722, com o desprezo da fração, por ser inferior a meio.

Em primeiro lugar, o PC não participa da distribuição dos mandatos, por não ter alcançado o quociente eleitoral, consoante o disposto no § 2º do artigo 109 do Código Eleitoral: “Só poderão concorrer à distribuição dos lugares os Partidos e coligações que tiverem obtido quociente eleitoral”.

Em seguida, busca-se o quociente partidário de cada partido que alcançou o quociente eleitoral. A divisão dos votos depositados em prol do partido A e dos respectivos candidatos (ou seja, 19.000) pelo quociente eleitoral (isto é, 6.722) gera o quociente partidário correspondente a dois mandatos eletivos. Por sua vez, o partido B também obteve o quociente partidário correspondente a dois mandatos, após a divisão dos respectivos votos (13.500) pelo quociente eleitoral (6.722). Já o partido D obteve três mandatos após a divisão dos respectivos votos (22.500) pelo quociente eleitoral (6.722).

Dos nove mandatos eletivos disponíveis, sete já têm partidos destinatários: Partido A, com dois mandatos; Partido B, também com dois mandatos; e Partido D, com três mandatos. Restam, portanto, dois mandatos, cujos partidos destinatários são encontrados à luz do artigo 109 do Código Eleitoral, ou seja, com a adição do número um ao quociente partidário de cada partido, com a posterior divisão, a fim de se encontrar a maior média. Eis o que dispõe o artigo 109: “Os lugares não preenchidos com a aplicação dos quocientes partidários serão distribuídos mediante observância das seguintes

regras: I - dividir-se-á o número de votos válidos atribuídos a cada Partido ou coligação de Partidos pelo número de lugares por ele obtido, mais um, cabendo ao Partido ou coligação que apresentar a maior média um dos lugares a preencher; II - repetir-se-á a operação para a distribuição de cada um dos lugares”.

À vista do artigo 109 do Código Eleitoral, efetua-se a divisão dos 19.000 votos depositados em prol do partido A pelo quociente partidário (2) mais um (1), ou seja, 3, com a obtenção da média 6.333,33. Após, efetua-se a divisão dos 13.500 votos do partido B pelo quociente partidário (2) mais um (1), vale dizer, 3, com a obtenção da média 4.500. Por fim, efetua-se a divisão dos 22.500 votos do partido D pelo respectivo quociente partidário (3) mais um (1), ou seja, 4, com a obtenção da média 5.625.

Como o partido A alcançou a maior média (6.333,33), é o destinatário do oitavo mandato eletivo para Vereador. Por conseguinte, o partido A fica com o total de três cadeiras, tendo em vista o quociente partidário (2) mais a vaga adicional obtida em virtude da maior média, à luz do artigo 109 do Código Eleitoral.

Dos nove mandatos eletivos, portanto, oito já têm partidos destinatários: Partido A, com três mandatos; Partido B, com dois mandatos; e Partido D, com três mandatos.

Resta um mandato a ser distribuído, também à vista do artigo 109 do Código Eleitoral. Primeiro, efetua-se a divisão dos 19.000 votos do partido A pelos mandatos obtidos (3) mais um (1), ou seja, 4, com a obtenção da média 4.750. Após, efetua-se a divisão dos 13.500 votos do partido B pelo quociente partidário (2) mais um (1), vale dizer, 3, com a obtenção da média 4.500. Por fim, efetua-se a divisão dos 22.500 votos do partido D pelo respectivo quociente partidário (3) mais um (1), ou seja, 4, com a obtenção da média 5.625.

Como o partido D alcançou a maior média (5.625), é o destinatário do nono e último mandato eletivo para Vereador. Por conseguinte, o partido D fica com o total de quatro cadeiras, tendo em vista o quociente partidário (3) mais a vaga adicional obtida pela maior média.

Em suma, à vista do exemplo imaginado, o Partido A obteve três mandatos, o Partido B alcançou dois mandatos, o Partido C não obteve mandato algum e o Partido D alcançou quatro mandatos, do total de nove mandatos em

disputa para Vereador. Definido o destino das nove cadeiras parlamentares por partido, tem início a distribuição interna em cada partido, em prol dos respectivos candidatos com as maiores votações.

Outro exemplo: imagine-se que nas eleições para a Câmara do Município “Y” foram depositados 165.000 votos em prol dos candidatos e dos partidos em geral, para os treze mandatos eletivos. Os treze mandatos são disputados por quatro partidos, com as seguintes votações: PA (60.000); PB (80.000); PC (11.000); PD (14.000). Daí a divisão dos 165.000 votos pelos treze mandatos para Vereador, de modo que o quociente eleitoral corresponde a 12.692, com o desprezo da fração, por ser inferior a meio⁵⁹⁹.

Por não ter alcançado o quociente eleitoral, o partido C não tem direito a mandato algum na Câmara Municipal.

Já o partido A tem pelo menos quatro cadeiras, em razão da divisão do número de votos do partido (60.000), pelo quociente eleitoral (12.692): 4,72. Como a fração é sempre desprezada no cálculo do quociente partidário, o partido A tem pelo menos quatro assentos na Câmara Municipal.

Por sua vez, o partido B tem pelo menos seis cadeiras, em virtude da divisão do número de votos do partido (80.000), pelo quociente eleitoral (12.692): 6,30.

Por fim, o partido D tem pelo menos um assento na Câmara, em razão da divisão do número de votos do partido (14.000), pelo quociente eleitoral (12.692): 1,10.

Como onze das treze cadeiras foram ocupadas, restam dois mandatos em disputa, cujos partidos destinatários são encontrados à luz do artigo 109 do Código Eleitoral, ou seja, com a adição do número um ao quociente partidário de cada partido, com a posterior divisão, a fim de se encontrar a maior média.

À vista do artigo 109 do Código Eleitoral, efetua-se a divisão dos 60.000 votos depositados em favor do partido A, pelo quociente partidário (4), mais um (1), ou seja, 5, com a obtenção da média 12.000. Após, efetua-se a divisão dos 80.000 votos depositados em prol do partido B, pelo quociente partidário (6), mais um (1), vale dizer, 7, com a obtenção da média 11.428. Por fim, efetua-se

⁵⁹⁹ 12.692,30.

a divisão dos 14.000 votos do partido D, pelo respectivo quociente partidário (1), mais um (1), ou seja, 2, com a obtenção da média 7.000.

Como o partido A alcançou a maior média (12.000), é o destinatário do décimo segundo mandato eletivo para Vereador. Por conseguinte, o partido A fica com pelo menos cinco cadeiras.

Resta um mandato a ser distribuído, também à vista do artigo 109 do Código Eleitoral. Efetua-se a divisão dos 60.000 votos do partido A, pelo novo quociente partidário (5), mais um (1), ou seja, 6, com a obtenção da média 10.000. Após, efetua-se a divisão dos 80.000 votos do partido B, pelo quociente partidário (6), mais um (1), vale dizer, 7, com a obtenção da média 11.428. Por fim, efetua-se a divisão dos 14.000 votos do partido D, pelo respectivo quociente partidário (1), mais um (1), ou seja, 2, com a obtenção da média 7.000.

Como o partido B alcançou a maior média (11.428), é o destinatário do último mandato eletivo para Vereador. Por conseguinte, o partido B fica com o total de sete cadeiras.

Em suma, à vista do segundo exemplo imaginado, o Partido A obteve cinco mandatos, o Partido B alcançou sete mandatos, o Partido C não obteve mandato algum e o Partido D alcançou um mandato, do total de treze mandatos em disputa para Vereador da Câmara Municipal.

5. PRINCÍPIO DA ANUALIDADE OU DA ANTERIORIDADE ELEITORAL

Em homenagem à segurança jurídica e em respeito aos direitos da cidadania, o artigo 16 da Constituição brasileira consagra o princípio da anualidade, também denominado “princípio da anterioridade eleitoral”.

À vista do artigo 16, a lei que alterar o processo eleitoral entra em vigor desde logo, na data da respectiva publicação, mas não tem eficácia em relação aos pleitos previstos para o primeiro ano posterior ao início da vigência. Em outros termos, a nova lei eleitoral tem existência jurídica, é válida e até mesmo vige, mas não tem eficácia no primeiro ano de vigência. Como a eficácia é protraída para o pleito subsequente ao primeiro ano de vigência, os cidadãos não são surpreendidos com eventuais modificações na legislação eleitoral fundadas em interesses políticos imediatos.

No que tange ao alcance do vocábulo “lei” estampado no artigo 16 da Constituição brasileira, deve ser interpretado em sentido amplo, de modo a

alcançar as leis ordinárias, as leis complementares e até mesmo as emendas constitucionais⁶⁰⁰.

Foi o que bem decidiram os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por nove votos a dois, com a consagração da interpretação ampla do vocábulo “lei”, de modo que até mesmo emenda constitucional que modifique o processo eleitoral está sujeita ao princípio da anualidade, o que impede a respectiva aplicação às eleições realizadas dentro do primeiro ano posterior à publicação⁶⁰¹.

⁶⁰⁰ De acordo, na doutrina: “Malgrado se cuide de norma constitucional que, na forma da sistemática do processo legislativo, tem peso maior do que a lei *strictu sensu*, é preciso ficar claro que, ao referir-se especificamente o artigo 16 à lei, seu sentido é de norma em sentido geral. Ora, norma tanto é o decreto legislativo, resolução, lei delegada, lei complementar ou ordinária, medida provisória, como a oriunda de emenda constitucional.” (Maurício Corrêa. *Tempus regit actum*. Correio Braziliense, 5 de março de 2006, p. 21; não há o grifo no original). “Não me parece que seja consistente o argumento defendido por alguns juristas de que, ao referir-se o artigo 16 à lei e não à emenda constitucional, só por isso estaria excluída de sua abrangência a modificação que se fizesse por meio da emenda constitucional, como é a hipótese da EC 52/2006, que pôs fim à verticalização. Lei aqui é norma em seu sentido mais amplo. Inclui, evidentemente, também a alteração procedida mediante emenda constitucional.” (Maurício Corrêa. Com a palavra o Supremo Tribunal Federal. Correio Braziliense, 19 de março de 2006, p. 25; não há o grifo no original).

⁶⁰¹ Cf. ADI nº 3.685/DF, Pleno do STF, julgamento em 22 de março de 2006: “O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que as novas regras contidas na Emenda Constitucional 52/06, que pôs fim à verticalização nas coligações partidárias, não poderão ser aplicadas às eleições deste ano. Por nove votos a dois, os ministros entenderam que, no caso, deve ser obedecido o princípio da anterioridade eleitoral, contido no artigo 16 da Constituição Federal. O dispositivo prevê que alteração do processo eleitoral só terá validade após decorrido um ano do início da vigência da norma. Assim, o Plenário julgou procedente o pedido formulado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3685, vencidos os ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence”.